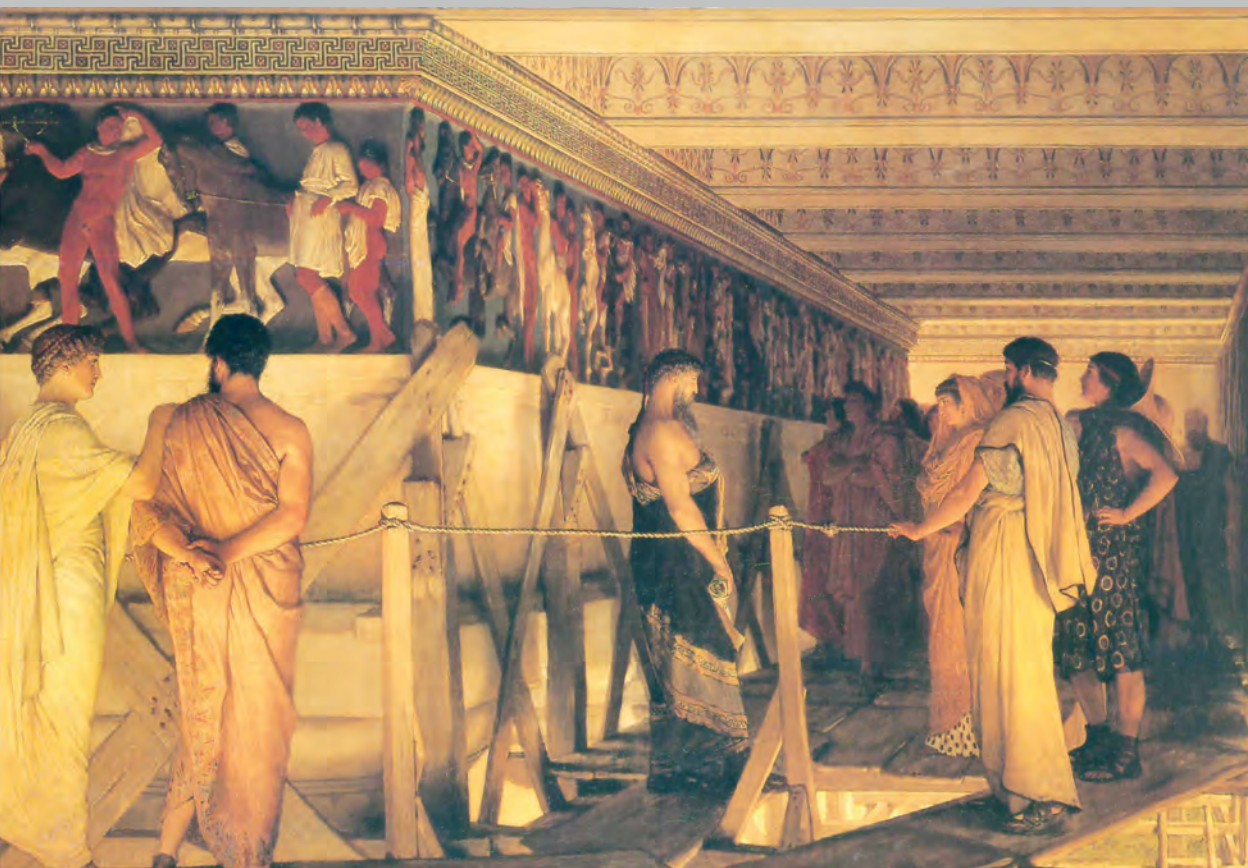




**Defensoría
del Pueblo**
COLOMBIA

Dirección Nacional de Defensoría Pública

REVISTA DE LA DEFENSA CARIBE N°2





Revista de la

DEFENSA

CARIBE

No. 2

ISBN: 2389-9999

2ª edición

Diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

© DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Calle 55 No. 10-32

Apartado Aéreo No. 24299 - Bogotá, D. C.

Tels.: 3147300 - 3144000

www.defensoria.gov.co

[Twitter@defensoriaCo](https://twitter.com/defensoriaCo)

Carátula: Lawrence Alma Tadema: Fidas mostrando a sus amigos los relieves del friso del Partenón.

Lo expuesto en los artículos de esta edición es responsabilidad exclusiva de sus autores y no refleja necesariamente el pensamiento de la revista.

Publicación editada en Bogotá, D. C., Colombia, abril de 2016

Alfonso Cajiao Cabrera
Vicedefensor del Pueblo, encargado de las
funciones del Defensor del Pueblo

Felipe Vargas Rodríguez
Secretario General

Alexandra Cárdenas Castañeda
Directora Nacional de Defensoría Pública

Alexandra Cárdenas Castañeda
Directora Nacional de la Defensoría Pública
Coordinadores Académicos D.N.D.P
Comité Editorial

Donaldo Danilo del Villar Delgado
Editor

CONTENIDO

Presentación	9
Prólogo.....	11

A-ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Retroactividad de la Ley 1760 de 2015. A propósito de una decisión <i>Habeas Corpus</i>	15
Donaldo Danilo del Villar Delgado	

B-JUSTICIA TRANSICIONAL

Los límites de la justicia transicional y la reconstrucción de la democracia.....	45
<i>Juan Pabón Arrieta y Alfredo Torres Arguelles</i>	

El Derecho penal internacional, y la incidencia de la Corte Penal Internacional como instrumento judicial en el proceso penal colombiano.	61
<i>Claudia Serje Jiménez</i>	

El marco jurídico para la paz en Colombia frente a los estándares mínimos de justicia transicional.....	77
<i>Héctor Milanés Julio</i>	

C-DERECHO PROCESAL CIVIL

El Activismo judicial como respuesta a la desigualdad de las partes en el proceso judicial civil.....	117
<i>Juan Francisco Pérez Palomino</i>	

D-DERECHO PROCESAL PENAL

El Descubrimiento probatorio en el litigio estratégico.	147
<i>Hernando Osorio Rico</i>	
El fenómeno de la captura.....	163
<i>Jorge Montes Serrano</i>	

Del principio de intermediación, al de concentración y el nuevo rol del administrador de justicia.....	189
<i>Iván Otero Mendoza</i>	

E-INDIGENAS

Violencia contra poblaciones indígenas y su vinculación con patrones de macro-criminalidad.....	217
<i>Edwin Cortés Sánchez Investigador Invitado</i>	
Derecho penal mínimo y victimología al interior de la cultura Wayúu.....	243
<i>Nazlly Lubo Bautista</i>	

F-DERECHO PENITENCIARIO

Dosimetría penal y penas irregulares.	271
<i>Eduardo Florez Aristizabal</i>	
Sistema carcelario y penitenciario y dignidad humana.....	291
<i>Milton Gómez Cardozo</i>	

G-INFORME DE LA IV BARRA CARIBE

El rol de la Defensa Pública en el posacuerdo un camino hacia la paz	321
--	-----

PRESENTACIÓN

La Defensoría del Pueblo entrega con beneplácito al público el segundo número de la *Revista de la Defensa Caribe*, que recoge trabajos realizados por los coordinadores académicos, defensores y servidores públicos de esta hermosa región de Colombia.

En esta oportunidad la revista se compone de siete secciones: (a) análisis jurisprudencial; (b) justicia transicional; (c) derecho procesal civil; (d) derecho procesal penal; (e) indígenas; (f) derecho penitenciario; y (g) Informe de la IV Barra Caribe.

En la sección de análisis jurisprudencial, el doctor Donaldo Danilo del Villar Delgado aporta un artículo sobre la retroactividad por vía del principio de favorabilidad de la Ley 1760 de 2015, a propósito de una decisión de *habeas corpus*.

En el acápite de justicia transicional —temática muy en boga en estos días por la coyuntura nacional— encontramos tres interesantes textos: el primero, de la autoría de los doctores Juan Antonio Pabón Arrieta y Alfredo Torres Arguelles, aborda la problemática de los límites de la justicia transicional y la reconstrucción de la democracia; el segundo, de la doctora Claudia Helena Serje Jiménez, versa sobre la temática del derecho penal internacional y la incidencia de la Corte Penal Internacional como instrumento judicial en el proceso penal colombiano; y el tercero, del doctor Héctor Julio Milanés, trata sobre el marco jurídico para la paz en Colombia, frente a los estándares mínimos de justicia transicional.

En la sección de derecho procesal civil el doctor Juan Francisco Pérez Palomino analiza el tema del activismo judicial como respuesta a la desigualdad de las partes en el proceso judicial civil.

En el apartado de derecho procesal penal tenemos tres artículos: en el primero, el doctor Hernando Osorio Rico expone la temática del descubrimiento probatorio en el litigio estratégico; en el segundo, el doctor Jorge Alfredo Montes Serrano aborda el fenómeno de la captura; y en el tercero, el doctor Iván Alfredo Otero Mendoza analiza el tránsito del principio de inmediación al principio de contradicción y el nuevo rol del administrador de justicia.

En este número de la Revista se incorpora una interesante sección de indígenas en la cual se incluyen dos textos: en el primero de ellos, el doctor Edwin Cortés Sánchez, investigador invitado, diserta sobre la violencia contra poblaciones indígenas y su vinculación con patrones de macrocriminalidad; mientras que en el segundo la doctora Nazlly Lubo Bautista trata el tema del derecho penal mínimo y la victimología al interior de la cultura wayúu.

Al final, en el acápite de derecho penitenciario, encontramos los textos de los doctores Eduardo Flórez Aristizábal, sobre dosimetría penal y penas irregulares, y Milton Gómez Cardozo, acerca del sistema penitenciario y carcelario y la dignidad humana.

También se presentan las conclusiones de la IV Barra Caribe, celebrada el 20 de noviembre del año pasado, cuya temática general fue el rol de la defensa pública en el postacuerdo: un camino hacia la paz.

Se trata, entonces, de una publicación rica en temáticas y en matices, que constituye un fiel reflejo del buen trabajo que vienen realizando, de manera acuciosa, los coordinadores académicos, los defensores públicos y los servidores públicos de la Entidad en la región Caribe, y que con seguridad será de utilidad no solo para ellos, sino para los diversos operadores jurídicos en el país.



Alfonso Cajiao Cabrera

Vicedefensor del Pueblo, encargado de las funciones de Defensor del Pueblo

"El destino no reina sin la complicidad secreta del instinto y de la voluntad."

Giovanni Papini. Escritor Italiano

Para toda persona que ha elegido la profesión de abogado o abogada, existe una condición inherente, fundamental, que en cierto modo es uno de los elementos que sirven de cimiento a cualquier labor que como profesionales del derecho llevamos a cabo: se trata de la vocación de ayuda a otros. Desde cualquiera de las numerosas ramas de la jurisprudencia, desde el litigio penal más común hasta el caso más intrincado del derecho internacional, existe un objetivo, un "destino" si se quiere, orientado a la resolución de conflictos, a la ayuda hacia personas, instituciones y aún naciones, que confían en nuestras habilidades y conocimientos en la resolución de casos que requieren la pericia de solución en pro de una causa o una persona.

Este "destino", al cual muchos de nosotros nos sentimos llamados en algún momento de nuestras vidas, es aún más visible en los defensores públicos, en quienes recae la inmensa responsabilidad de prestar sus servicios a los más vulnerables, aquellos cuyos derechos quedan muchas veces a la deriva, sin asesoría y sin posibilidad económica de acceder a ellos de otra forma. Son en cierto modo, si el símil me es permitido, una tabla a la que los usuarios se aferran en un mar de leyes, decretos y códigos en los que nuestros defensores deben actuar a la vez como naves y capitanes, para llevar sus procesos a buen puerto, en el marco, por supuesto, de los procedimientos y posibilidades de la ley.

Una antiquísima historia del país del sol naciente, cuenta que durante una batalla, un general japonés decidió atacar aun cuando su ejército era muy inferior en número. Estaba confiado que ganaría, pero sus hombres estaban llenos de duda. Camino a la batalla, se detuvieron en una capilla. Después de rezar con sus hombres, el general sacó una moneda y dijo, "Ahora tiraré esta moneda. Si es cara, ganaremos. Si es cruz, perderemos. El destino se revelará". Tiró la moneda en el aire y todos miraron atentos como aterrizaba. Cayó en cara. Los soldados estaban tan contentos y confiados que atacaron vigorosamente al enemigo y consiguieron la victoria. Después de la batalla, un teniente le dijo el general,

“Nadie puede cambiar el destino”. “Es verdad”, contestó el general mientras mostraba la moneda al teniente, que tenía cara en ambos lados.

Es en la confianza en las habilidades de nuestros defensores públicos, en su presencia de ánimo, su indiscutible trabajo, donde encontramos una de las facetas más importantes de la labor de la defensoría en el país. Convencidos de su propio destino, no como una fuerza exterior, sino como el resultado de su propia convicción y el fruto del trabajo del mejoramiento diario, a través de la capacitación, de las barras académicas y de otras actividades similares, armados de sus conocimientos, su experiencia y su firmeza, nuestros defensores se enfrentan a las muchas veces tormentosas aguas de la administración de justicia.

Los artículos aquí expuestos, representan mucho más que el trabajo de algunos de nuestros coordinadores académicos que toca en profundidad y con la calidad que les es habitual, temas actuales y que sirven como guías en esta complicada navegación. Contienen también en su esencia la pujanza y particular vitalidad que caracteriza a las personas de la costa Caribe Colombiana, quienes en su particular forma de ver al mundo, ponen un poco de esa chispa de vida en todo lo que llevan a cabo.

Entender la óptica de nuestros defensores frente a temas tan importantes en la actualidad como la justicia transicional, el sistema penal acusatorio, y la violencia contra la población indígena, brindarán además a otros profesionales del derecho, vinculados o no con la entidad, herramientas de trabajo para continuar con este destino, que forjamos en la fragua del esfuerzo y que supone el ejercicio del derecho en nuestro país.

Quiero destacar aquí el liderazgo del doctor Donaldo del Villar y el valioso aporte de todos los coordinadores de la región caribe. Ellos han sido, como tuve la oportunidad de expresarlo en alguna oportunidad, mis maestros en estas exigentes lides de la Defensoría Pública y ante los provechosos artículos que se encuentran en esta publicación, espero que lo sean igualmente para todos los profesionales del derecho a cuyas manos llegue.

Alexandra Cárdenas Castañeda

Directora Nacional de Defensoría Pública

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

RETROACTIVIDAD DE LA LEY 1760 DE 2015. A PROPÓSITO DE UNA DECISIÓN DE *HABEAS CORPUS*

*Donaldo Danilo del Villar Delgado*¹

Sumario: 1) Planteamiento del problema; 2) Del alcance del principio de favorabilidad concernido; 3) Breve excursus de otras situaciones pasibles de aplicación retroactiva; 4) Propuesta; 5) Conclusión.

Resumen

Este artículo trata del principio de la favorabilidad en materia procesal penal, específicamente sobre su carácter retroactivo; tema abordado con suficiencia en la jurisprudencia y en la doctrina, de ahí que podría pensarse que, en principio, su tratamiento no resulte de interés, sino fuera porque, recientemente, en una decisión de segunda instancia dentro del trámite de un *habeas corpus* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 47.346, 2016), plantea que el art. 5° de la Ley 1760 de 2015, que modifica el art. 317 numeral 5° de la Ley 906 de 2004, no tiene efectos retroactivos. Esta decisión que trasciende por toda la geografía patria, acicatea estas reflexiones académicas, defendiendo la tesis de la retroactividad de la ley penal (en particular, de la 1760 de 2015) frente a un conjunto de hipótesis, cuando la nueva contiene previsiones más favorables o permisivas que las contempladas en la ley anterior

1 Coordinador académico - Atlántico. Magíster en derecho; especialista en derecho penal y criminología; derecho constitucional e investigación criminal y juzgamiento en el sistema penal acusatorio. Docente de la Universidad del Norte; egresado del Institute Criminal Defense Advocacy. California Western School Of Law, San Diego-California, 20° Academia de Destrezas en Litigación. Abogado litigante. E-mail: dddvd@hotmail.com

Palabras claves

Legalidad, favorabilidad, retroactividad, irretroactividad, ultraactividad, libertad, presunción de inocencia, encarcelamiento anticipado.

Abstract

This article refers to the principle of favorability used in criminal procedures, specifically, about its retroactive matters; subject that has been sufficiently addressed in the jurisprudence and doctrine, and there you might think that in principle, its treatment will not be of interest, however, in a recent second instance decision in the framework of a process of a habeas corpus (Supreme Court of Justice, Criminal Cassation Chamber, Judgment Rad. 47346, 2016), it is argued that Article 5 of Law 1760 of 2015 amending art. 317 paragraph 5 of Law 906 of 2004 no retroactive effect. This decision transcends all geography and creates motivation in these academic reflections, defending the thesis of retroactivity of criminal law (in particular, the 1760, 2015) against a set of hypotheses, when the new law contains provisions more favorable or permissive than those referred to in the law that replaces.

Key words

Legality, favorability, retroactivity, ultraactivity, freedom, presumption of innocence, early imprisonment.

1. Planteamiento del problema

El problema que esbozamos tiene como referente la decisión acabada de citar, cuya formulación, en sentido general, sería ¿sí las personas privadas de la libertad, con ocasión de procesos penales substanciados bajo la égida de la Ley 906 de 2004, que establecía el conteo del término de la libertad provisional a partir de la formulación de acusación, podrían invocar por favorabilidad la Ley 1760 de 2015, en tanto la regulación de esa línea de tiempo comienza con la presentación del escrito de acusación hasta el inicio de la audiencia de juicio oral o de juzgamiento?

Como se recordará, con anterioridad a la expedición de la Ley 1760 de 2015 había una zona indefinida en relación con la contabilización de los términos de la libertad provisional en el interregno de la presentación del escrito de acusación² y la audiencia de formulación de acusación, que vino a solucionar la nueva herramienta en virtud de que el legislador acogió la interpretación condicionada que hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C-390 de 2014, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos.

En efecto, la máxima rectora contempló la existencia de dos interpretaciones posibles respecto de la expresión “formulación de acusación” del numeral 5 del art. 317 del CPP a saber:

(i) La adoptada por la Corte Suprema de Justicia, cuyo plazo legal debía entenderse a partir de la concepción del acto complejo de la acusación, esto es, a partir de esta, como fue su reiterada postura dominante, constitutiva de un derecho viviente, en especial, al resolver varios recursos de habeas corpus (Corte Constitucional, Sentencia C-025, 2010; Código de Procedimiento Penal, art. 336 y ss.); no obstante reconocer la carencia de plazo en el intervalo del escrito de acusación y la formulación de la acusación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 27.518, 2007).

(ii) Y, la otra postura, orientada por una interpretación conforme y razonable con la Constitución, fue la adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia de marras, al entender que la expresión acusada, en sentido verbalizado, “formular la acusación” es sinónimo del escrito de acusación, que trae el Código en sus arts. 175 y 294, lo que conllevó a que en asocio de una interpretación sistemática y finalista de la ley, involucrando de manera especial los principios de legalidad de las medidas de aseguramiento, temporalidad, excepcionalidad, presunción de inocencia, libertad, necesidad, proporcionalidad y el derecho a un proceso sin dilaciones injustas, avalados por el Sistema Interamericano, corrigiera la de la Corte Suprema de Justicia, considerando que la indefinición de términos, fundamentalmente, cuando afecten la libertad personal del procesado, resulta inconstitucional.

2 “Además, el derecho de defensa como mecanismo para la realización de la justicia y base fundamental del Estado de derecho, ha de estar presente en toda la actuación, en consecuencia, la necesaria armonía entre la formulación de la imputación y la acusación (entendida esta última en su forma de acto complejo de escrito y formulación oral) involucra el derecho del inculcado de conocer desde un principio los hechos por los cuales se le va a procesar”.

Por supuesto que abrevó en la normativa nacional (Constitución Nacional, 1991, arts. 28, 29, 228; Ley 270 de 1996, arts. 4, 7 y 9) y en su propia jurisprudencia³ (Londoño, 1993, pp. 260 y ss.) en cuanto no pueden existir etapas procesales indefinidas y, en especial, las que tienen que ver con el régimen de la restricción de la libertad, pues el encarcelamiento anticipado, no asimilable a la condena –pese a que cualitativamente y, no en pocos casos, en lo cuantitativo lo es–, tienen un carácter temporal, que implica estar sujeto a un plazo determinado.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional, para evitar que dicho término quedara al arbitrio del operador judicial, optó por declarar la exequibidad condicionada de la expresión “la formulación de la acusación” del numeral 5 del art. 317 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la locución acusada hace referencia al acto de radicación del escrito de acusación y no al de realización de la audiencia de formulación de acusación, exhortando al Congreso a expedir la regulación correspondiente, razón por la cual difirió sus efectos hasta el 20 de julio de 2015.

No obstante lo anterior, consideramos que haber prorrogado los efectos de esta causal de libertad provisional, constituyó una negación al goce efectivo de los derechos de las personas privadas de la libertad, pues en la práctica estas personas sometidas al encarcelamiento preventivo en ese interregno procesal continuaron purgando una “pena anticipada” en todos los casos en que los operadores judiciales no sometieron esa norma a los controles de convencionalidad respectivos.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, positiviza este principio, así:

“Artículo 15-1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la co-

3 Corte IDH, sentencias: Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala., Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua., Caso Forneron e Hija vs. Argentina; Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia; Caso Vélez Loor vs. Panamá; Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala; Caso López Mendoza vs. Venezuela; Caso Fleury y otros vs. Haití., Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile, Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Así, por ejemplo, Corte IDH, Caso Bulacop vs. Argentina, Sentencia del 18 de septiembre de 2003; Corte IDH, Caso Sevellón, García y otros vs. Honduras, Sentencia del 21 de septiembre de 2006; Corte Constitucional, Sentencia C-1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

misión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972, lo plasma en el art. 9º, así:

“Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Todo esto alentó al Ministerio de Justicia y a la Fiscalía a presentar un proyecto de ley, radicado en la Secretaría General del Senado de la República el 28 octubre de 2014 (Proyecto de Ley 115, 2014), que luego del trámite de rigor, concluyó con el texto de la Ley 1760 de 2015, publicada en el Diario Oficial, edición 49.565 del 6 de julio de 2015⁴, “Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad” que entró a regir el 6 de julio de esa anualidad, quedando algunas normas diferidas que entrarán a regir este año, cuyo texto de manera global analizamos profundamente en otro trabajo próximo a publicarse (Del Villar Delgado, 2016).

Claro que antes de esa decisión fuimos del criterio que tal indeterminación podía ser superada, no solo acudiendo a las interpretaciones convencionales sino con base en la normativa interna en razón a que no es de recibo la indefinición de un encarcelamiento anticipado en ninguna etapa procesal, pues ello siempre desnaturalizaba su sentido cautelar preventivo, que no sancionatorio o punitivo, vulnerando claros estándares internacionales vinculantes con la detención preventiva, entre ellos la presunción de inocencia, la excepcionalidad de este tipo de medidas, provisionalidad, temporalidad, entre otros, que fue motivo de una amplia reflexión en otro trabajo al cual nos remitimos (Gómez Pavajeau & Del Villar Delgado, 2014, p. 120).

⁴ Págs. 17 y 18. Proyecto de Ley No. 115 de 2014 Senado, 232 de 2015 Cámara. Considerado y aprobado en sesión de la Comisión Primera del Senado de la República el 26 de noviembre de 2014 y en sesión plenaria el 21 de abril de 2015. En sesión de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el día 4 de junio de 2015 y en sesión plenaria el 16 de junio de 2015. Informe de Conciliación en sesión plenaria del Senado el 18 de junio de 2015 y en sesión plenaria de la Cámara de Representantes el 17 de junio de 2015.

Debe recordarse que el Código de Procedimiento Penal regula que una vez presentado el escrito de acusación, “dentro de los tres días siguientes al recibo del escrito de acusación, el juez señalará fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación...” (art. 338 CPP).

También aparece determinado el término en los casos de actuaciones sin plazo, como lo dispone supletoriamente el art. 159 del CPP, así: “El funcionario judicial señalará el término en los casos en que la ley no lo haya previsto, sin que pueda exceder de cinco (5) días”. De allí que la audiencia de acusación correspondía realizarla en esos 8 días; pero si se consideraba que eran muy escasos los términos para programar la audiencia, hacer las citaciones correspondientes, etc.; también sugerimos que por analogía *in bonam partem* se adoptaran los criterios empleados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1198 de 2008 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, cuando ante la ausencia de un término legal propuso que la suspensión por causa razonable de una audiencia debía determinarse en el plazo “no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5° del art. 317 de la ley 906 de 2004”. Esa mitad correspondía a 60 días calendarios, que sobrepasa el de 8 días, conforme a la asociación de aquellas normas (Gómez Pavajeau & Del Villar Delgado, 2014, *Ibíd.*).

Estas normas integradas con las convencionales jamás debieron permitir que ese escenario procesal entre la presentación del escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación fuera una especie de zona de despeje a la manera de un “Caguan procesal”, como se entendió infortunadamente por un largo tiempo para los efectos de la no contabilización de los términos de libertad provisional, englobado dentro de ese estadio procesal.

Por fortuna, tal interpretación resultó inconstitucional, con la declaratoria de la exequibilidad condicionada en razón de que esas normas debían ser interpretadas sistemáticamente, para que las actuaciones procesales se programaran de forma célere y diligente, con la observancia de los términos procesales consagrados constitucional y legalmente, sobre todo, cuando estuviera comprometida la libertad de una persona.

En cumplimiento de esa Sentencia (C-390 de 2014) y de otras, como de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, principalmente, en su Informe 46 de 2013, y de los lineamientos de los es-

tudios especializados de la Comisión Asesora de Política Criminal, como por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Circular Externa No. 5, 2014), el Congreso expidió, insistimos, la Ley 1760 de 2015, fijando límites para el encarcelamiento anticipado y, específicamente, a la libertad provisional, verbigracia: el art. 4° num. 5°, que acoge lo consignado por la Corte Constitucional en aquella sentencia en relación con la causal de libertad, quedando en los siguientes términos: “(...) cuando transcurridos 120 días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio”.

Resulta conveniente destacar que la Circular Externa No. 5 de 2014 a la que hacemos referencia, debe contribuir a interpretar teleológicamente el nuevo instrumento legislativo, que tienen apoyo en los siguientes documentos especializados:

- a) “Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo” (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo, 2013);
- b) “Lineamientos para la implementación de la conciliación en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado originados en la privación injusta de la libertad” (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, septiembre, 2013);
- c) “Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad” (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, abril, 2014); y
- d) “Lineamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad” (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, junio, 2014).

Pues, bien, planteado el problema en este contexto, metodológicamente, abordamos el alcance del principio de favorabilidad en la arista que corresponde al asunto propuesto, para luego dar cuenta de cómo ciertas interpretaciones constituyen, en la práctica, cortapisas a los presentes contenidos legislativos.

2. Del alcance del principio de favorabilidad concernido

Debemos recordar que la favorabilidad viene del latín *favorabilis*, que significa propicio, apacible, benévolo. Su consagración como derecho fundamental puede ubicarse en el art. 26 de la Constitución de 1886, dentro del título

III denominado “De los derechos civiles y garantías sociales”, que desarrolla la Ley 153 de 1887 en sus arts. 40 al 47. En la Constitución de 1991, aparece como parte integrante del debido proceso en el art. 29 y en las legislaciones procesales siempre ha estado visible, así: art. 5° del CPP de 1938, art. 6° Decreto-Ley 409 de 1971, art. 5° Decreto-Ley 050 de 1987, art. 10° del Decreto 2700 de 1991, art. 6° Ley 600 de 2000 y art. 6° Ley 906 de 2004, como en el actual Código Penal, Ley 599 de 2000, en su art. 6°.

La favorabilidad implica un tránsito normativo dentro del cual, en un caso concreto –en supuestos de hechos similares–, puede advertirse un conflicto en la sucesión de las leyes, que permita aplicar la nueva al caso regulado por la preexistente (retroactividad) o que prevalezca la anterior (ultra actividad).

La favorabilidad se predica tanto de las normas penales materiales como las procesales; dentro de estas últimas quedan comprendidas las sustanciales y las simplemente procesales, pues el art. 29-2 constitucional no hace ninguna diferencia al respecto. Ahora, admitiendo que esta última clasificación puede desprenderse del ordenamiento jurídico (art. 228 Constitucional, 10° CPP y 4° CPC) es en el caso concreto como debe contemplarse la favorabilidad, es decir, cuando el derecho procesal, como enseña magistralmente (Díaz Pedrozo, 2005, p. 21), es de efectos sustanciales por estar comprometida una garantía procesal o un derecho como la dignidad, libertad, defensa, debido proceso, igualdad, entre otros.

En este orden es claro que frente a las normas procesales de efecto sustancial se aplica la favorabilidad por retroactividad o ultra actividad, y ante las procesales, la regla es su efecto inmediato. Por no ser objeto de la materia, nos sustraemos del debate, ampliamente tratado en la jurisprudencia, de la favorabilidad por coexistencia de sistemas procesales.

La causal (4ª) como la 5ª y 6ª de la Ley 1760/15 (art. 317, Ley 906 de 2004, modificado por el art. 61, Ley 1453 de 2011) están vigentes y pueden ser aplicables por favorabilidad a casos que venían tramitándose con anterioridad a la presente ley. Muy a pesar de que son temas suficientemente decantados, cada vez que hay una reforma reaparecen, como si implicara hacer un borrón y cuenta nueva. Por eso, pese a que parezca chocante, la precisión va

dirigida a quienes consideran que esta nueva ley no es aplicable a los procesos que venían tramitándose en vigencia de los estatutos anteriores.

La anterior opinión halla apoyo en la invocación del art. 40 de la Ley 153 de 1887, en el sentido de que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores, salvo los términos que hubieran comenzado, razón por la cual se rigen por las leyes vigentes cuando empezaron a correr los términos, desconociendo que si bien la Corte Constitucional declaró su constitucionalidad, señaló que “... toda norma en materia penal debe aplicarse de conformidad con el aludido principio de favorabilidad (...) que (...) debe ser respetado” (Corte Constitucional, C-200 de 2002). De esta manera, independientemente del efecto general inmediato de las normas procesales, el principio de favorabilidad debe operar para garantizar la aplicación de la norma más favorable, sin que en materia penal pueda hacerse distinción entre normas sustantivas y normas procesales que resulten más benéficas al procesado⁵. Por ejemplo, como las que tienen que ver con el derecho a la libertad (v.gr. medidas de aseguramiento, revocatoria, libertad provisional, subrogados).

La favorabilidad ecuménicamente aceptada, en cualquiera de sus sentidos (ultractiva o retroactivamente), es procedente en Colombia, como quedó visto, en razón de varias disposiciones normativas, pero adicionalmente en el bloque de constitucionalidad, por ejemplo, art. 15.1 PIDCP y art. 9 CADH, y cuenta con amplio respaldo en la jurisprudencia de las altas cortes⁶, que

5 Corte Constitucional. Sentencias: T-966 de 2006 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; T-1057 del 6 diciembre de 2007, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; T-015 del 22 de enero de 2007, M.P.: Humberto Sierra Porto).

6. Cfr. A) Corte Suprema de Justicia: (i) Sala de Cas. Penal. Tutela 18.525 del 24 de noviembre de 2004, M.P.: Pérez Pinzón (Caso de aplicación favorable del régimen de la libertad condicional - elementos normativos de efectos sustanciales: causales de libertad); (ii) Auto mayo 4/2005, Rad. 19094, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas (aplicación de las normas de la L. 906/04 a casos gobernados en la L. 600/00); (iii) Rad. 23006, Sentencia de 16 de febrero de 2005, M.P.: Alfredo Gómez Quintero (normas sustanciales, instrumentales y procesales de efectos sustanciales. A partir de este fallo la Corte replantea su tesis del hecho jurídico o acto procesal relevante por el de ley pre-existente al delito, sin desconocer norma favorable posterior); (iv) Auto mayo 4/2005, Rad. 23567, M.P.: Marina Pulido de Barón (Favorabilidad en el mismo sentido anterior, siempre y cuando no comporte afectación de lo vertebral del sistema acusatorio); v) Rad. 25099 de 6 septiembre de 2007 M.P.: Alfredo Gómez Quintero (favorabilidad en causales de libertad provisional); (vi) Rad. 32.791 de 16 de octubre de 2009, M.P.: Yesid Ramírez B. (distinción entre el 175 y 317 del CPP, causales de libertad tienen efectos sustanciales); (vii) Rad. 31.124 del 13 mayo de 2009 M.P.: Yesid Ramírez Bastidas; (viii) Rad. 32.108 del 10 febrero de 2010, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas (ix) Rad. 36.926, Auto del 27 de julio de 2011, M.P.: Alfredo Gómez Quintero (abandono tesis acto procesal relevante vs. ley preexistente del delito salvo norma posterior favorable, causales de libertad, vigilancia electrónica); (x) Rad. 42447 del 30 de abril de 2014, M.P.: Fernando Castro Caballero; y (xi) 45635 del 29 abril de 2015, M.P.: Fernando Castro Caballero. B) Corte Constitucional: Sentencia C-922 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra (sobre favorabilidad en materia sustancial y procesal-procedimientos administrativo cambiarios-); C-200 de 2002, Op. cit., (sobre la Ley 153 de 1887); C-592 de 2005, M.P.:

obligan en una interpretación ius humanista –antropocéntrica– a ponderar los preceptos sucesivos o coexistentes para seleccionar el más ventajoso. Esto es, lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse (*favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda*).

Sin embargo, creemos que desatienden el *corpus iuris* y la versión noética (arts. 29 C.N., 6° C.P.P., etc.) del principio de favorabilidad de la decisión que ocupa la atención de este trabajo, pues tratándose de un contexto de tránsito normativo como cuando el caso, con persona privada de la libertad, es anterior a la Ley 1760 de 2015, y no se ha realizado la audiencia de formulación de acusación, se plantea que no aplica la nueva normatividad que impone contabilizar el término para la excarcelación a partir de la presentación del escrito de acusación.

Con esta hermenéutica permanecerían indefinidamente privados de la libertad los presos sin condena, porque la nueva ley, según estos criterios, no surtiría efectos retroactivos, desconociendo la máxima *favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda* (lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse); es decir, el principio de favorabilidad que hace parte del debido proceso constitucional y legal, autoriza la retroactividad de la leyes penales benignas al reo, por ser norma rectora del proceso penal y derecho fundamental –universal e intangible– de aplicación inmediata.

Consideramos que el desacierto de la decisión que confutamos radicó en: (i) Haber revivido la jurisprudencia que indicaba que el término de la libertad contaba desde la formulación de acusación y no desde la radicación del escrito respectivo, cuando la Corte Constitucional rechazó esa interpretación, pese a que era una línea jurisprudencial sólida de un derecho viviente, y (ii) Una lectura equivocada de los efectos de la exequibilidad condicionada, pues en ningún momento sostuvo la Corte Constitucional que si el Congreso no legislaba los efectos de su decisión no involucraban los casos de los detenidos sin audiencia de formulación de acusación al 20 de julio de 2015, y que al expedirse la norma, el plazo se contaría desde su entrada en vigencia, pero nunca más allá del 20 de julio de 2015, pues es sabido que la vigencia de la ley hacia el futuro –principio de irretroactividad de la ley penal– como

Álvaro Tafur Galvis (sobre favorabilidad en el sistema penal acusatorio e irretroactividad de la ley penal), entre otras.

expresión del postulado de legalidad, tiene su excepción en el principio de retroactividad por favorabilidad –concebido como rector del derecho punitivo, parte integral del debido proceso penal y derecho fundamental de aplicación inmediata e intangible–.

En el caso que ocupa la presente crítica, la retroactividad por favorabilidad, cuya aplicación demandaba el accionante, no era respecto de la C-390 de 2014 sino de la Ley 1760 de 2015. No obstante, que:

“(...) la Corte considera necesario diferir los efectos de la sentencia de exequibilidad condicionada hasta el 20 de julio de 2015, mientras el legislador decide (...) Si al cabo del anterior término el legislador no ha adoptado una regulación distinta, y para proteger los derechos de las personas privadas provisionalmente de la libertad, la presente sentencia surtirá todos sus efectos”,

pues había que asegurar

“el goce efectivo de los derechos de las personas privadas de la libertad” (C-390 de 2014, Op. cit. Subrayado por fuera texto).

De acuerdo con la ratio decidendi de este habeas corpus, la causal 5 de libertad provisional de la Ley 1760 de 2015 solo sería aplicable para los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia. Esta sorprendente tesis resulta controvertida por la reiterada jurisprudencia constitucional, tanto de la Ley 600 de 2000 como de la Ley 906 de 2004, que desarrollan el principio general de favorabilidad penal. A propósito, suficiente con recordar la Sentencia C-592 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis, cuando se demandó el tercer inciso del art. 6° de la Ley 906 de 2004. Y la de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto el 4 de mayo de 2005, con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas, invocando el principio de favorabilidad penal para aplicar normas de contenido sustancial de la Ley 906 de 2004 a hechos acaecidos con anterioridad al 1° de enero de 2005, exactamente, en diciembre de 1998 y enero de 1999.

Con todo que el legislador dispuso, por razones del principio de gradualidad, que el sistema implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal de 2004 solo eran aplicables a los distritos judiciales donde se introdujo el sistema acusatorio a partir del 1° de enero de 2005

y respecto de delitos cometidos a partir de esa fecha, la Corte Suprema en la anterior decisión precisó que:

“La anterior conclusión no significa descartar la posibilidad de que ciertas normas procesales de efectos sustanciales consagradas en la Ley 906 de 2004, y en particular las que versan sobre el derecho a la libertad (v.gr.: medidas de aseguramiento, revocatoria, libertad provisional, subrogados), sean aplicadas en razón del principio de favorabilidad en las actuaciones penales que se rigen por la Ley 600 de 2000, en virtud de la Resolución judicial de la antinomia de los principios constitucionales de la gradualidad, están en la base de la eficacia del nuevo sistema, y de la favorabilidad a través del núcleo esencial más fuerte del último”.

En el caso de Santa Marta, estudiado en esa decisión, fue insuficiente tanto el fallo de Corte Constitucional como la respuesta del Legislativo, pues el detenido debía permanecer indefinidamente en encarcelamiento preventivo por no haberse realizado la audiencia de formulación de acusación.

En este trabajo constatamos que la defensa intentó de nuevo la solicitud de libertad provisional, dentro del proceso, y fue concedida; sin embargo, las peticiones de libertad de los otros coautores se han negado con base en la decisión contradictoria⁷.

La jurisprudencia constitucional enseña que el legislador, al indicar la vigencia hacia futuro de una normatividad, no obstaculiza ni restringe la aplicación inmediata del principio de favorabilidad (Corte Constitucional, sentencias C-371 de 2011, C-200 de 2002, Op. cit.). Es, incluso, de carácter obligatorio u oficioso aplicar la favorabilidad por retroactividad de la nueva ley en el caso concernido y los similares a este, por cuanto la nueva ley es más benigna en tanto determina que el plazo para contabilizar la libertad provisional no es a partir de la audiencia de formulación de acusación, sino mucho antes: de la presentación del escrito de acusación. Es decir, hay un cambio de valoración jurídica de una situación excarcelatoria que se plasma en la nueva ley, que es justo aplicarla a los hechos anteriores, que estaban sujetos al arbitrio del funcionario cuando realizaba la audiencia de formulación de acusación. Esta nueva ley hunde sus raíces en un sentido humanita-

⁷ Estos datos son un aporte de la Barra de Defensores Públicos del Magdalena, donde estuve dictando una conferencia el 26 de febrero de 2016, en el claustro de la Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta. Rad. del caso: 11001-60-01-276-2012-00004.

rio, garantizador y limitador del encarcelamiento preventivo, que consulta la presunción de inocencia y el debido proceso que en materia del régimen de la restricción de la libertad prohíben las detenciones indeterminadas.

Por supuesto que la benignidad, en sentido general, no solo se refiere exclusivamente a los asuntos procesales penales sino que también puede estar vinculada con la punibilidad, la tipicidad, despenalización, nuevas causales de ausencia de responsabilidad, entre otras situaciones, que por razones político-criminales, giran alrededor de exigencias humanitarias y de igualdad, que procuran materializar el principio de “prohibición por exceso”, a través de la aplicación del principio de la retroactividad de la ley favorable.

Este principio, reiteramos, es una excepción al de la irretroactividad de la ley penal. Se aplica en el caso concreto y es de carácter imperativo, por ser parte del principio de legalidad y del debido proceso del Estado constitucional de derecho. En esta concepción debe recordarse que el derecho penal está cimentado en el respeto a la dignidad humana, resultando fácil comprender que todas las normas penales, en sentido amplio, deben consultar lo favorable, por razones de justicia, igualdad y dignidad en cualquier etapa del proceso.

Reconocer la vigencia del principio de favorabilidad en todos estos casos significaría acercar más la administración a los ideales de: justicia e igualdad material, humanización del derecho penal, retroactividad benigna de las normas penales y, por supuesto, dignidad humana, pues muchos usuarios de la defensoría pública y otros son víctimas de ese cuasi estado de cosas inconstitucionales del sistema, por los retardos en las apelaciones, programación de audiencias, fallas en los registros de audio, en la infraestructura física, escasez del recurso humano y otros problemas, que exceden el objeto de este trabajo, pero que inciden en el complejo problema del hacinamiento carcelario.

3. Breve excursio de otras situaciones pasibles de aplicación retroactiva

Además de estimar favorable la aplicación de la nueva ley a situaciones ocurridas con anterioridad a su vigencia, como en los casos donde no se hubiere realizado la audiencia de acusación y se haya vencido el término para el

inicio del juicio, sin ser exhaustivo, tenemos que esta novedosa legislación resulta aplicable retroactivamente por ser más benéfica, por ejemplo, en las siguientes situaciones:

- (i) Cuando excluye el número de los delitos en el párrafo 1 del numeral 6° del art. 317, pues en la anterior normatividad en el párrafo 2 del numeral 5°, se aumentaban los términos respecto de las causales de libertad, por esta circunstancia, que en la presente reforma se eliminó. Además, la nueva reforma en este numeral 6°, que no incluía la anterior, prevé una línea de tiempo en el interregno de la iniciación de la audiencia de juicio y la audiencia de lectura de fallo o su equivalente;
- (ii) En los casos de detenciones preventivas por la naturaleza, gravedad o modalidad del delito, sin que se hubiere hecho, anteriormente, el juicio de insuficiencia (párrafo 2, art. 1, en concordancia art. 2 de la Ley 1760 de 2015), para dirigir una sustitución⁸ ;
- (iii) En temas de procedencia de una revocatoria cuando el indicador de peligrosidad recayó sobre el numeral 6° del art. 310 CPP eliminado en la nueva ley;
- (iv) Frente a las causales de libertad provisional y la libertad por vencimiento del plazo máximo de encarcelamiento de presuntos inocentes⁹ ; por cuanto se elimina la eventualidad de aplicar prisión cautelar por tiempo indefinido, acogiendo las exigencias de la jurisprudencia nacional como de la Corte IDH (art. 7.5 CADH), entre otros eventos de eventual favorabilidad que la práctica judicial irá identificando. Esto obligaría a la Fiscalía, por imperio de la objetividad, incluso, a promover la audiencia correspondiente. Asimismo, es una garantía constitucional que en todo momento debe tener presente el juez en el Estado constitucional de derecho. Toda esta posibilidad, además, por imperio del principio de la igualdad y la racionalidad de los actos del poder punitivo, y
- (v) Ante la promoción de audiencias de revocatoria y sustitución, en los casos de ley, por cuanto los presupuestos adicionales al art. 308 de la Ley 906 de 2004, contemplan una mejor reglamentación que podría permitir su aplicación por favorabilidad¹⁰ . En efecto, y por vía de ejemplo, si la Fiscalía adujo como criterios

8 Este juicio de insuficiencia opera antes de la imposición, o posterior en la idea de hacer cesar la medida para sustituirla por otra menos gravosa, cuando el encarcelamiento preventivo no sea necesario. En estos términos consideramos viable la invocación de la favorabilidad.

9 Ilustrativo al respecto. Corte IDH, caso "Bayarri C. Argentina, Op. cit., párrafos 71-74". Bayarri se encontraba preso desde mucho tiempo atrás, cuando entró a regir la Ley 34390 en 1994.

10 Cfr. Algunas sentencias sobre favorabilidad de la Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-1625 de 2000, M.P.: Martha Victoria Sánchez Méndez (aplicación ultractiva de las normas derogadas si resultan más benéficas); C-252 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz; C-329 de 2001, M.P.:-

subjetivos o de necesidad el peligro para la comunidad en forma abstracta, sin ofrecer elementos probatorios, es decir, sin probar que a futuro resultaba necesario precaver dicho peligro, consideramos que, con base en esta nueva ley, puede solicitarse la revocatoria, por la inexistencia de esa base empírica o probatoria.

De igual modo, si la defensa pretende solicitar la sustitución de la prisión preventiva por la domiciliaria podría alegar, al margen de cualquier causal del numeral 2º al 5º del art. 314, la primera, habida cuenta que, por favorabilidad 11¹, podría invocar esta nueva ley, por ausencia del juicio de alternatividad en la medida de aseguramiento o por cuanto no son admisibles las imposiciones de medidas privativas de la libertad con base exclusivamente en los factores objetivos o formales del art. 313 de la Ley 906 de 2004. Este párrafo del art. 314 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-318 de 2008.

Creemos que esta Ley replantea que por los criterios finalísticos o teleológicos pueda pedirse una sustitución en tratándose de cualquier tipo penal, incluso, en los del párrafo del art. 314 de la Ley 906 de 2004, pues en la sentencia antes mencionada, se dijo que la causal primera estaba excluida para los delitos que contenía dicho párrafo, pero que ello no significaba que en sede de la medida de aseguramiento no pudiera hacerse el respectivo juicio de necesidad, que antecedería al de suficiencia. En verdad, la Corte utilizó un juego de palabras, para decir, que la detención domiciliaria no procedía para los delitos exceptuados en el párrafo por la causal primera. Consideramos

Rodrigo Escobar Gil; C-581 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería; T-272 del 17 de marzo de 2005, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra (favorabilidad en materia penal también se aplica a las normas procesales); C-592 de 2005, Op. cit.; C-708 de 6 de julio de 2005, M. P.: Manuel Cepeda Espinosa, resuelve tener en cuenta la C-592 de 2005, Op. cit.; C-371 de 13 mayo de 2011, Op. cit. En esta última defiende la aplicabilidad del principio de favorabilidad, conforme al mandato del art. 29 superior, el cual "será aplicable frente a supuestos de hechos similares pero que reciben en los Estatutos sucesivos en el tiempo, soluciones de derecho diferente [...] Para su aplicación en materia penal no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales", dejando en manos de los jueces "identificar la situación normativa más benigna"; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 13.000 del 5 septiembre de 2001, M.P.: Edgar Lombana Trujillo; Rad. 35.496 del 13 de abril de 2011, M.P.: María del Rosario González de Lemos (indemnización de perjuicios); Rad. 36.502 del 5 de septiembre de 2011, M.P.: Alfredo Gómez Quintero (salidas alternas, allanamiento, sentencia anticipada). Gómez Quintero, Alfredo. "¿Procede la favorabilidad e igualdad frente al nuevo procedimiento penal?", Ámbito Jurídico, 21 de febrero al 6 de marzo de 2005, p. 5B.

11 Nos referimos al caso de una medida privativa de la libertad impuesta con anterioridad a la Ley 1760 de 2015, siguiendo los criterios de prohibición legal de conceder medidas distintas a la intramural frente a ciertas modalidades delictivas. Por ejemplo: Ley 1474 de 2011, art. 39; Ley 1098 de 2006, art. 199 núm. 1º; párrafo del art. 314 Ley 906 de 2004

que con la nueva ley, como otro referente normativo sobreviniente a la decisión de la Corte Constitucional (C-318 de 2008), por ser norma posterior y obedecer a otro tipo de política criminal del Estado, esa causal sería prospera por favorabilidad en los casos en curso y por aplicación directa en los nuevos eventos.

En otras palabras, en ninguna de las conductas delictivas previstas en el párrafo del art. 314 de la Ley 906 de 2004 podrá impedir al juez de garantía optar por una medida alternativa a la de la prisión preventiva, pues el nuevo presupuesto o test de insuficiencia, ineficacia o alternatividad, como prefiero denominarlo, impone que independientemente a la naturaleza de la imputación, se proceda a verificar si los fines de la medida pueden garantizarse con una medida no privativa de la libertad.

Es claro que frente a este listado de delitos (art. 314, párrafo Ley 906 de 2004), y en los casos concretos, pueden existir mecanismos menos lesivos al encarcelamiento preventivo e igualmente eficaces para garantizar la finalidad constitucional de la medida. Esta interpretación enlaza con la finalidad de la presente ley que es racionalizar el uso desmedido de la prisión preventiva, que de acuerdo con la iniciativa legislativa, se ha impuesto en Colombia como una costumbre que ha generado una serie de demandas contra el Estado por privación injusta de la libertad, cuya cuantía se calculó en \$23.9 billones, cifra escandalosa, que aparece consignada en la exposición de motivos, cuya cuantía aumenta constantemente.

Precisamente en una entrevista con ocasión de este “barril sin fondo” –cuya cifra actualizada es de 470 billones– el presidente del Consejo de Estado, Danilo Rojas Betancourth, calificó la presente reforma procesal penal como un avance para reducir el riesgo de errores judiciales, cuyo mensaje es “recordarles a jueces y fiscales que la última opción del sistema penal es la privación de la libertad y que hagan uso de las restantes medidas de aseguramiento existentes” (Fiscalía debe más de \$470.000 millones por detenciones injustas, 2016, El Tiempo).

En este sentido la reforma busca claramente proteger el derecho de la libertad frenando la escalada frenética de detenciones preventivas y los intereses patrimoniales del Estado. En consecuencia, se mantiene la medida privativa de la libertad como última ratio y solo para los casos en que las

alternativas resulten ineficaces. De esta manera, ha operado una reforma a todas estas disposiciones, que sin estar mencionadas en los cinco artículos de la ley, sí cuentan a la hora de interpretar todo el régimen de la restricción de la libertad.

La razón obedece a que no son admisibles las exclusiones frente al régimen de restricción a la libertad por la naturaleza, competencia de los delitos o límite punitivos, es decir, por criterios exclusivamente objetivos. La Corte defendió en aquella oportunidad la exequibilidad de esa exclusión en la facultad de configuración legislativa, cuya política cambia con esta reforma, como se advierte con la exposición de motivo, por cierto, muy contraria a la exposición de motivo que inspiró la Ley 1142 de 2007. En esta oportunidad, corresponde decir, que por la nueva política criminal, la conveniencia y la oportunidad, del cerco de la competencia legislativa, la situación ha variado.

La igualdad de trato, como lo reitera, a su vez, la propia Corte Constitucional (Sentencia T-522, 2001), en esta ocasión permite que con la norma sobreviviente, se consideren esos arraigos como criterios que harían próspera, luego de la evaluación correspondiente, que el fin de la medida, pueda cumplirse en la residencia del procesado.

Como la pretensión de este ensayo no es otro que el de ser una herramienta útil en el trabajo que cumplen los defensores públicos del país, quienes deben contar con insumos puntuales en sus loables misiones y de cara al programa de litigio estratégico institucional, sustentamos la posición defendida en la jurisprudencia consolidada, que es “derecho viviente” en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, incluso desde antaño:

“El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supra legal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de esta” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, marzo 15 de 1961, en : Corte Constitucional C-592 de 2005).

“Es así como también de la ley procesal y no solamente de la ley sustantiva han de tomarse los preceptos más favorables al inculcado en ciertas materias que no

son exclusivamente de jurisdicción y competencia o de simple trámite o sustanciación, como son, en general, las que tienen que ver con la libertad del imputado y su derecho de defensa” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 102, 1988).

“Si de la Constitución y la ley surge que la matriz frente a la aplicación de la normatividad procesal es la ley que rige cuando es desplegado el acto, es lógico concluir que, en la medida en que la favorezca, esa ley es el sendero que debe seguir el proceso contra determinada persona. Cosa diferente es que durante el transcurso del proceso, y aún después, nazcan leyes que por una u otra razón beneficien la posición jurídico-procesal del sindicado, pues en estos supuestos la retroactividad se impone” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación, 2005).

4. Propuesta

Finalmente, la recomendación es procurar la materialización de los derechos y garantías de los usuarios del Sistema Nacional de Defensoría Pública con esta nueva herramienta (Ley 1760/15) legislativa aplicable no solo a los casos a partir de su vigencia, sino en todas aquellas situaciones concretas donde opere por favorabilidad. El principio pro homine y de la mano de una dogmática ius humanista procesal, permitirán que en esas audiencias preliminares el defensor público sea un gestor activo de la nueva política criminal como es limitar al máximo el encarcelamiento preventivo anticipado, entre otras figuras, con la invocación de la libertad provisional. Frente a fallos adversos, los recursos; agotadas las vías intrasistemáticas, el habeas corpus, y frente a los defectos o vía de hecho en estas decisiones judiciales, la tutela. Por supuesto, que la última opción sería la activación de los mecanismos ante el Sistema Interamericano.

Proponemos, en estas acciones públicas, la participación de todos a través de la institución del *amicus curiae*. Este instituto procesal no solo es exclusivo del sistema interamericano (CADH, arts. 42 y 44; Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 62.3), a través del cual las organizaciones y los ciudadanos coadyuvan a la Corte a brindar una mirada distinta de la problemática, realizando aportes de trascendencia para la sustanciación del proceso judicial, al permitir una amplia participación y la legitimación activa de asociaciones en asuntos de relevancia institucional y pública, transformando la búsqueda de la justicia en una actividad colecti-

va (ANDHES, 2008, pp. 153-171). En Colombia, con otro nombre, pero en el fondo con cierta proximidad finalística existe la figura, por ejemplo, del invitado en el marco de los procesos de inconstitucionalidad (art. 13, Decreto No. 2067 del 4 septiembre de 1991, en concordancia con la Sentencia C-513 de 1992); también en la acción de tutela, la figura de la coadyuvancia o intervención adhesiva, a través de la cual los terceros con interés en el resultado del proceso manifiestan sus opiniones, reclamaciones o argumentos, apoyando los del accionante.

Las barras de defensores públicos pueden contribuir, a partir de sus ejercicios académicos, a la presentación de los *amicus curiae* en los que está en juego alguna libertad o derechos fundamentales, pues somos el mayor colectivo de abogados congregados en el país y estos asuntos litigiosos tienen que ver directa o indirectamente con nuestra bandera en defensa de los derechos humanos. Es una propuesta encaminada a promover la participación de las barras en la discusión de asuntos de interés público o de trascendencia institucional, dentro del marco de una sociedad pluralista, que debe permitir la participación y legitimación de las decisiones judiciales, con fundamento en argumentos públicamente ponderados.

Abundan los ejemplos de este tipo de participación, verbigracia: el Proyecto de “Litigio de alto Impacto”, de American University-Washington College Of Law (Saez & Duffau Valdés, Informe *Amicus Curiae*, s.f.); el Grupo de Litigio Estratégico y de Interés Público de la Universidad del Norte –GLIP– (concepto de constitucionalidad de Juan Pablo Sarmiento E, Rad.: Exp. T-4.167.863 y T-4.189.649 AC, 2014); El *Amicus Curiae* elaborado por la Asociación Pensamiento Penal (Argentina), presentado ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, coadyuvando el recurso de casación de la defensora pública oficial en favor de la condenada (Asociación Pensamiento Penal, 2012) y la Alianza Regional por la libre expresión e información, que participó con un *Amicus Curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Leonor Serrano de Camargo contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual fue fallada a favor de la parte demandada, al considerar que la absolución contra el periodista estaba enmarcada dentro del derecho a la libertad de expresión (Corte Constitucional, proceso T-4111080, 2014), entre otros.

Las organizaciones de abogados como las corporaciones públicas, deben patrocinar el instituto procesal del Amicus Curiae, como lo acogió la Corte Suprema de Justicia de Argentina a través de la acordada 28/2004 donde reguló ampliamente su operatividad y alcance en cuestiones que revisten interés público como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia... a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático (...) agregando que “debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones... que, por su naturaleza, respondan al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el preámbulo de la Constitución Nacional” (Corte Constitucional, proceso T-4111080, 2014, Op. cit.), con apoyo en el bloque de constitucionalidad.

5. Conclusión

La Ley 1760/15 y, en particular, las causales de libertad provisional, entre ellas la del numeral 5°, no están exentas de ser aplicadas retroactivamente, por favorabilidad, por cuanto así se desprende del canon 29 constitucional, cuando dispone que: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”; es decir, se demostró que la favorabilidad es un principio rector del derecho penal (art. 6 CP) y procesal penal (art. 6 CPP), de aplicación inmediata (art. 85 Carta Política) y además, derecho universal e intangible (art. 4° de la Ley 137 de 1994), inafectable, incluso, en los estados de excepción, como viene expresamente consagrado en el art. 4° de la Ley 137 de 1994 (Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 1994 & C-581 de 2001). Esta posición halló respaldo en la jurisprudencia, doctrina y en la normativa nacional y convencional. Todas estas salvaguardas procuran proteger la libertad, la igualdad y controlar la arbitrariedad judicial.

El principio de favorabilidad, no admite restricción alguna; por tanto, las normas más favorables son susceptibles de ser aplicadas retroactivamente, como si hubieran estado vigentes en el momento en que ocurrieron los hechos, como lo ha reconocido la jurisprudencia patria. Por supuesto que es un problema de aplicación de la ley no de producción legislativa y por ello se llega a la ley más benéfica por varias vías: ultra actividad, ley intermedia, lex

tertia, oscilación de la jurisprudencia y la que ocupó la atención del presente trabajo: retroactividad.

Referencia

Libros

Abogados y Abogadas del Noroeste en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES). Doz Costa, Josefina; Rovira, Patricio Agustín & Pereira, José Roberto Gabriel (Coord.). (2008). Transparencia y democracia de la justicia en las provincias argentinas. Documento de Trabajo. Tucumán: Argentina, Edición, p. 170.

Del Villar Delgado, Donaldo Danilo. (2016). Presos sin condena firme. A propósito de la Ley 1760 de 2015 (en imprenta).

Díaz Pedrozo, A. (2012). El principio de favorabilidad procesal penal y la coexistencia de sistemas procesales, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, pp. 121 y ss.

Gómez Pavajeau, C.A. & Del Villar Delgado, D.D. (2014). Estándares internacionales vinculantes que rigen la detención preventiva, 1ª ed., en Colección "Opúsculos de litigio estratégico institucional". Bogotá: Defensoría del Pueblo, ISSN: 2390-0008, p. 120.

Londoño, H. (1993). De la captura a la excarcelación, 3ª ed., Bogotá: Temis, pp. 260 y ss.

Prensa

"Fiscalía debe más de \$470.000 millones por detenciones injustas". (2 de febrero de 2016). El tiempo.com. Disponible en URL: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/sanciones-a-la-fiscalia-por-detenciones-injustas/16497834>

Gómez Quintero, A. (21 de febrero al 6 de marzo de 2005). "¿Procede la favorabilidad e igualdad frente al nuevo procedimiento penal?", Ámbito Jurídico, p. 5B.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (10 de septiembre de 1992). Sentencia C-513. (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo)

Corte Constitucional. (2 de agosto de 1993). Sentencia C-301. (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. (1 de julio de 1994). Sentencia C-300. (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz)

Corte Constitucional. (23 de noviembre de 2000). Sentencia T-1625. (M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez).

Corte Constitucional. (28 de febrero de 2001). Sentencia C-252. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional. (28 de marzo de 2001). Sentencia C-329. (M.P.: Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional. (6 de junio de 2001). Sentencia C-581. (M.P.: Jaime Araújo Rentería).

Corte Constitucional. (18 de mayo de 2001). Sentencia T-522. (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. (29 de agosto de 2001). Sentencia C-922. (M.P.: Marco

Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional. (19 de marzo de 2002). Sentencia C-200. (M.P.: Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional. (17 de marzo de 2005). Sentencia T-272. (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional. (9 junio de 2005). Sentencia C-592. (M.P.: Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional. (6 de julio de 2005). Sentencia C-708. (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional. (23 de noviembre de 2006). Sentencia T-966. (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional. (22 de enero de 2007). Sentencia T-015. (M.P.: Humberto Sierra Porto)

Corte Constitucional. (6 de diciembre de 2007). Sentencia T-1057. (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional. (9 de abril de 2008). Sentencia C-318. (M.P.: Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. (4 de diciembre de 2008). Sentencia C-1198. (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla).

Corte Constitucional. (27 de enero de 2010). Sentencia C-025. (M.P.: Humberto Sierra Porto).

Corte Constitucional. (11 de mayo de 2011). Sentencia C-371. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva).

Corte Constitucional. (26 de junio de 2014). Sentencia C-390. (M.P.: Alberto Rojas Ríos).

Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia del 29 de enero de 1997. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Bulacop vs. Argentina. Sentencia del 18 de septiembre de 2003.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Sevellón, García y otros vs. Honduras. Sentencia del 21 de septiembre de 2006.

Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia del 6 de mayo de 2008. Excepción Preliminar y Fondo.

Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia del 30 de octubre de 2008. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Sentencia del 1 de septiembre de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1 de septiembre de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Fleury y otros vs. Haití. Sentencia del 23 de noviembre de 2011. Fondo y Reparaciones.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Sentencia del 27 de febrero de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Forneron e Hija vs. Argentina. Sentencia del 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Sentencia del 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, (22-09-88). Sentencia 102 (M.P.: Jaime Sanín Greffenstein).

Corte Suprema de Justicia. (5-09-01). Sentencia 13.000. (M.P.: Edgar Lombana Trujillo).

Corte Suprema de Justicia. (24-11-04). Sentencia 18.525. (M.P.: Herman Galán Castellanos).

Corte Suprema de Justicia. (16-02-05). Sentencia 23.006. (M.P.: Alfredo Gómez Quintero).

Corte Suprema de Justicia. (4-05-05). Sentencia 19.094. (M.P.: Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia. (4-05-05). Sentencia 23.567. (M.P.: Marina Pulido de Barón).

Corte Suprema de Justicia. (6-09-07). Sentencia 25.099. (M.P.: Alfredo Gómez Quintero y María del Rosario González de Lemos).

Corte Suprema de Justicia. (28-11-07). Sentencia 27.518. (M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca).

Corte Suprema de Justicia. (13-05-09). Sentencia 31.124. (M.P.: Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia. (6-10-09). Sentencia 32.791. (M.P.: Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia. (10-02-10). Sentencia 32.108. (M.P.: Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia. (27-07-11). Sentencia 36.926. (M.P.: Alfredo Gómez Quintero).

Corte Suprema de Justicia. (13-04-11). Sentencia 35.496. (M.P.: Javier Zapata Ortiz).

Corte Suprema de Justicia. (5-09-11). Sentencia 36.502. (M.P.: Alfredo Gómez Quintero).

Corte Suprema de Justicia. (30-04-14). Sentencia 42.447. (M.P.: Fernando Castro Caballero).

Corte Suprema de Justicia. (29-04-15). Sentencia 45.635. (M.P.: Fernando Castro Caballero);

Corte Suprema de Justicia. (15-01-16). Sentencia 47.346. (M.P.: Gustavo Malo Fernández).

Internet

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (Mayo de 2013). "Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo". Recuperado de: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/privacion_injusta_libertad.pdf

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (Septiembre de 2013). "Lineamientos para la implementación de la conciliación en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado originados en la privación injusta de la libertad". Recuperado de: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n3.pdf

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (Abril de 2014). "Esquema de decisión adecuada para imponer la medida cautelar de privación de la libertad". Recuperado de: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n9_esquema_decision_190614.pdf

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (Junio de 2014). "Lineamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad". Recuperado de: http://defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla12_250814.pdf

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Circular Externa No. 5 del 4 julio de 2014. "Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico por privación injusta de la libertad y estrategias generales de defensa jurídica", p. 4. Recuperado: http://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202014/Attachments/8/circular_externa_05_%204_jul_2014.pdf

Alianza Regional por la Libre Expresión e Información. (Abril de 2014). Amicus Curiae ante la Corte Constitucional de Colombia. Acción de tutela en proceso T-4111080 instaurada por la señora Leonor Serrano de Camargo contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Recuperado de: <http://www.alianzaregional.net/wp-content/uploads/Amicus-Colombia1.pdf>

Amicus Curiae elaborado por la Asociación Pensamiento Penal (Argentina), presentado ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. 14-

02-2012. Recuperado de: <file:///Users/donaldo/Desktop/LIBROS%20BIBLIO-TECA/amicus%20curiae%20:%20Asociación%20Pensamiento%20Penal%20para%20ser%20presentado%20en%20la%20caus.webarchive>

Sarmiento E., J.P. (Director del Grupo de Litigio Estratégico y de Interés Público de la Universidad del Norte, GLIP). Concepto de constitucionalidad. Rad.: Exp. T-4.167.863 y T-4.189.649 AC, Ref.: Acción de tutela instaurada por Luis Felipe Rodríguez Rodas y Eduardo Soto contra Notaría Cuarta del Circuito de Cali, y otros, 21 de abril de 2014. Recuperado de: [www.uninorte.edu.co/.../Concepto+p ara+la+Corte+Constitucional](http://www.uninorte.edu.co/.../Concepto+para+la+Corte+Constitucional)

Saez, M. & Duffau Valdés, N. "El Informe Amicus Curiae presentado por el Proyecto de Litigio de Alto Impacto de la Facultad de Derecho de American University Washington College Of Law, mostrado ante la Corte Constitucional de Colombia en la acción de tutela instaurada por Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto contra Notaría Cuarta del Circuito de Cali y otros, relacionado con la constitucionalidad del matrimonio igualitario. Recuperado de: <https://www.wcl.american.edu/ilp/documents/20140428amicus.pdf>

Legislación

Congreso de la República de Colombia. Ley 74 de 1968. "Por medio de la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966".

Congreso de la República de Colombia. Ley 16 de 1972. "Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

Constitución política de Colombia, 1991.

Congreso de la República de Colombia. Ley 270 del 7 de marzo de 1996. Diario Oficial, No. 42.745, de 15 de marzo.

Congreso de la República de Colombia. Ley 600 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial, No. 44.097 del 24 de julio. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Congreso de la República de Colombia. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial, No. 44.097 del 24 de julio. Por la cual se expide el Código Penal.

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 03 de 2002. Diciembre 19. "Por el cual se reforma la Constitución Nacional".

Congreso de la República de Colombia. Ley 906 del 1° de septiembre de 2004. Diario Oficial, No. 45.658 del 1° de septiembre. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1474 del 12 de julio de 2011. Diario Oficial, No. 48.128 del 12 de julio. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1760 del 6 de julio de 2015. "Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad".

Proyecto de ley número 115 de 2014 Senado. Iniciativa publicada en la Gaceta de Congreso, número 660 de 2014.

República de Colombia. Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforman los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

República de Colombia. Decreto-Ley 409 de 1971. Diario Oficial, No. 33.303 del 3 de mayo. Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas.

República de Colombia. Decreto-Ley 050 de 1987. Diario Oficial, No. 37.754 del 13 de enero.

República de Colombia. Decreto 2700 de 199. Diario Oficial, No. 40.190, del 30 de noviembre. Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal.

República de Colombia. Decreto No. 2067 del 4 septiembre de 1991. "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional".

JUSTICIA TRANSICIONAL

LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA

Juan Antonio Pabón Arrieta¹
Alfredo Torres Argüelles²

Sumario. 1.- La visión de lo que la justicia es. 2.- El Estado social y democrático de derecho como garantía de los derechos humanos. 3.- La justicia transicional, ¿justicia o política? 4.- Transiciones y la reconstrucción de la democracia

Resumen

La justicia es una virtud ética que sirve para fundamentar, justificar y enjuiciar la finalidad y realidad de la implementación efectiva de lo que significa el Estado social y democrático de derecho. Este debe ser, ante todo, un instrumento político para que la paz la obtengan y mantengan las personas bajo el primado de la justicia, se logre el orden y la seguridad jurídica en la vida social. La justicia le pone límites al Estado social y democrático de derecho y a las políticas estatales, inclusive en aquellos estados que sufren de un conflicto armado no internacional. Es, por esto, que las políticas, como la

1 Coordinador académico-Atlántico. Candidato a doctor en ciencia política de la Universidad del Zulia. Máster en derechos humanos, Estado de derecho y democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá, especialista en derecho administrativo y derecho penal. Docente universitario. Miembro de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, “Asofides”, y de la Asociación Iberoamericana de Filosofía Política, AIFP.

2 Abogado. Magíster en estudios avanzados en derechos humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a doctor en derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

de la justicia transicional, que no es un modelo de justicia, sino una política estatal para la superación de conflictos armados no internacionales o la reconstrucción de la democracia, no puede ser diseñada de cualquier manera sino respetando los límites de la justicia y de los razonables criterios de justicia que deben guiar a la creación del derecho para el sometimiento de la sociedad a un orden jurídico que facilite y garantice la paz.

Palabras claves: justicia, Estado de derecho, límites, paz y democracia

Abstract

Justice is a virtue ethics which serves to support, justify and prosecute the purpose and reality of the effective implementation of the social and democratic rule of law. This should be first and foremost a political instrument for peace to obtain and retain the people under the primacy of justice order and legal certainty in social life is achieved. Justice puts limits on the social and democratic rule of law and state policies, even in states suffering an armed conflict. That is why, that policies such as transitional justice, which is not a model of justice, but a state policy for overcoming non-international armed or reconstruction of democracy conflicts can not be designed in any way but respecting the limits of justice and reasonable criteria of justice that should guide the creation of law for the submission of society to a legal order to facilitate and ensure peace.

Key words: justice, Rule of Law, limits, peace and democracy.

“La interpretación de nuestra realidad con esquemas ajenos solo contribuye a hacernos más desconocidos, cada vez menos libres, cada vez más solitarios. Tal vez la Europa venerable sería más comprensiva si tratara de vernos en su propio pasado” (García Márquez, 1999).

1. La visión de lo que justicia es

La pregunta de Kelsen acerca de lo que la justicia es, no deja de ser un asunto de permanente interés para la comunidad, en particular, para la comunidad científica y filosófica en las áreas de la ética, el derecho, la filosofía del derecho, la filosofía hermenéutica y la filosofía política. Su respuesta muestra que no le interesó identificar a la justicia como un valor ético, y no estaba en esa dirección su respuesta porque su propósito era la de fundamentar el derecho desde el derecho mismo, con una postura metodológica de corte

formalista y sin valoraciones éticas. La narración que él describe de la Biblia, cuando Jesús fue presentado ante Pilatos y al preguntarle Pilatos si era cierto que era un rey, la respuesta de Jesús fue que vino al mundo a dar testimonio de la verdad, y a la pregunta de qué era la verdad, Jesús no respondió. Lo que quedó y ha quedado claro, es que Jesús vino al mundo a dar testimonio de justicia y por eso entregó toda su vida al hombre para salvarlo. Kelsen, en ese mismo texto extraído de su conferencia de despedida de la Universidad de California, pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952, acerca de la justicia afirmó:

“La justicia es en primer lugar una cualidad posible, pero no necesaria, de un orden social que regula las relaciones mutuas entre los hombres. Solo secundariamente es una virtud humana, ya que un hombre es justo si su conducta se adecua a las normas de un orden social supuestamente justo. ¿Pero qué significa realmente decir que un orden social es justo? Significa que este orden social regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, significa que todos los hombres encuentran en él la felicidad” (Kelsen, 1992, pp. 36 ss.).

En el cierre de su conferencia, afirmó:

“(...) Solo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar que es la justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia” (Kelsen, 1992, pp. 63 ss.).

Como bien uno puede captar de la reflexión del jurista vienés, la justicia para él es una cualidad posible, pero no necesaria de un orden social que regula las relaciones humanas en el espacio público. Asimismo, la justicia para su forma de pensar, no es valor, y como no es valor carece de fuerza normativa absoluta, sino que puede ser relativizada por un ordenamiento jurídico; y, en su línea argumentativa, confunde lo subjetivo, lo justo, con un sistema normativo que debe ser justo, y la realización material de la justicia con la justicia como tal. En esta equivocada dirección, Kelsen se aparta de la tradición de Occidente de lo que la justicia es, como valor absoluto que es, desde la reflexión consignada en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Este insigne autor dejó para la posteridad los criterios que sobre la justicia se preservan en Occidente, haciendo énfasis en que la justicia como una virtud

es un saber que se construye en el hábito, que en este sentido, y a diferencia de los saberes científicos, no pueden ser olvidados porque hacen parte del carácter humano por practicarse y en tal forma adquirirse en la vida cotidiana y por transmitirse de generación en generación. El valor de la justicia, como todo valor, implica para el sabio Aristóteles, un saber que tiene que ver con la vida en relación, por lo que identifica la justicia con cierta igualdad que ordena que lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual en forma desigual; previa la identificación de unos criterios de justicia. Asimismo, para Aristóteles la justicia es la virtud perfecta del hombre, y citando al poeta gnómico Teognis de Megara, afirma que “En la justicia está toda la virtud en compendio”.

En este, su tratado acerca de la justicia, por motivo alguno, el sabio confunde ley, derecho, política y justicia. Su claridad lo conduce a establecer presupuestos teóricos que son claves para identificar lo que diferencia a cada uno de estos conceptos. Él sabe que, finalmente, la justicia es producto de un consenso social, que no puede quitarle el ser un valor ético que puede transformarse en un valor jurídico, sin que se pierda el contenido de ser una virtud de orden moral. La justicia, obra de la vida pública, trata de lo que debe ser justo, que siempre es entregarle a cada cual lo que se merece, que es lo mismo que darle a cada uno el derecho que tiene o que debe tener conforme a lo que la sociedad señala como lo bueno, con las reglas de cómo se distribuye lo bueno o las cargas, o como se realiza el restablecimiento del derecho cuando es quebrantado.

Trata tanto la justicia objetiva como la justicia subjetiva. Esto sin ignorar que la justicia en sus contenidos varía en el desarrollo y evolución de la vida en sociedad, pero de ninguna forma, la variación de la justicia puede contribuir a que la esencia de la justicia se debilite y desaparezca. La ley, mejor las leyes, pueden crear contenidos de justicia y criterios de justicia, pero la ley puede ser no justicia o chocar con el valor ético de la justicia. Por este motivo, en su *Ética a Nicómaco*, estableció la justicia legal y la justicia no legal, lo justo legal y la equidad. Al establecer la diferenciación, parte de que la justicia siempre implica proporcionalidad y cierta igualdad en la que los asuntos humanos no puedan ser tratados en forma arbitraria. Pero algo es significativo para que exista justicia, y es que el hombre sea gobernado por la ley, que es lo mismo que ser gobernado por la razón, no por la arbitrariedad humana. Afirma:

“(...) Lo justo, en efecto, existe solo entre hombres cuyas relaciones mutuas están gobernadas por la ley; y la ley existe para hombres entre quienes hay injusticia, puesto que la sentencia judicial es el discernimiento de lo justo y lo injusto (...). Por este motivo, no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley, porque el hombre ejerce el poder para sí mismo y acaba por hacerse tirano. Pero el magistrado es el guardián de lo justo; y si de lo justo; también de lo igual” (Aristóteles, s.f., p. 66).

La justicia, queda claro, es un valor ético y tiene un carácter absoluto, no funcional, por lo que no puede ser relativizado, por lo que el derecho debe rendirle culto a la justicia por ser un valor, es por esto que Gustav Radbruch recordando a Aristóteles, dice que:

“I. La pauta axiológica del derecho positivo y meta del legislador es la justicia. La justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no derivado de otro superior.

“II. Hay que distinguir:

1.- La justicia como virtud, es decir, como cualidad persona (como cualidad, por ejemplo, del juez justo), la justicia subjetiva, y la justicia como propiedad de una relación entre personas (la cualidad, por ejemplo, del precio justo), la justicia objetiva” (Radbruch, 1978, p. 31).

El derecho y todo ordenamiento jurídico, tiene el deber de realizar la justicia en la sociedad, en beneficio de las personas que luchan pidiendo se castiguen las injusticias que han recibido, o que se reparen las injusticias que se cometan, o que se implementen las políticas y medidas que hagan posible la creación de las condiciones que hagan posible que las sociedades sean bien ordenadas, en las que la libertad e igualdad pueda ser una realidad para todos los seres humanos, en un ambiente de pluralismo y de tolerancia. La justicia, por este motivo de peso, es necesaria, como necesaria es el agua para que el pez pueda continuar siendo un ser vivo o para que los seres humanos puedan vivir como seres humanos en paz y disfrutando la seguridad jurídica de los derechos y de las libertades. Sin justicia no puede existir seguridad jurídica ni seguridad alguna en una sociedad. Acerca de la seguridad jurídica, Gustav Radbruch, sostiene:

“(...). Todo ordenamiento jurídico quiere alcanzar al mismo tiempo tres objetivos: defender la justicia, procurar un interés común y alcanzar una seguridad jurídica.

Los ordenamientos jurídicos se diferencian entre sí por la proporción entre estos tres objetivos. En el ordenamiento jurídico inglés, la seguridad jurídica se sitúa en un primer plano” (Radbruch, 2001, p. 59).

La defensa de la justicia es, por consiguiente, uno de los objetivos de todo ordenamiento jurídico. La justicia una virtud, la virtud por excelencia, es la virtud perfecta y de naturaleza relacional; y ella constituye una conquista cultural de la humanidad y para la vida en sociedad, en la que participan todas las culturas que forman la humanidad, y en la que se ha logrado un lenguaje común que forma parte integral del sentido común de la humanidad. La justicia, valor esencial humano, creación humana, producto de la infinita capacidad del hombre para autoformarse en sociedad política, persigue el respeto a la integridad del otro y a que se le respete a uno en la diversidad propia de la humanidad.

Por ser la justicia una virtud, la virtud perfecta por excelencia, tiene la característica de que ella no puede ser relativizada, por lo que lo que predica la justicia como virtud, no es materia de subjetivismo en su formulación, que es lo mismo, predicar que frente a la conceptualización de lo que es justicia, no es posible no compartir una idea de lo que ella es o mejor una especie de visión compartida de lo que ella constituye, porque los valores, como el de la justicia, tienen la característica esencial de ser absolutos y sirven de guía para fundamentar, justificar y evaluar los ordenamientos jurídicos, los gobiernos y los estados. Tomás de Aquino, dijo de la justicia:

“(...). Dice pues, primero, que la justicia es cierta virtud perfecta, no en absoluto, sino con relación a otro. Como lo que es perfecto, no solo en sí mismo sino también en relación a otro, es mejor, por eso, se dice generalmente que la justicia es la más excelsa entre todas las virtudes. De aquí viene el proverbio que dice que ni el Héspero brillante estrella de la tarde, ni el lucero, luminosa estrella del aurora, brillan como la justicia” (De Aquino, 2010, p. 294).

Es, por lo tanto, categórica la virtud de la justicia, es absoluta en la relación de la vida pública, y se construye en el consenso de lo razonable, de ella no podemos tener una visión particular de lo que es, porque los valores no se pueden relativizar, y ella es una virtud, un valor superior que todo ordenamiento jurídico y político tiene o debe tener y respetar para realizar la vida buena y la búsqueda de la felicidad. De compartir culturalmente en forma

universal una visión de lo que es la justicia, por cada uno de nosotros en un consenso mínimo, es por lo que la justicia no puede ser minimizada o considerada innecesaria. Sin justicia no existe una sociedad bien ordenada o los hombres no podrán vivir en paz. Sin la práctica de las virtudes es imposible que reine el bien y las acciones humanas se tornen en buenas. En esto hay que volver la vista atrás para recordar lo que los clásicos enseñaban acerca de las funciones de las virtudes y, muy en especial, de la virtud de la justicia. Tomás de Aquino en *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, agrega:

“(...) que por la virtud la acción humana se vuelve buena” (De Aquino, 2010, p. 353).

El hábito de la justicia permite que la acción humana se vuelva buena. Por lo que con Aristóteles y Tomás de Aquino, lo que deben hacer los gobiernos y los estados es crear las condiciones que posibiliten que las acciones humanas se vuelvan buenas. Los estados desgarrados por la violencia y las guerras son incapaces de garantizar la práctica de la justicia en pleno desarrollo de los conflictos armados, sean internacionales o no internacionales. Por consiguiente, los gobiernos en naciones que padecen los conflictos armados, lo primero que tienen que realizar, es identificar cuáles son las causas que generan los conflictos armados no internacionales y su degradación para concebir qué políticas pueden ser consensuadas y establecidas para que la justicia pueda brillar como las estrellas Héspero y Lucero, que no son más que diosas mitológicas en Grecia y Roma en la antigüedad. En la propia mitología latina se cuenta como, por la maldad de los humanos, la diosa justicia nos abandonó y retornó a los cielos; pero ama tanto a los humanos, que de vez en cuando regresa a la tierra para que los humanos podamos vivir en paz y seguridad. En este momento político en el que no es posible ofrecer lo que no nos hemos dado concretar, lo que tiene que hacerse, es posibilitar las condiciones políticas para que la diosa justicia regrese algún día, que no sea lejano, a la tierra colombiana.

En otras palabras, no se puede olvidar que la seguridad jurídica es uno de los principios rectores de todo ordenamiento jurídico, y que lo que distingue una sociedad civilizada de una que no lo es, es el nivel de seguridad jurídica que ofrezcan sus instituciones. Pero para que pueda existir seguridad jurídica en un ordenamiento jurídico, este tiene que ser obedecido y deben brin-

darse las condiciones para que sea obedecido. Una sociedad en un prolongado y degradado conflicto armado no internacional, no está en condiciones de ofrecer seguridad jurídica, porque lamentablemente no puede ofrecer justicia. De hecho, en *El espíritu del derecho inglés*, Radbruch, recuerda que:

“(...) la seguridad es <<el signo de la civilización>>, diferencia al hombre civilizado del salvaje, la paz de la guerra, a los hombres de los animales; la libertad no es más que la otra cara de la seguridad” (Radbruch, 2001, p. 68).

En otras palabras, lo primero que tiene que recuperar una sociedad en conflicto armado no internacional, es la seguridad jurídica, entendida esta como el imperio del derecho, como el gobierno de las leyes, la eficacia de las leyes y la vigencia y obediencia al derecho. Al superarse los conflictos armados es que puede tornar la posibilidad de que exista el reino de la justicia, por lo que no puede pretenderse que en momentos de inseguridad jurídica y de vigencia del desgobierno por los efectos de la guerra, pueda tener vigencia la justicia. La justicia es un producto del orden y de la vigencia efectiva de los ordenamientos jurídicos. Pero para obtenerse la seguridad jurídica es indispensable que una política de superación del estado de guerra, que es propio de los estados de naturaleza de paso a una sociedad civilizada o sociedad civil, que es una sociedad gobernada por el imperio del derecho que ofrezca a futuro la justicia y la paz.

2. El Estado social y democrático de derecho como garantía de los derechos humanos y de la justicia. El modelo de una sociedad bien ordenada

La noción de derecho humano, nacida en el tránsito a la modernidad, en un largo proceso de luchas políticas en contra de la arbitrariedad y de las injusticias y por la dignificación de la especie humana, es una construcción jurídica y política, propia de la sociedad contemporánea que los ha configurado y positivizado en el ordenamiento jurídico internacional y determina su fuerza vinculante. Los derechos humanos forman parte integrante de la realidad de la existencia de un nuevo derecho, de validez y aplicación universal, dotado de un sistema universal como ordenamiento jurídico y de una administración en el plano universal, regional y nacional que debe operar para ofrecer la garantía del disfrute de los derechos: y es el derecho internacional de los derechos humanos. Los derechos humanos, como títulos jurídicos radicados en cabezas de personas titulares de exigencias relevantes

en el mundo de lo jurídico, tienen la transcendencia de estar protegidos por el ordenamiento jurídico de un Estado, que limita a las autoridades y a los poderes públicos y privados, pues son fundamento mismo del ordenamiento estatal. Además, los derechos humanos, otorgan potestades exigibles por las personas a múltiples destinatarios con la particularidad de ser exigibles y con acciones preferentes y prevalentes con una fuerza jurídica particular que los protege ante atentados a los mismos, lo que implica que disfruta de una especial protección nacional e internacional. Pero no es posible el disfrute real de los derechos humanos si se carece de sociedades políticas bien ordenadas e instituciones con fuerte nivel de legitimidad y respeto y obediencia al derecho y a los derechos humanos de todas las personas.

Por lo anterior, la justificación racional de los estados contemporáneos en Occidente, de lo que debe ser el Estado y de su función, desde el tránsito a la modernidad hasta la actualidad, ha conducido a la creación del Estado social y democrático de derecho, que no es más que su versión perfeccionada por la política y la ciencia jurídica resultado de una justificación racional, que no es otra que la de la promoción, protección, realización y garantía de los derechos humanos y como estos operan como límites al poder. Límites a todos tipos de poder y de la actividad política, judicial y administrativa del Estado y de sus gobiernos. Límites incluso al poder legislativo y al poder constituyente. El Estado social y democrático de derecho existe en el mundo público con una misión específica de que los derechos humanos sean una realidad disfrutada por todos, y entre esos derechos humanos está el de acceso a la justicia. Pero la filosofía de los límites impone algo más allá que la obligación del acceso a la justicia en concreto, tiene un sentido teleológico de gran calado, como fin de los estados, que tenga la posibilidad de realizarse la justicia como una república con orden justo mediante el derecho, este como instrumento del ideal ético de la justicia. Por esto, es que el fin real del Estado social y democrático de derecho, no es otro que el de ofrecer confianza de que los derechos y las libertades de todos se amparen para que exista la justicia como la justicia es, y no como una caricatura de lo que la justicia no puede ser. En este sentido, lo primero que debe tenerse presente es lo que la justicia es, su esencia y criterios para realizarla.

Pero, no puede pasarse por alto que la construcción de un Estado social y democrático de derecho, no se realiza de un día para otro, y que la obra del

poder público por excelencia, como lo es la democracia, sea algo ya logrado, finito y perfecto. Nuestra Carta Política ha consagrado la meta de la construcción del Estado social y democrático de derecho, no lo ha decretado, porque los estados no se decretan, se construyen, como se construye en la vida pública el derecho, la política y las instituciones.

El reto, es la construcción de una democracia moderna, política y social, descentralizada políticamente, con autonomía política de las regiones, pero esto es algo que no se ha construido; por el contrario, la propia Carta Política de 1991 conservó y fortaleció el modelo centralista y presidencialista con rasgos de monarquía, que asfixia la democracia y promueve la exclusión política, la desigualdad y la corrupción. Un Estado social y democrático de derecho tiene que ser el modelo de una sociedad bien ordenada, y una sociedad atravesada por un degradado conflicto armado, y con violaciones a los derechos y a las libertades, es una sociedad que políticamente tiene que ser reordenada.

En este momento, en el que la sociedad tiene que reconocer que el Estado social y democrático de derecho en Colombia está en pañales, porque el conflicto armado y la incapacidad del Estado para someter a los insurgentes, confiesa que esa es la cruda realidad. La confirmada incapacidad del Estado de someter al derecho a los insurgentes, a lo largo de todo el siglo XX, y la necesidad de consensuar acuerdos políticos, sin castigo a los delitos, previo el reconocimiento de que no es posible la garantía de realización integral de los derechos a las víctimas, confirma que el problema es de orden político. Por ser el problema de orden político, es la política la que tiene que tener la creatividad para identificar y resolver en el futuro los asuntos de la administración de justicia y de la realización de la justicia material a las víctimas.

Lo que se requiere con urgencia, es atalayar bien para que las instituciones de la estructura básica de la sociedad civil puedan ser reordenadas y, de esa manera, el Estado social y democrático de derecho, pueda en forma crítica y apelando el soberano, sin miedo y desprecio a este, rediseñar correctamente las instituciones. Acerca de este tema, John Rawls en su Liberalismo político, dice:

“(...) Una característica esencial de la concepción contractual de la justicia es que la estructura básica de la sociedad es el primer objeto de la justicia. (...). La estruc-

tura básica se entiende como la manera en la que las más importantes instituciones sociales encajan unas en otras en un sistema, y en cómo asignan derechos y deberes fundamentales y dan forma a la división de las ventajas que se obtiene mediante la cooperación social. Así, la constitución política, las formas de la propiedad legalmente reconocidas y la organización de la economía, así como la naturaleza de la familia, pertenecen a la estructura básica” (Rawls, 1996, p. 243).

En este contexto, una tarea de la coyuntura política es la de revisar en su integridad el consenso político que ha constituido las instituciones básicas de la sociedad política. Sin una revisión de la estructura básica de la sociedad política y de las reglas de juego de la democracia actual, no es posible crear las instituciones que en el posconflicto contribuyan a la reconciliación y a la reconstrucción de un tejido social que incorpore a combatientes a la vida social y política de la comunidad. Por esta razón, el problema para afrontar en la coyuntura política es la construcción del gran consenso nacional. Este no es el momento ni de la venganza ni de la justicia, es el momento de la superación del degradado conflicto armado no internacional y el de la reconstrucción del gran consenso que se perdió en la crueldad de la guerra.

3. La justicia transicional, ¿justicia o política?

La justicia transicional tiene que ser examinada alrededor de lo que es en realidad y no de lo que es ni puede ser para recibir la designación de justicia. Identificar la naturaleza de lo que es la justicia transicional, no es tarea fácil, en particular porque los gobiernos de los estados que viven crisis políticas por la existencia de conflictos armados no internacionales, en lo que menos están interesados, ni estarán interesados, es en asegurar que la administración de justicia pueda practicar la justicia a los actores de los conflictos armados. Es obvio, y razonable, que cuando se está en un conflicto armado, lo que interesa es cómo superar ese conflicto, por lo que no es apropiado crear el diseño de un nuevo modelo de justicia. Asimismo, en los conflictos armados cuando no se presenta derrota de una de las partes combatientes, a los integrantes de las partes combatientes no les interesa, ni les puede interesar la justicia a los actos que el derecho internacional humanitario considere que son crímenes de guerra, crímenes en contra de la humanidad. Unas razones prácticas inducen a la realidad de la política de identificar que la justicia transicional no es un aporte que el siglo XX y XXI, el derecho y la filosofía del derecho y la filosofía moral le han hecho o le hacen a las sociedades.

Por lo que lo primero que tiene que ser tomado en consideración es que la justicia transicional no es una nueva forma de justicia; menos, es un modelo que se pueda integrar a la cultura ética y jurídica de las sociedades modernas. Lo que la justicia transicional, ante todo, es una política de los estados que sufren las consecuencias nefastas de un conflicto armado internacional o no internacional, o sus formas de gobiernos no son democráticos y necesitan recuperar la democracia como forma de gobierno, y bajo esta nueva recuperación de la libertad en el espacio público.

En consecuencia, es preciso ante todo tener bien claro que la justicia transicional es una política, que tiene unas características especiales y que se tiene que diseñar e implementar dentro de unos marcos limitados por el derecho y la justicia. En este sentido, acerca de lo que la justicia transicional puede ser o debe ser, en el libro *Memoria y justicia transicional. Una crítica a la ley de justicia y paz en Colombia*, Juan Antonio Pabón Arrieta, afirmó:

“(...) la justicia transicional debe ser concebida bajo la perspectiva de evitar la impunidad de los crímenes graves a los derechos humanos; solo así sería posible impartir justicia a los vivos y a los muertos, para saldar deudas pendientes con las víctimas (...). La justicia transicional concebida en forma correcta como justicia a las víctimas, está en contra de la impunidad y ofrece alternativas de realización de la justicia material (no solo como justicia formal, que es igual de necesaria). La justicia transicional se tiene que construir a partir de la memoria, especialmente de la memoria de las víctimas y de su dolor” (Pabón Arrieta, 2012, p. 10).

Esto es cierto, pero lo que es difícil es identificar como se logrará evitar la impunidad cuando la guerra borra muchas cosas y la banalidad del mal se generalizó tanto y tiene tantos y tan poderosos responsables. ¿Cómo será esta justicia transicional? Solo en la amplia y rica deliberación política, y en el escenario de lo público, es que se puede construir esa política. Lo que se debe tener claro es que una sociedad desgarrada por las atrocidades de la guerra y de la corrupción, no puede aspirar a realizar la justicia que se aplica en sociedades bien ordenadas y con altos estándares de justicia. Por la fuerza de las cosas, que es lo mismo que afirmar por la naturaleza de las cosas, no se puede pretender en una sociedad en crisis y a la deriva de la guerra por más de cincuenta años, que los niveles de justicia que se alcancen en la justicia transicional sean los niveles de justicia de países que disfrutaran de plena democracia y de la realización del modelo de Estado social y democrático

de derecho. Potísima razón le asiste al jurista Alfredo Torres Argüelles, al sostener que la justicia transicional se puede identificar:

“(…) Para comenzar, podemos decir que la justicia transicional no solo se relaciona con el derecho en cuanto disciplina que se encarga de dar respuesta a las infracciones, sino que también se enlaza con otras disciplinas, como lo son la psicología, la ciencia política o la sociología, entre otras. Por lo tanto, la justicia transicional es un campo interdisciplinario en el que la justicia penal no es suficiente para abordar los problemas de violación sistemática de los derechos humanos” (Torres Argüelles, 2015, p. 24).

En este sentido, queda claro que lo que se conoce en esta época acerca de la justicia transicional, no es una cosa distinta al diseño y puesta en marcha de una política que, implementando una justicia combinada de mínimos punitivos y de transformaciones sociales y políticas, se auspicie y facilite que la sociedad pueda superar el conflicto armado, en el caso colombiano, con altas dosis de perdón, comprensión y algo de capacidad de reconciliación, entendimiento y ayuda de parte de la comunidad internacional. La justicia transicional, por otra parte, como toda política tiene que ser necesariamente revisada en amplia deliberación pública. Entre otras cosas, la justicia transicional requiere de una gran legitimación, por lo que la deliberación pública tiene que ser lo más abierta y plural, para que en un ambiente de tolerancia todas las razones puedan ser escuchadas y se pueda construir un gran consenso.

4. Conclusiones

La superación de un conflicto armado no internacional siempre es y será bienvenida para la sociedad que lo sufre, la razón es simple: restablece o permite restablecer la tranquilidad y el orden público, por lo que se ganará en seguridad jurídica y en consolidar las condiciones que hagan posible la paz. Sin embargo, no puede pasarse por alto que las transiciones tienen que apoyarse en criterios morales y éticos que le ofrezcan la legitimidad política razonable y suficiente a la sociedad civil de que lo que debe revisarse es la conducta de negarse a reflexionar acerca del tipo de democracia que tenemos. Una verdadera política democrática tiene que ser guiada por un criterio de democracia crítica, en contra de todo dogmatismo y de la actitud de negarse a revisar las instituciones y a reflexionar sobre qué fue lo

que condujo al desastre de la guerra. La democracia tiene que ser guiada por la crítica política, y los participantes en la democracia, en situaciones como las de la superación de un conflicto armado, necesariamente tienen que estar, dispuestos a revisar la estructura básica de la justicia que son las instituciones, como la Constitución, en primer lugar, y sobre la calidad de la democracia y en la sociedad tiene que promoverse el espíritu crítico. Una democracia crítica es la que tiene que implementarse, tal y como lo expresa Gustavo Zagrebelsky:

“(...) Por eso, la democracia crítica nunca será un régimen arrogante, seguro de sí mismo, que rehúsa la autocrítica y solo mira hacia adelante, proyectando siempre hacia la finalidad y olvidado de sus raíces, como puede ser, en cambio, la <<democracia>> según la verdad y la fuerza de la realidad. La democracia crítica es, en cambio, un régimen inquieto, circunspecto, que desconfía de sí mismo, siempre dispuesto a reconocer sus propios errores, a volverse a ponerse en discusión, a volver a empezar desde el principio”(Zagrebelsky, 1996).

En fin, deliberemos. Seamos autocríticos, no tratemos de dejar las cosas como están, sin reflexionar acaso si como han estado son las que han creado las condiciones de posibilidad para que este conflicto armado no internacional y la corrupción y el desgobierno se apoderen de la república. No nos neguemos a la posibilidad de una convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, entre otras cosas, para hacer una realidad el Voto Caribe y la conquista de la autonomía política de la región Caribe. El poder en una democracia está en el constituyente primario, no está en el Parlamento. No se le debe temer al soberano y menos a la deliberación política democrática en las condiciones de la más amplia libertad política y sin violencia, y con razonabilidad.

Para terminar, citamos el mismo discurso de Gabriel García Márquez, al recibir el premio Nobel, “La soledad de América Latina”, cuando concluyó:

“(...) Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otras hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra”(García Márquez, 1999).

Bibliografía

- Aristóteles. (s.f.). *Ética a Nicómaco*. México: Editorial Porrúa.
- Aquino, Tomas de. (2010). Comentario a la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Pamplona, Eunsas.
- García Márquez, G. (1999). *La soledad de América Latina*. Barcelona: Anthropos.
- Kelsen, H. (1992). *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel.
- Pabón Arrieta, J. (2012). *Memoria y justicia transicional. Crítica a la ley de justicia y paz en Colombia*. Madrid: Editorial Académica Española.
- Radbruch, G. (2001). *El espíritu del derecho inglés*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Radbruch, G. (1978). *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económico.
- Torres Argüelles, A. (2015). *Repensando las amnistías en los procesos transicionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Zagrebelsky, G. (1996). *La crucifixión y la democracia*. Barcelona: Ariel.

EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, Y LA INCIDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO JUDICIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Claudia Helena Serje Jiménez¹

Resumen

En el presente escrito se abordará la naturaleza, y el concepto del derecho penal internacional, como reciente normativa que resulta de la mixtura entre el derecho internacional público con el derecho penal por su naturaleza sancionatoria, a través del principio de responsabilidad penal individual, que está orientado principalmente a proteger bienes jurídicos como la paz y la seguridad mundial, a través de la tipificación de un catálogo selecto de delitos. Igualmente se relacionan algunos de los principios que desarrollan los factores de competencia de la Corte Penal Internacional, como órgano jurisdiccional concebido para juzgar los crímenes que conforman el DPI, y que se encuentran consagrados en el Estatuto de Roma; como también la injerencia que tendría este organismo internacional en la justicia interna colombiana, al ser un Estado miembro firmante del Tratado de Roma.

¹ Coordinadora académica-Magdalena. Especialización en derecho penal y ciencias criminológicas. Especialización en docencia universitaria. Doctorado en sociología jurídica e instituciones. Máster en sociología jurídico-penal. Directora del Centro de Estudios Jurídico Académico y Social (CEJAS) y de la revista jurídica *Opus-Lex*.

Palabras claves

Derecho Penal Internacional, Corte Penal internacional, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, agresión, tribunales *ad hoc*, Estatuto de Roma.

Abstract

In this letter nature will be addressed, and the concept of international criminal law, as recent legislation resulting from the mixture between public international law to criminal law by its punitive nature, through the principle of individual criminal responsibility, which is mainly aimed at protecting legal rights such as world peace and security through typing a select catalog of crimes. Also they relate some of the principles underpinning factors jurisdiction of the international criminal court, as a court designed to prosecute crimes that make the DPI, and which are enshrined in the Rome Statute; as well as interference that would have this international organization in Colombia's internal Justice, being a signatory of the Treaty of Rome Member State.

Key words

International criminal law, International Criminal Court, genocide, crimes against humanity, war crimes, aggression, *ad hoc* tribunals, the Rome Statute.

Introducción

Actualmente es imperioso referirse al nuevo catálogo de comportamientos punibles de injerencia internacional, que han logrado fortalecer la corriente expansiva y globalizada del derecho sancionador por excelencia, denominada derecho penal internacional. Surge entonces un nuevo interés que por la connotación y la esfera de violaciones a bienes jurídicos concretos, como la paz y la seguridad mundial, resultan más congruentes con el discurso internacional de los derechos humanos.

Por tanto, surge la necesidad de recrear un marco normativo sustantivo y procedimental que lograra sistematizar el derecho penal, y su forma de aplicación en la comunidad internacional, a partir de los llamados crímenes

internacionales, lo que sin duda plantea, en algunos casos, una jurisdicción penal internacional, o universal como también se ha denominado.

En Colombia esta discusión es reciente comparada con otros países, en especial europeos, que ya referenciaban esta nueva cultura del control penal punitivo por la posición geográfica y su cercanía con los conflictos políticos-sociales sucedidos en ese lado del mundo, y que fueron juzgados en tribunales castrenses y *ad hoc* de carácter internacional como Nüremberg, Tokio, Ex Yugoslavia, y Ruanda, respectivamente, conflictos que conllevaron políticas de exterminio y flagrantes violaciones a los derechos humanos.

Ante la cruda realidad del conflicto armado interno vivido en Colombia, y ante otros comportamientos adecuables al catálogo del derecho penal internacional, ha sido imperioso profundizar en el discurso internacional de los derechos humanos, y del derecho internacional humanitario, por tanto, se inicia una constante revisión, lectura y aplicación de instrumentos internacionales que fueron incorporados a la legislación penal interna a través de convenios, y en virtud del principio de integración (art 2º del Código Penal Colombiano), constitutivos del bloque de constitucionalidad consagrado literalmente en el art. 93 de la Constitución política, así:

“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. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

Por todo lo anterior, el principal objetivo de este escrito será servir un poco de brújula para ubicar y contextualizar tan ineludible tema en la actualidad jurídica no solo nacional sino internacional.

1. ¿Derecho penal internacional, o derecho internacional penal?

Hoy por hoy, pudiésemos referirnos a tres (3) grandes vertientes del derecho penal, la primera de ella es un derecho penal vernáculo desarrollado por figuras delictivas tradicionales, propias de la sociedad actual doméstica; la segunda, un derecho penal transnacional que tiene que ver con figuras delictivas que han cobrado relevancia exterior a través de las redes y la incidencia que ha causado el fenómeno de la globalización que desarrolla delitos como: la trata de personas, el lavado de activos o blanqueo de dinero, tráfico de drogas, de armas, de órganos humanos, el terrorismo, los delitos ambientales, delitos económicos y financieros, delitos electrónicos, entre otros; y la tercera vertiente de connotación internacional producto de una expansión del derecho penal concentrándose en cierta clase de delitos, que se erige como macro-criminalidad, siendo el objeto de estudio del DPI.

Se pudiese decir que la naturaleza y el contenido de los delitos que conforman las dos primeras, es la misma, que se le ha denominado transnacional cuando logra traspasar las barreras nacionales de los países a través de redes, mafias, organizaciones criminales, que han logrado expandirse, como si se tratase de un proceso de exportación e importación criminal. De hecho, en este proceso de transnacionalizar el delito se ha llegado incluso a referirse a una subdivisión geopolítica, si se permite decirse de esa manera cuando se habla de la *europaización* del derecho penal dentro de las nuevas y comunes directrices de un continente organizado político y económicamente como comunidad.

Esta expansión del derecho penal, conocida como la *europaización*, se sustenta en principios como la integración y cooperación, obteniéndose una unidad de persecución de controles ejercidos por las agencias policiales y los jueces penales; pues en la Comunidad Europea :

“Desde el momento en que un Estado miembro opta por ejecutar un área de la política comunitaria (quizás parcialmente) mediante el Derecho penal, el Derecho comunitario tiene pleno efecto en Derecho penal. Es así como el Derecho penal nacional debe tener en cuenta las pautas normativas sustantivas de la política comunitaria en el área en cuestión y las obligaciones pertinentes con respecto a la aplicación; desde este punto de vista, el Derecho comunitario claramente ar-

moniza de forma indirecta el Derecho penal y procesal penal nacional” (Vervaele, 2005).

Estas tendencias actuales persiguen la integración internacional de los sistemas jurídico-penales, en la persecución y control de la llamada criminalidad transnacional o la expansión del derecho penal en lo que se ha denominado derecho penal europeo o derecho penal latinoamericano (Sieber, 2010), quien manifestó lo siguiente:

Esta criminalidad transnacional se debe sobre todo a los cambios técnicos, económicos y políticos.

- Los cambios técnicos de la globalización, en el campo de la criminalidad, se observan de manera clara en la utilización delictiva de redes de datos de alcance mundial.
- También los cambios económicos de la globalización favorecen nuevas formas de criminalidad económica transfronteriza, así como los mercados globales ilegales con delitos transnacionales como la trata de personas, el tráfico de drogas y de armamento de guerra, la piratería internacional de productos o el tráfico de órganos humanos.
- Adicionalmente, los cambios políticos de la globalización debilita especialmente dentro de Europa la función de las fronteras estatales en su cualidad de constituir impedimentos para transacciones transfronterizas.

Así la decisión por un libre tráfico de personas, bienes, servicios y capitales en Europa propicia nuevas oportunidades para la comisión de delitos transfronterizos dentro del espacio económico europeo así creado. Esto facilita a la vez las transacciones en mercados prohibidos que son más difíciles de controlar dentro de las fronteras internas que antes de su apertura.

Pese a las bondades que puedan derivarse frente a la seguridad y a la libertad como bienes jurídicos protegidos en estos sistemas integrados de derecho penal, resultaría una mecánica que no podría predicarse e implementarse a corto o mediano plazo en Latinoamérica, que a duras penas sobrevive a las situaciones de conflicto político entre vecinos, donde la unidad no es la característica, sino la disparidad, pues las organizaciones políticas cada vez parecen distar mucho más, cambiando la esencia de los estados; pero hay quienes con el profesor Sieber ven con optimismo intentar obtener la

articulación del control penal y de sus agencias en América, lo que parecería no tener un futuro cercano.

Habiéndose realizado la anterior acotación necesaria, en la temática por abordar sobre el derecho penal y su carácter expansionista, se volcará la mirada hacia el tema del derecho penal internacional y la Corte Penal Internacional, que constituyen el núcleo del presente escrito, que cumplirá una función aclaratoria y orientadora, pues no se agotará un tema que apenas ha iniciado el sendero doctrinal en países como Colombia.

Ahora bien, el derecho penal internacional se ha conceptualizado como el conjunto de normas de derecho internacional que establecen sanciones jurídico penales, es una combinación de principios de naturaleza penal y de derecho internacional (Ambos, 2005).

Al analizar la existencia de este derecho es necesario establecer de qué asuntos se ocupará dicha normatividad, o cuál será su objeto de estudio de que, sin duda, debe versar sobre el concepto construido y conocido como macro-criminalidad, que desde sus aristas limitada (realizada por agentes del Estado) o amplia (realizadas por cualquier persona o grupo), constituyen un factor de competencia objetiva del órgano judicial conocido como CPI.

Antes no podía considerarse a la persona individualmente concebida como sujeto- responsable ante el derecho internacional, hoy esto es posible ante el híbrido que ha surgido al unir conceptos como derecho penal y derecho internacional, más específicamente cuando a la base del derecho internacional público, se le añadió el ingrediente determinante como fue el principio de responsabilidad penal individual, formándose así la receta del derecho penal internacional.

Si se observa, el hecho de ser la base el derecho internacional público algunos autores han sustentado lógicamente que al referirse a esta rama del derecho debe hacerse en términos de derecho internacional penal en atención a que el acento lo recibe no el derecho penal, sino el derecho internacional. En este sentido Velásquez (2012) acota lo siguiente, para hacer la distinción entre derecho penal internacional y derecho internacional penal:

... un *derecho penal internacional*, entendido como todas aquellas jurídicas con-
venidas por los estados mediante la celebración de tratados bi o multilaterales

que casi siempre convertidas en derecho interno -permiten llevar a cabo una represión más efectiva de la delincuencia mediante la cooperación y la asistencia mutua (pactos en materia de extradición, cooperación judicial, ejecución de las sentencias penales extranjeras, etc.), así como las disposiciones atinentes a la aplicación de la ley penal en el espacio.

Cosa distinta es aquella rama a la que algunos suelen darle hoy aquella denominación, lo que genera honda confusión que se denomina *derecho internacional penal* que tiene como cometido la materia derivada de los *delicta iuris Gentium*, cuya naturaleza universal está dada por su origen (comunidad internacional o parte importante de ella) y por el fin de la norma encaminada a evitar la comisión de delitos que perjudican a toda la humanidad por igual. Este derecho también ha sido conceptuado como el conjunto de normas de derecho internacional general por ende público consagratorias de la responsabilidad penal de los individuos por hechos turbadores del orden público internacional, o constitutivos de crímenes contra el derecho de gentes; desde luego, este saber ha cobrado nuevos bríos en el mundo contemporáneo tras la expedición del Estatuto de la Corte Internacional Penal aprobado el 17 de julio de 1998, que entró en vigor el 1° de julio de 2002, después de que con creces se reuniera el número mínimo de países cuya ratificación se exigía. Sin embargo, debe anotarse, quienes hoy claman por la existencia de un *derecho penal internacional* le dan a esta disciplina jurídica un objeto de estudio mucho más amplio para abarcar en él los tópicos materiales, procesales, de ejecución penal y los atinentes a la organización judicial.

En fin, todo indica que lo más coherente es hablar de un *derecho internacional penal*, que tenga los alcances acabados de señalar, con lo cual el adjetivo “internacional” puesto en primer lugar quiere llamar la atención sobre el carácter de ese derecho, que es el sustantivo; y el calificativo “penal”, busca evidenciar que se trata de un derecho represivo; el invertir los dos adjetivos como muchos proclaman ahora no parece conveniente, no solo porque privilegia el carácter penal de ese derecho sino porque, desde el punto de vista metodológico, le da unas connotaciones que no tiene o no debe tener, porque antes que un derecho represivo expansivo este ordenamiento tiene que ser tributario de uno mínimo, de garantías.

2. La corte penal internacional y su competencia como órgano jurisdiccional del derecho penal internacional.

2.1. Necesidad de la Corte Penal Internacional

El tiempo y los sucesos históricos más abominables que han dado lugar a juicios de reproche internacional, llegaron a estructurar un derecho penal internacional, capaz de salvaguardar bienes jurídicos como la paz, las seguridad y el bienestar de la humanidad, tal como se encuentra consignado en el preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, CPI.

Cabe señalar que más de ciento veinte (120) estados, incluyendo a Colombia, suscribieron el Tratado de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, siendo ratificado por Colombia el 5 de agosto de 2002; su vigencia para los delitos de genocidio, y de lesa humanidad, fue consagrada a partir del 1° de noviembre de 2002, y para los crímenes de guerra a partir del 1 de noviembre de 2009, es decir, 7 años después, esto en atención a la decisión de acogerse a la facultad establecida en el artículo 124 del Estatuto de Roma, y no aceptar la competencia de la Corte por un período máximo de siete (7) años.

Es importante resaltar que en virtud del principio de irretroactividad, la Corte solo podrá conocer de las conductas cometidas a partir de la entrada en vigencia del Estatuto, y si el Estado parte ha suscrito el convenio con posterioridad, será entonces a partir de ese momento en que se contabilizará el tiempo para fines de establecer la competencia de la CPI, desde un factor temporal.

Al definirse la actuación de la Corte Penal Internacional, su función y su carácter complementario, se establecen unos elementos diferenciadores y constitutivos de una nueva justicia internacional, con otros organismos jurisdiccionales, así:

En primera instancia, y a diferencia de otros instrumentos internacionales como al Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, que juzga y sanciona a estados, la CPI se encarga de juzgar a personas individuales en razón del principio de responsabilidad individual que predica (art. 25 del ECPI), cuando ellas se conviertan en sujetos activos de los crímenes estipulados en el catálogo punitivo (art.5 Estatuto de Roma), como son: a) El

crimen del genocidio, b) Los crímenes de lesa humanidad, c) Los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

2.2. Principios y factores de competencia de la Corte Penal Internacional

De lo enunciado es importante anotar que una de las principales características de la competencia de la CPI, está dada por la característica aquí denominada como selectividad, en tanto fijará su mirada solo en algunos delitos, que escapen del delito común o doméstico, y esto debe ser el primer presupuesto para tener en cuenta: la naturaleza del delito, respondiendo a la pregunta: ¿Qué conductas le interesan al derecho penal internacional?, siendo esto el factor objetivo de competencia de la Corte.

El segundo presupuesto de obligatorio análisis preliminar será el principio de complementariedad, que resolverá de plano la pregunta: ¿Cómo opera la CPI frente a la justicia interna de un país que tenga contemplado dentro de su estatuto penal delitos que resulten de competencia de la Corte?

El principio de complementariedad como orientador de la competencia de la CPI se encuentra reconocido en el párrafo 10° del preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que con absoluta claridad establece una regla de oro que deberá ser respetada y literalmente desarrollada en los casos que acontezca alguna o algunas situaciones fácticas que den lugar a la tipificación de crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (párrafo 9° del preámbulo en consonancia con el art. 5° numeral 1° del ECPI).

Pues bien, se ha reconocido que el principio de complementariedad es per se un límite a la competencia de la CPI, debido que solo podrá actuar cuando se demuestre que el Estado miembro no esté en capacidad de juzgar un determinado delito de injerencia del derecho penal internacional, o que habiéndolo hecho sea evidente su fracaso; esto quiere decir que la prioridad del control judicial y punitiva radica en el Estado miembro a través de sus instrumentos establecidos en el derecho interno, el cual será prevalente ante el ECPI.

Lo anterior denotaría claramente como lo plantea Wolffhügel (2010), el desvirtuar la presunción establecida a favor de las jurisdicciones nacionales y dar paso entonces a que la competencia y el conocimiento de dichos asun-

tos pasen a la CPI, en ejercicio del principio de complementariedad. A todas estas debe entenderse la complementariedad como un orientador que legitima la competencia subsidiaria de la CPI en los casos que se explicaran a continuación, por ende las acepciones que este principio concentra frente al tema de la operatividad de la CPI, bien podría resumirse como beneficio, garantía, limitante, entre otros.

Esto habría que mirarlo desde la óptica de la CPI, consignada en el art. 17 del ECPI, referida a cuándo es admisible la competencia o el conocimiento del asunto objeto de investigación por parte de la CPI, lo que ratifica su complementariedad, pues solo podrá hacer ejercicio de su competencia cuando el Estado miembro, en resumidas cuentas no tenga capacidad o voluntad de investigar y juzgar los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y, a partir del 2017, el de agresión.

Lo anterior se ha explicado, bajo las siguientes hipótesis o supuestos:

1. El Estado miembro que tiene la preferencia en el ejercicio de la jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento. Claramente esta causal deja ver falta de voluntad o querer jurisdiccional del estado miembro, por motivos políticos o jurídicos que incidan y determinen la inoperancia del aparato judicial dentro del catálogo de delitos antes enunciados. Tal como se ha planteado desde la doctrina (Ambos, 1999; Olásolo, 2009) pueden vislumbrarse tres hipótesis: la primera de ellas derivada de la incorporación de procedimiento aparente con el propósito de sustraer a la persona interesada de la persecución penal; en esta cuestión se evidencia, por demás, la mala fe del Estado que es el núcleo al valorar la falta de voluntad- para no adelantar la investigación (Ambos, 2008).
2. Cuando se presente una demora o retardo procesal compatible con una intención de persecución penal; y, por último, cuando el proceso no se sustancie de manera independiente o imparcial. Se trata, pues, de casos en los que se manipula políticamente al sistema judicial con el fin de generar impunidad en relación con los autores de los crímenes (Ambos, 2008).
3. Cuando el Estado miembro no pueda hacerlo, acá se observa una clara incapacidad estatal en las siguientes hipótesis: (1) el sistema judicial nacional no puede hacer comparecer al acusado; (2), o bien no dispone de

las pruebas y los testimonios necesarios para enjuiciarlo; (3) o, bien no está en condiciones de llevar a cabo el juicio por otras razones (Quesada, 2005).

Dentro del art.17 de Estatuto de Roma, además de las anteriores circunstancias, quedaron registradas cuestiones susceptibles de ser analizadas por la CPI, para soportar jurídicamente su intervención o ejercicio de su competencia en un Estado miembro; entre ellas se refiere a la preexistencia o vigencia de un juicio que haya generado una decisión adoptada por el Estado, donde se vea la motivación de sustraer a la persona de responsabilidad penal por crímenes de la injerencia de la CPI.

Luego se refiere al carácter de la demora en el juicio para que pueda ejercitarse dicha competencia internacional. Debe ser presupuesto que esa demora sea injustificada e incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. En el literal b) del art 17 del Estatuto de Roma quedaron establecidos dos requisitos atribuibles al modo, que responderían a la pregunta ¿Cómo debe ser la demora en el juicio para que constituya una causal de ejercicio de competencia de la CPI?.

En el literal c) establece que otra situación que dará lugar a ejercitar la competencia de la CPI, está dada por la contraposición a la naturaleza de la justicia misma frente a dos de las características que la componen como son la administración de ella con imparcialidad e independencia, es decir que no se encuentre viciada por motivaciones personales, sociales, políticas o de otra índole que afecten la transparencia del proceso y que, además, las decisiones que en él se tomen no sean el resultado del libre ejercicio de la potestad judicial, sin intervenciones particulares que lleven al fracaso de la justicia.

Además, cuando la CPI observe que en determinado proceso de su interés exista una afectación por causa de intereses alejados, que den cuenta de parcialidad y dependencia.

Finalmente, en el numeral 3º, reposa el juicio de valor que deberá hacer la CPI de aquellas circunstancias generadoras de lo que se ha llamado el colapso total o sustancial de la administración de justicia interna del Estado miembro o la carencia de ella si así se presentare, por lo que sería incapaz para investigar o enjuiciar determinado asunto de su atención, por la im-

sibilidad de hacer comparecer al acusado, por la ausencia y falta de disposición del material probatorio respectivo.

Visto lo anterior resulta diáfana la importancia e injerencia que tiene el principio de complementariedad, ya que por una parte funge como elemento garante de control de jurisdicción y competencia, pues a través de él podrá hacerse remisión o no del conocimiento de casos para ser juzgados por la CPI y, por otra parte, también dicho principio tendrá relación directa con el *non bis in ídem*, legalidad, integración, entre otros.

De otro lado, este principio también tendrá una función descriptiva por así llamarlo, al ser utilizado en primera instancia para relatar la relación existente entre la Corte y las jurisdicciones penales nacionales, precisando en la naturaleza de ella como políticamente sensible y jurídicamente compleja, como lo anotara John T. Holmes (delegado de Canadá - coordinador de algunas consultas sobre la temática en los comités preparatorios y conferencia diplomática).

También se ha contemplado al principio de complementariedad como un beneficio (Vargas, 2004), al ser la primera instancia judicial, y con ello conservar la oportunidad y el derecho a juzgar a los nacionales por los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma, pero esto se encuentra condicionado por el principio de legalidad y tipicidad, pues el delito debe estar contemplado como en la normatividad penal interna, en el caso que nos ocupa en las normas penales colombianas, de lo contrario, se cumpliría uno de los presupuestos de admisibilidad para que la CPI conozca y juzgue dicho comportamiento delictivo.

De lo dicho, toma gran pertinencia el desarrollo del principio de integración establecido en el art. 2º del Código Penal Colombiano (ley 599 de 2000) que reza:

“Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”,

ya que en atención a él se tipificaron e incorporaron a la legislación nacional comportamientos delictivos que hacen parte de los delitos de interés de la justicia penal internacional, como el genocidio, el desplazamiento forzado,

la desaparición forzada, los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, lo que constituye una garantía de la aplicación del principio de complementariedad, pues de lo contrario la competencia de la CPI sería inmediata.

3. Incidencia de la Corte Penal Internacional en la cultura socio-jurídica penal del país.

Una de las principales preocupaciones que despierta el tema de la internacionalización de la justicia penal, está dada por lo que no se encuentra reglamentado en los estatutos, sino en la consecuencia o efecto que produce la instauración de organismos judiciales que comparten luchas comunes con la justicia doméstica, mecanismos, pero que también cuentan con marcadas diferencias, propiciadas por un sistema y código cultural que puede distar del interno.

Es así como dentro de este tema de la CPI, y su aplicación en el caso de Colombia, puede generarse un clima un tanto distorsionado, y alejado de nuestras propias realidades, en aras de adaptarnos y ser consonantes con el discurso internacional de la protección de los derechos humanos. En seguidas líneas se advertirán algunas de las brechas culturales que pueden generarse, como también el incremento de falacias, a través del manejo cotidiano y cultivo de extranjerismos, como formas propia de vida, incorporándolas inadecuadamente a nuestro sistema cultural.

El tema es espinoso, toda vez que la cultura jurídica externa frente al desarrollo del derecho penal, las instituciones penales y el sistema penal en sí, no resulta ser la más adecuada y prolija con lo que se planeta jurídicamente, lo que muta y hace no encajar en debida forma los criterios y conceptos de justicia, impunidad, castigo, entre otros. Por ello se llamará la atención en algunos puntos en que el Estatuto de Roma y el Código Penal Colombiano presentan discordancias que solo pueden ser resueltas a través de una especial y técnica que es propia de quienes conocen y ejercen el derecho penal; no por las personas comunes que ya bastantes lagunas tienen frente a sus percepciones, sentimientos y emociones frente al derecho punitivo.

- Frente a la pena: En el estatuto de Roma a diferencia del Código Penal Colombiano, se contempla la pena de cadena perpetua como una de las

penas aplicables (art. 77 ECPI, literal b), mientras que en Colombia, por mandato expreso constitucional no es una pena que pueda ser impuesta con la comisión de conductas punibles.

- Frente a la imprescriptibilidad: es uno de los principios que como regla general quedó consignado en el art. 29 del Estatuto de Roma, que se encuentra estrechamente relacionado con la naturaleza de los crímenes tipificados en él, mientras que en Colombia la regla general la constituye la cultura de prescriptibilidad predicada en el art. 83 del Código Penal, en el que se establece un intervalo entre 5 y 20 años para la prescripción de la acción penal, y el cual extiende a 30 años en cuanto se refiere a los punibles de genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura, por la connotación que estos delitos tienen en el derecho penal internacional. Ante la CPI los delitos son imprescriptibles.
- La creencia ilimitada, y hasta desbordada, que muchos tienen en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, sin comprender el alcance de ellos, y de su aplicación, lo que puede incrementar los yerros que se causan cuando se pretende menospreciar la justicia doméstica, motivados por la novedad y la sonoridad que han adquirido las instancias internacionales. Pareciera que cada vez que surge un mecanismo internacional antes de conocer a fondo sus alcances en la justicia interna, que como tendencia se evoca y se quiere recurrir a él como la primera razón de ser y garantía de protección.

Sociológicamente esto pudo erigirse como un factor que incida en la disminución de la confianza social en las instituciones jurídicas y judiciales vernáculas, lo que constituye una preocupación más a las ya existentes, pues ha logrado permear la cultura jurídica del derecho penal internacional al interno, como referente amenazante, cuando debería servir más para fortalecer las instituciones domésticas.

Conclusión

Para finalizar, desde una actitud crítica y reflexiva se concluye diciendo que la existencia de los mecanismos y jurisdicciones internacionales, caso concreto de la Corte Penal Internacional no deben constituir un desplazamien-

to de la justicia e instrumentos judiciales internos, pues la negación de estos equivaldría a desdibujar algunos elementos que caracterizan a un Estado Social de Derecho, visto desde la administración de justicia en lo que atañe a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas traducidas en el ejercicio y goce de sus derechos, cuando estos se encuentren vulnerados.

Por ello, es vital que la aplicación de los mecanismos y la justicia penal internacional sean referentes y no sustitutos, sean la excepción y no lleguen a convertirse en la regla general, desde un discurso político-criminal, para que no se permita sobrepasar los límites de su competencia, desde el intervencionismo en la soberanía nacional, y pueda así conservar su función y propósito acorde con su naturaleza, pues su existencia debería en principio legitimar la existencia y ratificar la razón de ser de la justicia interna.

La justicia penal internacional opera para casos específicos, y no para todos los casos, se encuentra delimitada por principios de selectividad y de complementariedad, y solo deberá presentarse cuando se demuestre que un Estado ha sido omisivo, inerte o paquidérmico ante una situación criminal catalogada de interés internacional (macro-crimen), o cuando habiendo iniciado y culminado una persecución penal se comprueba que el Estado fue negligente e insuficiente en la aplicación de la justicia para dicho caso, es decir que fue mal encausado; y aunque exista cosa juzgada interna, la CPI podrá intervenir y estará habilitada para iniciar el proceso como si este nunca hubiese existido.

Por todo lo anterior, al no ejercitar su competencia la Corte Penal Internacional, en casos en que podría hacerlo, será un indicador de logros y resultados para el Estado miembro, que habrá alcanzado un nivel satisfactorio en la administración del *ius puniendi*, en la justicia interna, en los tipos penales propios del catálogo del Estatuto de Roma, que se hallan incorporados a la legislación interna; obviándose así la necesidad de intervención del organismo internacional de justicia penal; de lo contrario: entre más intervención se dé en el derecho interno de este organismo internacional, se reforzará la idea de la ineficacia y negligencia de la justicia nacional.

Bibliografía

- Ambos, Kai (2005). La parte general del derecho penal internacional, Bogotá: Editorial Temis, p.34- 47.
- Ambos, Kai y Guerrero, O.J. (Comps.) (2003). El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Código Penal Colombiano, 19º ed., Bogotá: Legis Editores S.A. (2008).
- Constitución Política de Colombia, art. 93.
- Sieber, U. (2010) Conferencia: “Los Modelos del Derecho Penal Transnacional”. II Congreso de Derecho Penal: ¿Hacia dónde va el derecho penal?. Santa Marta.
- Vargas, C.I. (2004). Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Bogotá: Editorial Temis, p. 206-207.
- Velásquez, F. (2012). Presente y futuro de la Justicia Penal Internacional: ¿Hacia dónde va la justicia internacional?. Bogotá: Editorial Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Vervaele, Jhon A.E. (2005). “La europeización del derecho penal y la dimensión penal de la integración europea”. Revista No. 15, p.171. Recuperado de www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/240/231.
- Wolffhügel, C. (2010). “El principio de complementariedad en el Estatuto de la CPI: una primera aproximación”. Cuadernos de Derecho Penal No. 4 del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, p. 13-15.
- http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/octubre/30/corte_penal.pdf

EL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ EN COLOMBIA FRENTE A LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Héctor Sebastián Milanés Julio¹.

Resumen

El artículo que a continuación se presenta, ofrece a lectores en general, y en especial a los defensores públicos y seguidores de la *Revista Caribe* y publicaciones de la Defensoría del Pueblo, de manera resumida, los resultados de una investigación realizada por el suscrito en torno al polémico tema del “Marco jurídico para la paz en Colombia”, y su tensión con los estándares mínimos de justicia transicional. Es por ello que desde un estudio integrado del ordenamiento jurídico nacional e internacional y de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y organismos internacionales de derechos humanos, se hace un análisis crítico y objetivo de los verdaderos alcances de los modelos de justicia transicional, a efectos de indagar si el proceso, que hoy se intenta para Colombia, respeta la visión, fines y límites que desde los principios y estándares internacionales se han ensayado a partir de la experiencia de otros procesos de paz en el mundo.

¹ Coordinador académico-Córdoba. Conjuez del Tribunal Administrativo de Córdoba. Docente universitario. Especialista en derecho constitucional, penal y criminología y candidato a magister en penal y criminología.

Palabras clave

Paz, justicia transicional, justicia restaurativa, estándares mínimos de justicia, bloque de constitucionalidad, derechos de la víctimas, penas alternativas, resocialización, perdón, impunidad, reconciliación.

Abstract

The article then presents , offers readers in general, and especially public defenders and supporters of the Caribbean Magazine and publications of the Ombudsman , summarizes the results of an investigation conducted by the undersigned around controversial issue of “Legal Framework for Peace in Colombia” and its tension with the minimum standards of transitional justice. That is why from an integrated study of national and international law and the judicial rulings of the Constitutional Court and International Human Rights Organizations , a critical and objective analysis of the true scope of the models of transitional justice is done , for the purposes to investigate if the process is now trying to Colombia respects the vision , goals and limits from international principles and standards have been tested from the experience of other peace processes in the world.

Key word

Pace, transitional justice, restorative justice, minimum standards of justice, block constitutional, rights of victims, penalties alternatives, resocialization, forgiveness, impunity reconciliation.

Introducción

Durante la última década, se ha venido debatiendo en el país, en forma recurrente, acerca del modelo de justicia transicional que debe aplicarse en Colombia.

No ha sido pacífico el debate sobre el contenido normativo y su alcance; especialmente después del accidentado proceso de sometimiento a la justicia de las desmovilizadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) durante el gobierno del presidente Uribe, que logró aprobar en el Congreso la denominada “Ley de Justicia y Paz” (Ley 975 de 2005) para tales efectos.

En los últimos 4 años, a raíz del proceso de paz de La Habana con el grupo insurgente de las FARC, el modelo de justicia transicional ha resultado aún

más controvertido y se han polarizado mucho más las posiciones de los diversos sectores políticos, de las ONG de derechos humanos y de la comunidad internacional. La paz y su dinámica han tomado una preponderancia inédita.

Especial controversia ha generado la temática del modelo de sanción que debería imponerse a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad. De una parte se posicionan quienes exigen penas privativas de la libertad de carácter intramural y, de otra, quienes consideran (entre ellos los insurgentes) que no se trata de un proceso de sometimiento con un grupo insurgente militarmente derrotado; sino de una organización que negocia en "*igualdad de condiciones*" con el Estado colombiano, un acuerdo de paz que le garantice ciertas condiciones de favorabilidad, y la posibilidad de volver a insertarse en la vida civil y política del país.

De otro lado, la sociedad civil, las organizaciones de víctimas y sectores moderados que plantean un modelo intermedio que permita a los guerrilleros resocializarse, a la vez que, se reconozcan los derechos de las víctimas a conocer la verdad, y a ser reparadas y obtener garantías de no repetición; que sugieren medidas punitivas intermedias, desde la perspectiva de la justicia alternativa, en el contexto de la denominada justicia restaurativa; esto es, que los insurgentes acepten y reconozcan sus crímenes, y paguen penas alternativas que impliquen un grado de sanción racional, orientado hacia el fin anhelado de recuperar la armonía y la paz social perdida durante los más de 50 años de conflicto armado en Colombia.

Todo este proceso de discusión, que tiene como epicentro actualmente el proceso de paz de La Habana, indiscutiblemente ha radicalizado posiciones; lo que caracteriza el espectro ideológico y político en que se encuentra dividida la sociedad colombiana.

Sin embargo, el proceso de discusión, que se centra muy puntualmente en el tema de las condenas que deban imponerse a la cúpula de la guerrilla de las FARC, pierde de vista las más de las veces que el proceso de transición de la guerra hacia la paz, no es exclusivamente de carácter jurídico-penal. La transición implica toda una serie compleja y numerosa de reformas de carácter social, lo cual requiere de una gran afluencia de recursos y de esfuerzos por parte del Estado y de la sociedad; así como por parte de la co-

munidad internacional, para que la nación colombiana se pueda reconciliar y concretar una paz duradera.

Por último, y siempre enfocados en el tema de la sanción penal, los grupos más radicales afirman tajantemente que si se firma un acuerdo con la insurgencia en La Habana sin acordar la imposición de sanciones penales a los máximos responsables de graves delitos, el país sería llevado hacia una disolución de su institucionalidad (procurador general de la nación), y que, si no se imponían sanciones de reclusión intramural, la Corte Penal Internacional podría descalificar el acuerdo que se suscriba en esos términos y, por tanto, el acuerdo no se podría cumplir y de contera se caería.

El artículo ofrecido trata de dilucidar, si la normatividad jurídica contenida en el denominado: “Marco jurídico para la paz”, y las demás que se aprueben en el contexto del proceso de paz de La Habana; el Plebiscito propuesto por el gobierno nacional para su refrendación por el pueblo colombiano, garantizan los estándares mínimos de justicia que exige actualmente el derecho penal internacional; los tratados suscritos por Colombia, incorporados a la Constitución Nacional mediante el denominado bloque de constitucionalidad, de cara a la aplicación de un modelo de *justicia transicional*.

Para ello resulta de gran trascendencia el análisis de la decisión de la Corte Constitucional, con ocasión del fallo de constitucionalidad sobre el denominado “Marco jurídico para la paz”; contenido en la Sentencia C-577 de 2014, en la cual realiza muy puntuales modulaciones al Acto Legislativo No. 02 del 2012 reformativo de la Carta Política para permitir, entre otras cosas, aplicar la justicia transicional a los insurgentes que resulten desmovilizados de la estructura guerrillera; y que, como consecuencia, puedan participar en la actividad política.

En desarrollo del artículo, se hace cita concreta del pronunciamiento de la Corte Constitucional y se analizan temas dilucidados en la sentencia, tales como el concepto y alcance de la justicia transicional; sus elementos fundamentales, etc.

Se realiza un esfuerzo por precisar, si el Marco jurídico para la paz y demás disposiciones concordantes que se expidan como consecuencia de los acuerdos que se alcancen en el proceso de paz de La Habana cumplen o se

enmarcan dentro de los estándares mínimos exigidos por la normatividad internacional sobre justicia transicional (normas del Estatuto de Roma, entre otras); o por el contrario, vulneran tales normatividades y, por lo tanto, ponen en riesgo su aceptación por la comunidad internacional.

Se concluye con una tesis razonable, basada en elementos científicos de dogmática jurídica y de inclusión social.

Antecedentes

Durante los últimos veinte años se han expedido y desarrollado un sinnúmero de normas jurídicas de diversos niveles en punto a enfrentar las secuelas que ha generado la confrontación armada en el país desde hace 50 años.

Inicialmente se expidió la Ley de Orden Público (Ley 418 de 1997); después se expidió la Ley 387 de 1997 que creo el Régimen de Protección, Asistencia y Atención para la Población Desplazada. Durante el año 2000 se aprobó la Ley 1257 de 2000 que regula el tema de la violencia intrafamiliar, de igual forma fue expedida la Ley 1719 de 2014 que sanciona las infracciones penales dentro del conflicto armado. En 2005 se expidió la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) que reguló todo el proceso con la AUC; luego, se aprobó en el Congreso la Ley 1098 de 2006 sobre Infancia y Adolescencia; el Decreto 1290 de 2008, mediante el cual se adoptó un Régimen de Indemnizaciones Administrativas; la Ley 1448 de 2011 sobre reparación administrativa a las víctimas y la Ley 1453 de 2011 (Ley de seguridad ciudadana) que reforma el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio.

Todo este entramado normativo construido durante los últimos 20 años, constituye un evidente esfuerzo realizado por el Estado colombiano para afrontar las gravísimas consecuencia que ha dejado la guerra interna y que van encaminadas a generar mecanismos que permitan cerrar la brecha de injusticias que han determinado la existencia de dos Colombias paralelas diametralmente opuestas y que, en consecuencia, han contribuido a perpetuar la confrontación armada.

Este esfuerzo institucional constituye el telón de fondo que permite proyectar las expectativas de un modelo de inclusión social, una vez terminado el conflicto armado; y facilita construir el tipo de justicia transicional que se

le está planteando a la sociedad colombiana actualmente, y que haría parte de toda la normatividad jurídica que le daría consistencia ante la comunidad internacional, sobre todo desde la perspectiva de las víctimas y del logro de la concordia social.

Sobra hacer énfasis en las dificultades que implica ponerle fin a una guerra interna que ha durado más de 50 años y construir un modelo de justicia que sin llevarse por delante los derechos de las víctimas permita celebrar un acuerdo de paz duradero, aceptable socialmente.

Es evidente que la realidad planetaria ha cambiado radicalmente durante los últimos 20 años y, por supuesto, ha cambiado el escenario de la guerra y el de la paz, o mejor aún, el de construir la paz.

La normatividad internacional actual, es sustancialmente diferente a la de hace 30 años. La guerra ha adoptado métodos muchos más crueles y las violaciones a los derechos, los crímenes atroces y de lesa humanidad se han disparado en términos exponenciales, lo que ha conllevado paralelamente a que la normatividad internacional se haya endurecido frente a estas graves infracciones al DIH.

En estos 30 años han surgido una gran cantidad de instituciones internacionales (ONG) que han producido importantes instrumentos del denominado *soft law* que, aunque son instrumentos auxiliares y, por lo tanto, no son fuente de derecho, han ejercido una decisiva influencia en el DIH como, por ejemplo, los principios *Orentlicher* en contra de la impunidad.

Es por ello que el proceso actual con las guerrillas de las FARC es mucho más dificultoso y complicado. No hay, por ejemplo, punto de comparación con los procesos realizados con otros grupos insurgentes en el pasado; como los celebrados en la década de los años 80 y 90 (M19, PRT, EPL, Corriente de Renovación Socialista, etc.).

Aun cuando en dichos procesos hubo cierto grado de justicia hoy, en el contexto de la normatividad internacional, sería imposible adelantar un proceso de paz en las mismas condiciones. En la actualidad, es prácticamente imposible conceder amnistías o indultos generalizados; ya que ahora los derechos de las víctimas han sido colocados en el centro del debate.

Podría decirse, aunque las condiciones sean diferentes en diversos aspectos, que el antecedente más próximo es el de la negociación con las AUC, que utilizó de alguna manera un modelo de justicia transicional. De cierta manera podría afirmarse que, hace 30 años, los intereses políticos estaban por encima de los jurídicos, correlación que, ahora ha cambiado radicalmente; dando prelación en gran medida a la temática jurídica y de justicia.

¿En qué consiste la justicia transicional?

Según la Organización de Naciones Unidas, ONU, esta:

“...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, reporte del Secretario General sobre el Estado de derecho y justicia transicional en sociedades en conflicto y posconflicto, S/2004/616, 3 de agosto de 2004).

“Cada país debe establecer un modelo que se adapte a la medida de sus necesidades, necesidades que no solo deben enfocarse en garantizar la no repetición del conflicto, la reparación efectiva de las víctimas, la impartición de justicia, el reconocimiento de la memoria histórica y el descubrimiento de la verdad sobre los hechos ocurridos, sino que además y en especial en el caso colombiano, deben propender por asegurar una reconciliación plena para facilitar la finalización del conflicto” (*Revista Justicia Transicional*, Minjusticia 2011, p. 11).

Según lo expresado por el exfiscal ante la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo:

“la importancia de profundizar la discusión sobre la aplicación de la justicia transicional en sociedades en las que el conflicto aún no ha finalizado, pues aunque el término transición sugiere que dichas labores deben analizarse durante las etapas de transición política del conflicto armado o del autoritarismo hacia la paz, las experiencias de muchos países señalan que los análisis de opciones para una Justicia Transicional deben comenzarse mucho antes del último disparo” (Luis Moreno Ocampo, *Transitional justice in ongoing conflicts*, *The International Journal of Transitional Justice*, 2007, p. 8).

“Así, mientras se desarrollan amplias discusiones respecto de la desmovilización individual y colectiva de grupos armados al margen de la ley y la necesidad de adoptar políticas claras para promover la reintegración, en la otra cara de la mo-

neda se observa un llamado vehemente de las víctimas por el respeto y la garantía de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Es necesario, por ende, que exista una adecuada reparación para la convivencia de actores antes enfrentados, para la reparación integral de las víctimas, para la desmovilización y la reinserción efectiva de los perpetradores, con miras de la consecución de una reconciliación duradera y estable” (*Revista Justicia Transicional*, Minjusticia 2011, p. 12).

“De esta forma, con independencia de que la adopción de mecanismos de justicia transicional haya sido precedida de una transformación política significativa o que, por el contrario, la implementación de una política de tal naturaleza haya sido o sea en la actualidad utilizada como una forma de impulsar dicha transformación, lo cierto es que el amplio rango de herramientas e instrumentos que se encuentran comprendidos dentro de esta noción de justicia transicional, van exclusivamente dirigidos a afrontar un momento político coyuntural como el que se vive en la actualidad en Colombia” (*Ibíd.*).

“De tal forma, deben resolverse preguntas como las siguientes para poder poner en marcha el balance adecuado que responde a los requerimientos de cada sociedad en transición:

¿Está dispuesto el país a admitir cierto grado de impunidad para lograr la paz?

¿Se debe acompañar la obtención de la verdad en sede judicial con la construcción dinámica de la verdad por fuera de los estrados judiciales? ¿Qué grado de pena se le debe imponer a los perpetradores de derechos humanos, a cambio de obtener la verdad y la reparación? ¿Hasta dónde deben llegar los esfuerzos de reparación estatales para no obstaculizar la indispensable reducción de la desigualdad social?” (*Revista Justicia Transicional*, Minjusticia, 2011, p. 13).

“La Ley 975 proferida en el 2005 (“Ley de Justicia y Paz”), configuró el siguiente instrumento jurídico que siguió dando forma al modelo de transición en Colombia. Esta Ley fue promovida como respuesta a la necesidad de diseñar un marco jurídico preciso para promover la desmovilización mediante el establecimiento de un procedimiento penal especial, con miras a la satisfacción por la vía judicial de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

A pesar que el marco normativo actual se encuentra nutrido de varias disposiciones legislativas que están encaminadas a abordar la situación no solo de los victimarios

sino también de grupos determinados de víctimas, como los desplazados, se ha hecho evidente la necesidad de agrupar esfuerzos y dirigirlos hacia la implementación de un modelo integral de justicia transicional” (Ibíd.).

“Los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, la justicia transicional comienza a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la posguerra después de 1945. La Guerra Fría da término al internacionalismo de esta primera fase, o fase de la posguerra, de la justicia transicional. La segunda fase o fase de la posguerra fría, se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. La tercera fase, o estado estable, de la justicia transicional, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia.

El tema y el campo de acción de la justicia transicional se han expandido para trascender su acción operativa por sobre los estados y actuar sobre actores privados. La justicia transicional se ha extendido también más de allá de su rol histórico en la regulación de conflictos internacionales, pudiendo ahora regular tanto los conflictos intraestatales así como las relaciones en tiempos de paz, estableciendo un mínimo estándar de estado de derecho en las políticas globalizadoras” (Teitel, 2003, p. 2).

Según el jurista Uprimny (2006, p. 3):

“La justicia transicional (JTr) hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico. ¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación?”

“Estos interrogantes no tienen una respuesta fácil, y diversos pensadores y sociedades les han dado diferentes soluciones. Surge, sin embargo, una pregunta: ¿Por qué únicamente en los últimos años ha aparecido la expresión justicia transicional (JTr) si el problema a que hace referencia esa categoría parece tan viejo? ¿Proviene ello de la simple moda de inventar un neologismo para referirse a un fenómeno viejo? ¿O la aceptación masiva de la expresión justicia transicional deriva de una novedad en el tratamiento de ese problema?

“Según nuestro criterio, ha ocurrido una transformación muy importante en la manera como en la actualidad se enfocan las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias, que justifica ampliamente la creación de la categoría justicia transicional (JTr). Y es que, si uno detalla la expresión, lo novedoso de la JTr consiste en la introducción del sustantivo “justicia”. En efecto, dentro del recientemente creado paradigma de JTr, la justicia aparece como una exigencia que cualifica de manera importante los procesos transicionales, pero que a la vez se ve profundamente determinada por tales procesos. De esa manera, el concepto de justicia adquiere un significado y unas implicaciones particulares, que se distinguen no solo de lo que significan e implican las exigencias de justicia en contextos de normalidad, sino que además se aleja de aquello que significaron e implicaron tales exigencias en procesos transicionales anteriores a los que se han desarrollado en los últimos 30 años” (Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades, Revista futuros, 2006).

“Así, tal y como se comprende en la actualidad, la JTr hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. De hecho, por un lado, los procesos de JTr se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos –en especial cuando se trata de transiciones de la guerra a la paz– negociaciones políticas entre diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que estas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de JTr se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición. De esta manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos” (Ibíd.).

Justicia transicional: es un elemento de la justicia que abarca todas las variedades de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos a la justicia

logrando la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales, y pueden tener diferentes niveles de participación internacional, o también no tenerla, así como también el juzgamiento de reos, el resarcimiento, el conseguir las verdades, los variados cambios en las instituciones, los antecedentes, la variación de las funciones, pero también se podrán efectuar las variaciones de lo antes anotado.

Una diferencia conceptual que es fundamental es que la justicia transicional debe producirse excepcionalmente, y cuando estén sucediendo circunstancias políticas y sociales y atender los delitos que puedan ocurrir contra la dignidad del ser humano y su núcleo básico, a diferencia de la justicia 'restaurativa' la cual se ideó para confrontar los delitos en menor escala y en los entornos pacíficos. Existen grandes diferencias entre estas dos justicias, pero se pueden equiparar, a pesar de que se originan en formas distintas. Se puede afirmar que existe en todo el mundo la justicia restaurativa que sirve de regulación y de sostén para la tranquilidad social.

La tercera fase de la justicia transicional, se asocia con el estado de conflicto contemporáneo y aparece a fines del siglo XX, se une a la globalización y la violencia, lo inestable de las políticas y pasa a ser una posición del Estado de derecho.

Dentro de las normas de la teoría transicional la creación de la Corte Penal Internacional, CPI, es el símbolo. Antes de este Tribunal estuvo precedido por los tribunales criminales internacionales *ad-hoc* convocados para responder a los conflictos de Yugoslavia y Ruanda. Existen diferentes ejemplos de justicia transicional como mecanismos particulares para enfrentar las tensiones entre la aplicación de la justicia y el restablecimiento de la paz. De acuerdo con la importancia que se le ofrezca a las penas o castigos de los victimarios y con las garantías de los derechos de las víctimas o el perdón de los delitos cometidos por los violentos y el olvido de los hechos ocurridos.

Clases de justicias transicionales: los perdones amnésicos, que se dan a los amnistiados generales, y no incluyen las medidas para aclarar las verdades, ni para la reparación de las víctimas. Aquí se utiliza el llamado 'olvido' para facilitar las negociaciones entre los actores y el fenómeno de la reconciliación nacional. Tenemos el ejemplo en España, cuando murió el general Franco en 1975, y otro ejemplo es la amnistía que se le dio al movimiento

guerrillero M-19 en Colombia en 1989. Justicia transicional llamada ‘perdones compensadores’: Aquí se dan amnistías generales, seguidas por una Comisión de la Verdad, y algunas reparaciones de las víctimas. Ejemplos: Las amnistías otorgadas después de la dictadura del general Pinochet en Chile el 11 de marzo de 1990.

El caso de la república de El Salvador en 1992. Otro ejemplo en Guatemala al firmar los acuerdos de paz en 1991. Justicia transicional llamada ‘perdones responsabilizantes’: en esta se conforma una Comisión de la Verdad, exige la confesión total de los crímenes atroces, efectúa ciertas reparaciones, perdones individuales y con condiciones para ciertos crímenes. En este modelo el objetivo es el de obtener un equilibrio entre las diferentes solicitudes o exigencias de la confesión total de los crímenes atroces, determinadas reparaciones y el ceder ciertos perdones individuales y con ciertas condiciones para ciertos crímenes.

Propósito de este modelo de justicia transicional: lograr una especie de balanza equilibrada entre lo que exige la justicia y el perdón que hiciese posible la transición y la reconciliación. Se intenta individualizar responsabilidades. Ejemplo de esta justicia: lo que ocurrió en Sudáfrica con la formación, en 1995, de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación.

Justicia transicional punitiva: con tribunales *ad hoc* para que se castigue a los culpables de crímenes de guerra y lesa humanidad, se fundó una clase de derecho híbrido que contendrá el derecho penal nacional y el derecho penal internacional, que ofreciera respuestas no solo de características jurídicas, sino de aspectos sociales. El objetivo o propósito es que solo el castigo de los culpables haga posible que se cree un orden democrático nuevo, que se funde en el respeto y el acato de los derechos humanos. Ejemplo los juicios de Núremberg, Ruanda, y Yugoslavia.

Justicia transicional teniendo como base el perdón responsabilizante: es el más adecuado para tener en cuenta los principios democráticos y los derechos de las víctimas. Esta clase de justicia parece ser el modelo de transición más adecuado para el proceso colombiano. Tiene como base en las negociaciones de paz y toma muy en serio los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, en donde el Estado toma todas las medidas y precauciones para garantizarlos.

Con estas condiciones la obtención de los perdones ha de ser excepcional e individualizada y debe seguir el principio de proporcionalidad, lo que nos indica que el perdón de las víctimas solo puede justificarse al momento de ser la única forma o medida existente para obtener la paz, la reconciliación nacional y cuando todo sea proporcional a los actos y a la violencia cometida por los victimarios, según sea el grado de mando de las guerrillas o grupos alzados en armas y todas las entregas o contribuciones que se efectúen a la justicia. Aquí se puede observar el caso de Colombia en la transición que dio amnistías por la Ley 782 de 2002, en casos de porte ilegal de armas, la utilización de uniformes de los militares y la participación de un grupo armado organizado al margen de la ley, y a través de la Ley 975 de 2005.

Uno de los pilares de la Ley 975 de 2005 y de la misma justicia transicional es la protección a las víctimas para que conozcan la verdad y el derecho a que los delitos más graves sean indagados, juzgados y sancionados. Además el Estado responderá por omisión y acción cuando no lleve a cabo las investigaciones serias y de acuerdo con las normas nacionales e internacionales.

El proceso de justicia y paz en Colombia es una guía importante de justicia transicional y teóricamente presenta un modelo que ofrece una mayor agilidad en el juicio de los crímenes internacionales y graves violaciones a los derechos humanos, ya que se parte de incentivos para obtener mejores confesiones de parte de los desmovilizados. De todas maneras sin existir el proceso de justicia y paz no hubiera sido posible ubicar a un gran número de desaparecidos y todos los hechos confesados que hubiesen quedado en la impunidad.

La experiencia internacional nos ha demostrado que las comisiones de la verdad no son la fórmula mágica, como se cree, para la superación de los conflictos armados, es necesario entonces reconocer los límites de esas verdades y tener en cuenta las contrapropuestas, es decir, el derecho al olvido que tienen los pueblos en el mundo para así superar los conflictos y, por lo tanto, debe ser en forma voluntaria y nunca impuesta.

Debemos tener en cuenta el concepto de la palabra 'ataque', concepto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia: son actos que implican violencia, se trata de crímenes de lesa humanidad y se aleja del derecho internacional humanitario, DIH. Tratándose de crímenes de lesa humanidad, este

ataque no solo representa las hostilidades, sino que comprende lugares donde esos malos tratos son producidos a personas que no actúan en forma directa en las hostilidades, como aquellas que han sido detenidas. Es el caso del fallo de Jean Pierre Bemba Gombo, en donde la Corte Penal Internacional dijo que el 'ataque' no es necesariamente un 'ataque' militar, sino cualquier otra campaña de ejecuciones en contra de la población civil, en consecuencia, los crímenes previstos en el artículo 7 del Estatuto de Roma se determinan como un 'ataque'.

El tema de la generalidad o la sistematicidad es el que decide o define los crímenes de lesa humanidad. El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia se ha pronunciado en tales términos: el ataque generalizado se determinará a partir de la cantidad de víctimas, y lo sistemático se refiere al ataque organizado de los actos de violencia y al no aceptar su ocurrencia por la mera coincidencia. La sistematicidad se acredita ante este Tribunal, no basta un plan criminal o una política, sino que es menester demostrar la naturaleza organizada de los actos delictivos.

Se considera como población civil a la que no actúa en las hostilidades, así como los combatientes de la 'resistencia', enfermos, heridos, detenidos, o quienes han depuesto las armas, deben ser considerados como víctimas, si son atacados (estatus material) más allá de su estatus formal.

Para determinar si en realidad se realizó un crimen directamente en contra, es preciso tener cuenta el método utilizado en el ataque, el estatus de las víctimas, su número, y la discriminatoria del ataque, entre otros. Sí bien la palabra población civil, tratándose de crímenes de lesa humanidad, no se refiere a todos los seres que habitan en un territorio que ha sido victimizado, sí se trata de crímenes de naturaleza colectiva, lo cual excluye por sí mismos todos aquellos actos que son aislados. Podremos determinar que son población civil, todas las gentes que no están participando en las batallas, y se les dará tratamiento similar a los enfermos, los heridos, los detenidos, los que han entregado el armamento. Es fundamental tener en cuenta específicamente la situación de la víctima (o sea el estatus material), lo que está determinando su misma condición, mucho más que su estatus formal.

Se tendrán en cuenta algunos delitos denominados crímenes de lesa humanidad. En los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para

Yugoeslavia, Ruanda y Sierra Leona incluyen los asesinatos, exterminación, esclavitud, deportación, detenciones, tortura, violaciones, persecuciones políticas, raciales, étnicas y religiosas, y demás actos inhumanos. En el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, se incluyeron en estas listas otros dos delitos como la desaparición forzada y el crimen de *apartheid*.

Definición de justicia transicional

Se encuentra una gran variedad de definiciones de justicia transicional; el elemento común, es el enjuiciamiento de crímenes masivos y la transición de un régimen a otro o de un período de guerra a uno de paz.

“La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores” (Teitel, 2003, p. 83).

Según la Corte Constitucional:

“La justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos con el objeto de lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, restablecer la confianza en el Estado y fortalecer la democracia, entre otros importantes valores y principios constitucionales” (Sentencia C-577 de 2014).

Conforme a Naciones Unidas, la justicia transicional puede ser entendida como

“la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación” (El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas).

Un tópico de gran trascendencia en punto al modelo de justicia transicional que se puede aplicar en Colombia al grupo insurgente de las FARC, es el condicionamiento que hoy se presenta por el giro que la justicia transicional ha dado hacia el derecho penal internacional; esto es, el derecho de los conflictos armados.

Los conceptos derecho internacional humanitario, derecho de los conflictos armados y derecho de la guerra; son términos equivalentes, porque en últimas el DIH, lo que pretende es “*humanizar la guerra*”; por tanto, la aplicación de las normas del DIH al interior de los estados, persigue que las graves infracciones a su normatividad sean juzgadas de conformidad con los estándares internacionales evitando la impunidad y protegiendo el derecho de las víctimas; pues, la posibilidad de castigar los graves y sistemáticos crímenes cometidos mediante el derecho penal ordinario, ante los tribunales ordinarios, resultó imposible por diversas razones inherentes al Estado de derecho: la irretroactividad de la ley, la manipulación de las leyes existentes, la corrupción y falta de autonomía del poder judicial.

En Colombia, el modelo que se ha venido construyendo, de acuerdo con los acuerdos a que han llegado las partes en el proceso de paz de La Habana, según muchos de sus críticos, sacrifica el ideal de la justicia, por el derecho de la paz.

Evidentemente, y según los defensores del proceso, la paz es un propósito común de todos los colombianos y, sin ella, tampoco será posible lograr la justicia y el castigo al cúmulo de crímenes cometidos durante 50 años de guerra interna.

La profesora Ruti G. Teitel critica los procesos de justicia transicional basados en el intercambio de justicia por paz; considera que el derecho penal, tal y como se conoce, prácticamente desaparece y se incorpora un discurso ético y a veces religioso que le da prevalencia al perdón y a la redención política.

Justicia restaurativa

La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes.

“Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos” (Naciones Unidas, 2006, pp. 6 y 7).

“De igual forma se puede decir que la Justicia restaurativa es todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador” (Naciones Unidas, 2006, pp. 6 y 7).

Es pertinente hacer esta referencia del tema de la denominada justicia restaurativa, dado que, en el proceso de paz colombiano, necesariamente la justicia transicional, y así lo contempla la normatividad, deberá considerar y utilizar una importante dosis de justicia restaurativa, de cara a los derechos de las víctimas y a la búsqueda de una paz estable y duradera.

Marco jurídico para la paz

El Marco jurídico para la paz o Marco legal para la paz, está contenido en el Acto Legislativo 1 de 2012 por medio del cual se reformó la Constitución Política y se establecieron los instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del art. 22 de la Constitución Política y se dictaron otras disposiciones de carácter excepcional, con la finalidad de terminar el conflicto interno colombiano y alcanzar la paz con el grupo insurgente de las FARC, de forma duradera y estable, de conformidad con el art. 1° del Acto Legislativo aprobado por el Congreso de la República el 14 de junio de 2012.

El Acto Legislativo busca regular la terminación del conflicto armado dentro del marco constitucional existente y para ello autoriza la creación de mecanismos de justicia transicional que permitan facilitar la desmovilización completa de los grupos armados ilegales, así como garantizar a las víctimas del conflicto armado sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. En su defensa del Acto Legislativo ante la Corte Constitucional, el alto comisionado para la Paz de la República de Colombia destacó que *“este sistema de constitucionalidad no solo permitirá saber quién es el responsable, sino conocer qué pasó, saber la verdad y contribuir a la no repetición”*.

Por 70 votos a favor y 5 en contra, la plenaria aprobó esta norma, en la cual se señaló que una ley posterior regulará cuáles serán los delitos considerados conexos con delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. En esta votación, la plenaria del Congreso negó dos proposiciones de los senadores opositores (Centro Democrático) Juan Carlos Vélez y Juan Lozano, quienes pedían que se excluyeran como delitos conexos a los políti-

cos los crímenes de lesa humanidad y de narcotráfico. Este Acto Legislativo, aprobado por el Congreso, pretende regular la investigación y judicialización de los desmovilizados y fue diseñado especialmente para servir en el desarrollo del posible acuerdo en La Habana.

Según el artículo 1° del Acto Legislativo 1 del 31 de julio de 2012:

“La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será **“Artículo Transitorio 66**. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”.

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.

Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la Comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección.

Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El fiscal general de la nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal.

Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del gobierno nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de

guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección.

En cualquier caso, el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales, como los anteriores, estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley.

Artículo 3° La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 67, así:

“Artículo transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”.

Posición de la fiscal general de la nación

El fiscal general de la nación, Luis Eduardo Montealegre Lynett, planteó que tal como ha ocurrido en otros conflictos del mundo, es imposible para el aparato judicial colombiano (justicia ordinaria) investigar, juzgar y condenar todos los delitos y sus autores. Afirmó que por ello se requieren mecanismos especiales de justicia transicional y la priorización de los delitos graves y de lesa humanidad, que contiene el Marco legal, que establece el enfoque de selectividad para concentrar la acción penal en los máximos responsables.

En escrito allegado a la Corte Constitucional con ocasión de la audiencia pública celebrada dentro del trámite de la demanda contra el Acto Legislativo, el fiscal solicitó a la Corte declarar inexecutable la expresión

“No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política y ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos”,

del art. 67 transitorio de la Constitución, incorporado mediante el art. 3 del Acto Legislativo 1 de 2012, porque consideró desproporcionada la limitación que allí se establece para la participación política de los actores políticos que se desmovilicen como resultado de un eventual acuerdo de paz.

Con base en argumentos contradictorios el fiscal general de la nación solicitó a la Corte Constitucional declarar inexecutable algunos apartes del articulado de la reforma, por considerar que el Congreso sustituía la Constitución Política.

Afirma que el Congreso sustituye a la paz como pilar fundamental de la Constitución.

Afirma que la participación en política por todos los sectores del país, es un elemento esencial para la paz, y negarle el acceso a los insurgentes responsables de crímenes de lesa humanidad, tiene como consecuencia impedir la consecución de una paz estable y duradera.

Agrega que la norma demandada también sustituye el principio democrático de la participación política como elementos definitorios de la Constitución Política, porque prohíbe las vías democráticas a quienes han decidido dejar de utilizar las armas, porque el Acto Legislativo implica la exclusión política de un sector de la sociedad.

Evidentemente la posición del fiscal general revistió gran importancia y constituyó una defensa decidida a los principios liberales democráticos, insistiendo en la necesidad de facilitar por todos los medios a los insurgentes que hagan dejación de las armas, su participación política.

Concepto del procurador general de la nación

Para la opinión pública nacional es bien conocida la posición del procurador general de la nación, de oposición radical al proceso de paz de La Habana, y mucho más a la concesión de todo beneficio judicial o político a la insurgencia armada, ya que el procurador desde el inicio de su primer período al frente del ente de control, ha sido de feroz oposición a cualquier reforma que implique liberalización de la sociedad colombiana o de políticas de tolerancia con los grupos armados en procura de una paz estable y duradera.

En general, el procurador solicitó la declaratoria de inexecutable del marco jurídico para la paz, esgrimiendo en principio que la Corte Constitucional no tenía facultades para realizar un control material o de fondo a la norma; y que la “*modulación o interpretaciones*” que la Corte decía efectuar, se trataba de una modulación que quebranta de nuevo la prohibición de adelantar un control de fondo por parte de la Corte de esta clase de normas.

Según la sentencia de la Corte, el procurador mediante la metodología del test de sustitución, concluyó que la no inclusión del delito de terrorismo implica una sustitución de la Constitución.

Según el concepto del procurador, el Acto Legislativo cuestionado, vulneraba gravemente el denominado bloque de constitucionalidad.

Sobre este particular el procurador expresó:

“Teniendo presente lo anterior, la persecución de las diversas manifestaciones del fenómeno terrorista es una exigencia no solo de índole nacional, sino que supone un compromiso con la comunidad internacional en el entendido que su prevención implica la defensa de miles de vidas humanas, la evitación del sufrimiento y la garantía de los derechos colectivos y la convivencia pacífica” (Concepto del Procurador general de la Nación ante la Corte Constitucional, marzo 5 de 2014).

El procurador general siempre insistió en los compromisos de Colombia ante la comunidad internacional y la posibilidad de que la Corte Penal Internacional pudiera intervenir si se aprobaba el Acto Legislativo y se aplicaba a los insurgentes de las FARC en el contexto del proceso de paz de La Habana.

Posición de la Corte Penal Internacional de Roma

La fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, ha expresado que la justicia internacional no permitirá que haya impunidad total en Colombia en aras de la paz. Sumado a que, los jefes de las FARC tendrán que

pagar cárcel. Según Bensouda, Colombia violaría sus obligaciones frente al derecho internacional en general y frente al Estatuto de Roma (CPI) en particular, si otorga una suspensión total de pena privativa de la libertad a los máximos responsables de las FARC o del Estado de los crímenes más graves, a pesar de que sean juzgados y condenados; para la fiscal Bensouda los máximos responsables de los crímenes más graves tienen que cumplir un mínimo de pena privativa de la libertad.

Sin embargo, todas las investigaciones sobre el alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones y posteriores pronunciamientos de la fiscal de la Corte Penal Internacional, han hecho precisiones que nos permiten columbrar que, por la forma y contenido de todo el proceso de paz de La Habana y de la normatividad que el gobierno ha logrado aprobar en el Congreso, la intervención de la CPI es poco probable e innecesaria.

“De acuerdo con las múltiples fuentes del deber, el Estado colombiano está en la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los crímenes de genocidio, tortura, desaparición forzada, actos de violencia contra la mujer, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y las demás graves violaciones de los derechos humanos” (Uprimny Yepes Rodrigo, 2014, p. 46).

Al no garantizar la verdad, la justicia y la reparación, el proceso de paz no pasaría la evaluación de los tribunales internacionales y se abriría la puerta para una intervención. Esto, porque el marco autoriza al Estado para renunciar a la persecución judicial de varios delitos. Además, según los críticos, la justicia incompleta podría incentivar actuaciones de justicia privada.

“Por otro lado, el Estatuto de Roma admite que, bajo ciertas condiciones, los Estados renuncien a la acción penal frente a crímenes de competencia de la CPI. Así se desprende del artículo 17 (1) (b) que define como uno de los criterios de inadmisibilidad de un asunto el que este “haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no puede realmente hacerlo”.

“Por un lado, es claro que la política de la Fiscalía de la CPI se sustenta en la persecución de los máximos responsables. En este sentido, una fórmula transicional que se concentre en perseguir penalmente a los máximos responsables de las graves violaciones de los derechos humanos podría constituir un factor que des-

alentaría la desactivación de la competencia de la CPI” (Uprimny Yepes Rodrigo, 2014, p. 69-70).

Según la Fiscalía, las medidas adicionales a los procesos penales pueden jugar un papel importante para enfrentar la brecha de impunidad en aquellos casos en los cuales existe una cantidad enorme de posibles responsables (Fiscalía de la Corte Penal Internacional, 2007).

Igualmente, “la imposición de penas alternativas a la prisión no parece ser un factor que activaría la competencia de la CPI” (Ibíd., p. 70).

Decisión de la Corte Constitucional

Sentencia C-577 de 2014

El Acto Legislativo 01 de 2012 o Marco jurídico para la paz fue sometido a un riguroso examen en la Corte Constitucional el pasado 25 de julio, después de que ese instrumento fuese aprobado en el Congreso en junio de 2012 y demandado más tarde por una organización no gubernamental. El fallo de la Corte Constitucional que avaló el Marco para la paz tuvo el voto favorable de siete de los nueve magistrados, excepto de Nilson Pinilla y Mauricio González, después de analizar durante un mes la demanda del director de la Comisión Colombiana de Juristas, Gustavo Gallón, contra ese Acto Legislativo.

A juicio de la Corte Constitucional en las conclusiones de la Sentencia C-577 de 2014; el art. 67 transitorio de la Constitución Política, no sustituye la Constitución, por las siguientes razones:

- a) Resulta acorde con el principio definitorio de participación política inherente al marco jurídico democrático y participativo, tal y como el mismo fue consagrado por el régimen constitucional vigente; y
- b) En tanto, en el caso de los desmovilizados que sean seleccionados y condenados en el marco del proceso de justicia transicional, el art. transitorio 67 tiene como presupuesto el cumplimiento de una serie de condiciones establecidas por el propio Acto Legislativo 1 de 2012, que garantizan que no se eluda el deber de investigar, juzgar y sancionar las graves vulneraciones a los derechos humanos.

Fue por lo anterior que, la Corte Constitucional decidió declarar exequible la reforma contenida en el Acto Legislativo 1 de 2012 y estarse a lo resuelto

en la Sentencia C-579 de 2013 que ya había declarado exequible el inciso cuarto del art. 1º del Acto Legislativo 1 de 2012, que incorporó el art. 66 transitorio de la Constitución Política.

En defensa del marco jurídico para la paz, el gobierno nacional, a través del alto comisionado para la paz, destacó que, *“este sistema de constitucionalidad no solo permitirá saber quién es el responsable, sino conocer qué pasó, saber la verdad y contribuir a la no repetición”*. (Jaramillo/351991-3 Revista semana, artículo-debe sacrificar justicia para tener paz-).

“Es preciso señalar, que en la Sentencia C- 579 de 2013 la Corte, a partir de la demanda formulada, consideró necesario realizar una integración normativa y por consiguiente, revisó el contenido integral del inciso cuarto del artículo 66 transitorio que incorpora el Acto Legislativo 1 de 2012, a la Constitución Política” (Sentencia C-577 de 2014).

“En sentido empírico, la Constitución refleja los factores reales de poder en una sociedad y los límites al ejercicio del mismo impuestos a los gobernantes por el constituyente primario. Para ello, la Constitución tiene un sentido normativo, en tanto establece las reglas, calidades y condiciones para la conformación del constituyente derivado, llamado también poder constituido, además de asignarle la competencia para adelantar reformas a la norma superior.

“Sin embargo, este significado de la Constitución es insuficiente, si no parte de la base según la cual, la Carta Política tiene una finalidad y un propósito definido. Por ello, debe entenderse que la Constitución también tiene un sentido aspiracional. El pueblo de Colombia en 1991, en ejercicio de su soberanía, facultó a una asamblea constituyente para que estableciera en la norma superior, el deber ser, el punto de partida y de llegada para un proyecto de país, adoptando para cada objetivo la cláusula de Estado social de derecho, en que la dignidad se constituye en una máxima de optimización de todos los principios, las reglas, las normas y las tensiones entre estos, al momento de definir el alcance y el contenido de un derecho” (Sentencia C- 577 de 2014).

“La justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos con el objeto de lograr la reconciliación y la paz, realizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y reparación, restablecer la confianza en el Estado y fortalecer la democracia, entre otros importantes valores y principios constitucionales” (Sentencia C-577 de 2014).

En este sentido, la Corte ha entendido que

“la justicia transicional es un sistema o tipo de justicia de características específicas, que debe aplicarse de manera excepcional. La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades. Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)” (Sentencia C- 579 de 2013).

“En razón de la diversidad de fundamentos conceptuales, la justicia transicional busca superar la idea del castigo o de la retribución del victimario como única vía para lograr la realización de justicia; por el contrario, en este escenario se busca destacar la importancia de la reconciliación entre la víctima y el victimario, con particular atención al daño causado a la víctima y a la sociedad, y en la que aquella, por lo mismo, tiene que intervenir dentro del proceso y el resultado restaurativo para asegurar la paz social; todo esto, sin dejar de lado la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, *replantando el concepto de castigo retributivo que no en todas las ocasiones resulta efectivo para el restablecimiento de la convivencia social pacífica*. De esta forma, la justicia transicional, más allá de las diferencias de los enfoques, hace referencia a reparar o compensar el daño infligido tanto a la víctima en particular como a la sociedad en general, contemplando la necesaria consideración del responsable del daño para reincorporarlo en el pacto social” (Sentencia C-577 de 2014).

Jurisdicción especial para la paz

De conformidad con el desarrollo de las conversaciones de paz en La Habana entre la insurgencia de las FARC y el gobierno nacional, se aprobó la creación de una Jurisdicción especial para la paz.

En el comunicado conjunto #60 de la Mesa de Conversaciones: Gobierno/FARC-EP; se explicó en detalles la creación de la Jurisdicción especial para la paz, y del Tribunal para la Paz, su composición y funciones.

Abc sobre la Jurisdicción especial para la paz

1. **Creación y objetivos:** Como producto del Acuerdo Final se creará una Jurisdicción especial para la paz, JEP, que ejerce funciones judiciales y tendrá los siguientes objetivos: Satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; Obtener verdad para la sociedad colombiana; Contribuir a la reparación de las víctimas; Contribuir a luchar contra la impunidad; Otorgar seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado; y Contribuir al logro de una paz estable y duradera.
2. **Competencia de la JEP:** Competencia personal: la JEP tendrá competencia exclusiva respecto de todos quienes hayan participado, de manera directa o indirecta, en el conflicto armado, de manera diferenciada, equitativa, equilibrada, simultánea y simétrica, incluyendo a los miembros de las FARC, los agentes del Estado y terceros que hayan financiado o colaborado con grupos armados, entre otros. Competencia material: la JEP tendrá competencia exclusiva por los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, en particular los más graves y representativos.
3. **Composición:** La JEP contará con salas de justicia y un Tribunal para la Paz, la JEP estará integrada por magistrados principalmente colombianos, sin perjuicio de una participación minoritaria de extranjeros.
4. **Condiciones:** Cualquier tratamiento especial de justicia, en el caso de las FARC-EP, estará condicionado, en primer lugar, al cumplimiento de los acuerdos de dejación de armas y reincorporación a la vida civil, solo podrán acceder al mejor tratamiento especial de justicia, en todos los casos, quienes reconozcan su responsabilidad de manera temprana. En todo caso, cualquier tratamiento especial de justicia estará condicionado también a la contribución y la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición, y la participación de las medidas acordadas.
5. **Tratamiento especial de justicia:** A la terminación de las hostilidades, de acuerdo con el DIH, se otorgará la amnistía o indulto posible por delitos políticos y conexos. Una ley de amnistía precisará el alcance de la con-

xidad para quienes reconozcan su responsabilidad de manera temprana por los delitos más graves. El Tribunal para la Paz impondrá sanciones de restricción efectiva de la libertad de a 5 a 8 años, que permita el cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras, para quienes reconozcan su responsabilidad tardíamente, siempre que sea antes de la sentencia, la sanción será una pena privativa de la libertad de entre 5 y 8 años, en condiciones ordinarias de ejecución. Quienes no reconozcan su responsabilidad y sean declarados culpables por el Tribunal para la Paz, serán condenados a pena privativa de la libertad de hasta 20 años, en condiciones ordinarias de ejecución. La JEP también definirá la situación jurídica de quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, no sean ni amnistiados o indultados ni juzgados por el Tribunal para la Paz. Las sanciones se graduarán teniendo en cuenta el nivel de participación determinante en las conductas más graves y representativas.

6. **Funciones del Tribunal para la Paz:** Juzgar e imponer sanciones a los responsables de los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto armado, en particular los más graves y representativos como los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros. Para quienes reconozcan su responsabilidad: Proferir sentencias fundadas en las conductas reconocidas, una vez contrastadas con las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación y las sentencias judiciales existentes, además de la información que provean las organizaciones de víctimas y de derechos humanos. Para quienes no reconozcan su responsabilidad: Llevar a cabo un juicio contradictorio y proferir las sentencias correspondientes; fijar y verificar las condiciones y modalidades de ejecución de la sanción; y supervisar y certificar el cumplimiento de la sentencia.
7. **Concentración en los casos más graves y representativos:** La JEP deberá concentrarse desde un inicio en los casos más graves y representativos. Para tal efecto, la JEP: Tendrá amplias facultades para organizar sus tareas, integrar comisiones de trabajo, acumular casos semejantes y definir la secuencia en que los abordará, fijará criterios de priorización y selección, graduará las sanciones dependiendo del grado de participación determinante en las conductas más graves y representativas, analizará la

participación determinante y la responsabilidad de mando con base en el criterio de control efectivo de la respectiva conducta.

8. **Sistema integral:** La JEP hará parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición que se está acordando en la Mesa para satisfacer los derechos de las víctimas, terminar el conflicto y alcanzar la paz. En el marco del SVJNR, la condición para recibir cualquier tratamiento especial de justicia será la participación en las medidas de justicia transicional que hemos acordado, como la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad o las acciones concretas de reparación. El acuerdo logrado sobre la JEP no puede entenderse ni definitivamente cerrado, ni aislado del Sistema que estamos comprometidos a construir y que aún no se ha concluido. Continuaremos trabajando para acordar otros mecanismos que nos permitan garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, además de contribuir a garantizar a los colombianos y a las colombianas la no repetición del conflicto².

Sobre las sanciones

Humberto de la Calle, jefe de la Delegación del Gobierno, y Sergio Jaramillo, alto comisionado para la paz, explican los temas fundamentales aprobados en La Habana sobre la Jurisdicción Especial para la Paz, en los siguientes términos:

1. **¿Cómo será el sistema de reclusión? ¿Habrá cárceles bajo vigilancia del INPEC?:**

Depende de cada caso. La Jurisdicción Especial para la Paz contempla un régimen de reclusión diferenciado: i) Para quienes reconozcan su responsabilidad de manera temprana por los delitos más graves, las sanciones serán de restricción efectiva de la libertad de 5 a 8 años. Será un sistema de restricción de la libertad bajo un régimen de vigilancia y control, pero con un grado de flexibilidad que permita el cumplimiento de las funciones reparadoras y restaurativas de las sanciones, como contribuir al desminado o a la sustitución de cultivos; ii) A quienes reconozcan su responsabilidad tardíamente, se les impondrá una sanción que será una pena privativa de la libertad de en-

2 Comunicado conjunto # 60 Mesa de Conversaciones: Gobierno/FARCEP(<http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/la-transición/pages/10-ideas-marco.aspx>).

tre 5 y 8 años, que deberá ser cumplida en el régimen de reclusión ordinario; **iii)** Quienes no reconozcan su responsabilidad y sean declarados culpables por el Tribunal para la Paz, que en todo caso deberán cumplir con las condiciones acordadas, serán condenados a pena privativa de la libertad de hasta 20 años que deberá ser cumplida bajo el régimen de reclusión ordinario; y **iv)** Las sanciones se graduarán teniendo en cuenta el nivel de participación determinante en las conductas más graves y representativas.

2. ¿En qué lugares se cumplirán las penas?:

Las formas de ejecución de las sanciones de restricción efectiva de la libertad, tales como el lugar y las condiciones del régimen no han sido acordadas todavía.

3. ¿Los responsables de delitos atroces serán condenados? ¿Pagaran cárcel?:

Como se dijo antes, habrá una diferenciación al momento de imponer sanciones a partir del reconocimiento de responsabilidad. Los responsables de los casos más graves y representativos cometidos en el contexto y en razón del conflicto que hayan reconocido responsabilidad deberán cumplir una sanción de entre 5 y 8 años de restricción efectiva de la libertad, que será definida por el Tribunal para la Paz. Por su parte, aquellos que no reconozcan responsabilidad o lo hagan tardíamente, deberán cumplir con penas privativas de la libertad en establecimientos carcelarios ordinarios.

4. ¿En qué consiste la sanción de restricción efectiva de la libertad y cuál es la diferencia con la pena privativa de la libertad?:

La pena privativa de la libertad será cumplida en condiciones ordinarias, lo que supone que se cumplirá bajo el régimen carcelario ordinario. Por su parte, las sanciones de restricción efectiva de la libertad suponen un régimen especial de cumplimiento, supeditado a un mecanismo especial de administración, vigilancia y control que permita, a su vez, el cumplimiento de las funciones reparadoras y restaurativas que impondrá el Tribunal para la Paz.

Sobre la relación con la justicia

1. ¿Cuál es la relación de la Jurisdicción Especial para la Paz con la justicia ordinaria?:

De no ser por el trabajo de investigación de la Fiscalía General de la Nación y los procesos y condenas de los órganos de la justicia ordinaria, incluidos los procesos de Justicia y Paz, no hubiera sido posible llegar a este “Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz”. Es gracias a los avances de la justicia ordinaria que resulta posible crear esta jurisdicción.

Si bien el Acuerdo crea una jurisdicción especial, separada de la justicia ordinaria, existe una relación estrecha con la justicia ordinaria y los procesos y condenas existentes. Esta se manifiesta en tres aspectos principales: (i) La JEP partirá de las investigaciones y sentencias de la justicia ordinaria; (ii) En determinados casos el régimen de ejecución de las penas aplicables será el ordinario; (iii) Para los casos en los que no haya reconocimiento de responsabilidad, la investigación y acusación se apoyará en la Fiscalía General de la Nación; y (iv) Se resolverá la situación jurídica de los casos ya juzgados teniendo en cuenta las condenas ya impuestas.

2. ¿Qué pasará con las investigaciones y condenas existentes en la justicia ordinaria?:

Todos quienes hayan participado directa o indirectamente en el conflicto tendrán la oportunidad de reconocer la verdad y responsabilidad frente a los hechos y conductas de conformidad con unos informes de investigaciones y sentencias que, entre otros, presentarán la Fiscalía General de la Nación y la administración de la rama judicial. En este sentido, las investigaciones adelantadas en la justicia ordinaria y las sentencias existentes serán la base de la sentencias impuesta en la JEP.

3. ¿Las decisiones del Tribunal para la Paz pueden ser revisadas o revocadas por la justicia ordinaria?:

El Tribunal para la Paz se ha concebido como el órgano de cierre de la JEP. Esto quiere decir que el Tribunal para la Paz será el competente para conocer y decidir finalmente sobre los recursos contra las decisiones de las distintas salas y secciones de la JEP

Sobre las amnistías o indultos

1. ¿Qué delitos se van a amnistiar o indultar?:

A la terminación de las hostilidades, de acuerdo con el DIH, se otorgará amnistía o indulto para delitos políticos y conexos. En el caso de las guerrillas se amnistiará o indultará el delito de rebelión. Ahora, en desarrollo de esa rebelión se han cometido también otros delitos, como el porte ilegal de armas o las conductas no prohibidas por el DIH, que podrían considerarse delitos conexos. No obstante, de ninguna manera, podrán considerarse conexos al delito político los crímenes de lesa humanidad, el genocidio ni los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves. En todo caso será una ley de amnistía la que determine cuáles serán los delitos amnistiables e indultables, y cuáles los criterios de conexidad.

2. ¿Cómo se va a determinar la conexidad?:

Será una ley de amnistía la que determine cuáles serán los delitos amnistiables e indultables, y cuáles los criterios de conexidad.

¿Quién va a conceder las amnistías o indultos?:

Las amnistías o indultos las concederá una Sala dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz de conformidad con lo establecido por la Ley de Amnistía. En relación con las conductas conexas, la Sala evaluará que se cumplan los criterios de conexidad.

3. ¿Van a estar sujetas a condiciones?:

En primer lugar, el acceso mismo al SIVJNRN está sujeto al cumplimiento de los compromisos derivados del Acuerdo Final, en particular la dejación de armas. En segundo, cualquier tratamiento especial de justicia en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición estará condicionado a la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición. Las condiciones para la concesión de indultos y amnistías se definirán en el Acuerdo Final.

¿Pierden las víctimas los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en los casos en los que los responsables sean amnistiados o indultados?:

De ninguna manera. En primer lugar, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición incorpora mecanismos judiciales y extra-judiciales dirigidos a la satisfacción de los derechos de las víctimas. Por eso se acordó la creación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. Por eso también todas las víctimas del conflicto armado tienen acceso al Programa de Reparación Administrativa, independientemente de los procesos judiciales. Adicionalmente, la Jurisdicción Especial para la Paz administrará justicia, en particular por los delitos más graves y representativos. En todo caso las amnistías o indultos estarán condicionadas al cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo Final, en especial en materia de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Sobre agentes del Estado

¿Los delitos que hayan cometido los agentes del Estado también serán conocidos en la JPE?:

Sí. La eficacia en la materialización de los objetivos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición demanda la participación de todos quienes participaron de manera directa e indirecta en el conflicto armado, incluyendo a los miembros de las FARC y a los agentes del Estado.

El tratamiento para los agentes del Estado podrá ser diferenciado, pero en todo caso deberá ser equitativo y equilibrado y será aplicado de manera simultánea. La participación de todos garantiza al mismo tiempo la satisfacción de los derechos de todas las víctimas, y la seguridad jurídica para quienes cometieron delitos en el contexto y en razón del conflicto.

4. ¿Los agentes del Estado también recibirán amnistías o indultos?:

Como ya se dijo, los agentes del Estado serán sujetos de un tratamiento especial de justicia que será diferenciado, simultáneo, equilibrado y equitativo. Sin embargo, los agentes del Estado no podrán ser amnistiados o indultados porque la Constitución autoriza la aplicación de esta medida a los responsables de los delitos políticos y conexos con estos, y como es obvio los agentes del Estado no cometen este tipo de delitos.

Sobre narcotráfico

¿Se va amnistiar o indultar el narcotráfico?:

Será una ley de amnistía, que deberá ser debatida democráticamente en el Congreso de la República, la que determine cuáles serán los delitos amnistiables e indultables, y cuáles los criterios de conexidad, en particular qué conductas dirigidas a financiar la rebelión pueden considerarse conexas. En todo caso no podrán ser amnistiados ni indultados los delitos que carezcan de relación con la rebelión.

5. ¿Cómo evitar que se beneficie con este acuerdo a narcotraficantes?:

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y en particular la Jurisdicción Especial para la Paz, se aplicarán únicamente a quienes hayan participado de manera directa e indirecta en el conflicto armado. En ese sentido, la Jurisdicción no tendrá competencia por delitos cometidos por fuera del conflicto armado, ni respecto de personas que no hayan tenido un vínculo con este. Específicamente distintas salas de la Jurisdicción tendrán la función de evaluar la relación con el conflicto, de tal forma que se evite el ingreso de “colados” al Sistema. En todo caso, los delitos comunes cometidos fuera del contexto del conflicto armado no serán conocidos por la Jurisdicción Especial para la Paz.

Otras preguntas generales

1. ¿Este acuerdo se aplicará a otros grupos guerrilleros?:

Este acuerdo ha sido suscrito únicamente por la guerrilla de las FARC. Cualquier aplicación de los tratamientos especiales de justicia al ELN dependerá de la firma de un acuerdo en el que se comprometan con la dejación de las armas, la reincorporación a la vida civil, y la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

2. ¿Cuándo va a empezar a funcionar la Jurisdicción Especial para la Paz?:

La Jurisdicción Especial para la Paz se implementará con posterioridad a la firma del Acuerdo Final. La secuencia entre los distintos mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, así como entre estos y la implementación de los demás acuerdos, en particular aquellos relacionados con la dejación de las armas y la reincorporación a la vida

civil, dependerán de lo que se acuerde en el punto 6 de la Agenda (Rueda de prensa, 24 de septiembre de 2015, La Habana, Cuba).

Conclusiones

Se ha podido dilucidar, en forma clara y evidente, que si el modelo de justicia transicional que se aplicará a los insurgentes de las FARC, a partir del denominado *Marco jurídico para la paz* y demás normas que se han aprobado dentro de los acuerdos de paz, cumplen con los estándares mínimos que exige la comunidad internacional, los tratados de derechos humanos y demás pactos que demandan de los estados miembros, será importante cumplir la obligación de perseguir y castigar las graves violaciones a los derechosos.

En el decurso se analizaron las diferentes concepciones relacionadas con el alcance del deber de investigar, juzgar y sancionar los graves y masivos crímenes cometidos durante el conflicto interno colombiano. Las críticas de los opositores al proceso de paz y a la aplicación de un modelo de justicia transicional como el contenido en el Marco jurídico para la paz.

De igual forma, se referenciaron, como punto de partida, los antecedentes normativos contenidos en leyes que regularon procesos con grupos al margen de la ley, como fue el de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) que reguló el proceso con los paramilitares de las AUC.

Destacamos pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la Ley 975 de 2005; así como las agudas críticas presentadas por estudiosos y conocedores de la temática.

En cuanto al eje temático central del Marco jurídico para la paz, esto es, la justicia transicional, explicamos en qué consiste y reseñamos las diferentes definiciones y el contenido de la misma, de cara al conflicto colombiano. De la misma manera, estudiamos el texto del Acto Legislativo 1 de 2012; y las diversas, y muchas veces contradictorias, posiciones planteadas durante el examen de constitucionalidad a que fue sometido el Acto Legislativo por la Corte Constitucional; por representantes de la academia, de organizaciones no gubernamentales, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría, etc.

Y, finalmente, después de estudiar las profundas y serias consideraciones de la Corte, en concordancia con diferentes textos de investigación doc-

trinaria, y de las declaraciones del gobierno nacional y de las FARC, hemos llegado a la conclusión de que la hipótesis correcta es afirmar que el Marco jurídico para la paz, la Jurisdicción Especial para la Paz, cumplen con los estándares internacionales y no dejan espacios para que la Corte Penal Internacional pueda intervenir y desconocer las fórmulas de justicia transicional aplicadas en el caso colombiano; sino que, todo lo contrario, la legislación contenida en el Marco Jurídico, ha sido tan minuciosamente desarrollada; así como también la de los demás instrumentos e instituciones aprobados en el proceso de La Habana; que, indudablemente, constituye un definitivo factor para desalentar la intervención de la CPI.

El modelo de justicia transicional, que se ha construido, ha sido de carácter integral y garantiza los derechos de las víctimas de la mejor manera posible, habiéndose resuelto en forma efectiva y razonable la tensión que se presenta entre el derecho y la aspiración a la paz, por una parte, y los derechos de las víctimas por la otra.

Sobre este particular, las dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional, esto es: C- 579 de 2013 y la 577 de 2014, han explicado suficientemente todas las premisas contenidas en la reforma constitucional aprobada por el Congreso mediante el Acto Legislativo 1 de 2012; a partir de uno de los fines esenciales de nuestra organización política, desde la aprobación de la Constitución de 1991 por la Constituyente, esto es, la **convivencia pacífica**, la paz, que es uno de los primeros objetivos buscados por la comunidad. Fue por eso, al decir de la Corte en la Sentencia aludida que se la denominó: la Constituyente de la paz.

Es por ello, que la Corte consideró que el Acto Legislativo 1 de 2012, no había sustituido ni reemplazado los pilares fundamentales de nuestra Carta Política, que, en esencia constituye un **marco jurídico especial de justicia transicional**, para alcanzar la paz y la reconciliación de los colombianos.

- Audiencia pública trámite de la demanda contra el Acto Legislativo 1 de 2012, escrito del fiscal general de la nación, marzo de (2014).
- Bernal Acevedo, G. (2012). *Forer A. Justicia transicional*. Colección El Saber Penal No. 1, Montería: Universidad del Sinú.

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (3 de agosto de 2004). S/2004/616. Reporte del Secretario General sobre el Estado de derecho y justicia transicional en sociedades en conflicto y posconflicto.
- Concepto del procurador general de la nación ante la Corte Constitucional. (marzo 5 de 2014).
- Conversaciones: Gobierno/FARCEP(<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/la-transición/pages/10-ideas-marco.aspx>).
- De la Calle Lombana, H. y Jaramillo, S. Declaraciones del jefe de la delegación del gobierno y del alto comisionado para la paz.
- Sentencia el 3 de octubre de 2008. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal Rad. 30442. M.P.: Alfredo Gómez Quintero.
- Sentencia del 31 de julio de 2009. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.
- “Justicia Transicional y Justicia Restaurativa, tensiones y complementariedades”, (2006). *Revista Futuros*.
- Naciones Unidas. (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, pp. 6 y 7.
- Moreno Ocampo, L.. (2007). *Transitional justice in ongoing conflicts, the international journal of transitional*, p. 8.
- Sentencia C-579 de 2013. Corte Constitucional M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Reed Hurtado, M. (2009). *El proceso penal de justicia y paz*, pp. 19 y 20.
- Jaramillo, Sergio. Revista semana No.351991-3.
- Minjusticia. (2011). *Revista Justicia Transicional*, p. 11.
- Sentencia C- 577 de 2014. Corte Constitucional. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez
- Teitel, Ruti G. (2003) *Genealogía de la justicia transicional*.
- Socha Salamanca, J.E. (2009). *El proceso penal de justicia y paz*, p. 17.

- Uprimny Yepes, R. (2014). “Alcances y limitaciones del deber de castigar en las transiciones hacia la paz”, *Justicia para la Paz*, De Justicia, p. 46.

DERECHO

PROCESAL CIVIL

EL ACTIVISMO JUDICIAL COMO RESPUESTA A LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO JUDICIAL CIVIL

Juan Francisco Pérez Palomino¹

Resumen

El derecho procesal moderno exige que sus instituciones se adapten a las situaciones económicas, sociales y políticas reales en un contexto determinado, y que obedezca a las directrices del modelo de Estado imperante, pues el derecho en general hace parte de la ideología de la superestructura de un Estado, de ahí que se torne imperioso que en el desarrollo del proceso se respete la dignidad humana, como principio fundante del Estado Social de Derecho adoptado en Colombia por medio de la carta política de 1991. Modelo político antropocéntrico, en el que, reconociendo las profundas desigualdades sociales, plantea un Estado intervencionista en la búsqueda del equilibrio social, y de amainar las consecuencias nefastas de las desigualdades económicas y sociales, exige la presencia de un Juez creador de derecho, que dentro de los cánones constitucionales propugne por una igualdad real de las partes en el proceso, en razón a las profundas desigualdades que en un país como el nuestro se pueden presentar entre las partes en contienda procesal. El activismo judicial con un Juez proactivo en búsqueda de la verdad y de la justicia, dentro del marco constitucional y legal, logrará a la postre no solo un eficientismo, sino una adecuada protección de las garantías reales de las partes, conforme a su particular y especial condición.

¹ Coordinador académico-Sucre. Candidato a magíster. Especialista en derecho penal, legislación de menores y de familia. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo Córdoba. Docente universitario.

Palabras claves

Estado social de derecho, activismo judicial, garantismo procesal, igualdad real, proceso dúctil, carga dinámica de la prueba, pruebas de oficio, medidas cautelares innominadas.

Abstrac

Modern litigation requires its institutions to adapt to economic, social situations and real policies in a given context, and to obey the guidelines of the prevailing state model, since the right in general makes part of the superstructure of a State ideology, hence, it becomes imperative that human dignity is respected in the development of the process as a founding principle of the Social State of law adopted in Colombia through the 1991 political Charter. Anthropocentric political model, in which, recognizing the deep social inequalities, poses an interventionist State in search of social equilibrium, and abate the harmful consequences of the economic and social inequalities, requires the presence of a creator judge's law, which advocates for real equality of the parties in the process, because of deep inequalities in a country like ours can be within the constitutional Modern litigation requires its institutions to adapt to economic, social situations and real policies in a given context, and to obey the guidelines of the prevailing state model, since the right in general makes part of the superstructure of a State ideology, hence, it becomes imperative that human dignity is respected in the development of the process as a founding principle of the Social State of law adopted in Colombia through the 1991 political Charter. Anthropocentric political model, in which, recognizing the deep social inequalities, poses an interventionist State in search of social equilibrium, and abate the harmful consequences of the economic and social inequalities, requires the presence of a creator judge's law, which advocates for real equality of the parties in the process, because of deep inequalities in a country like ours can be within the constitutional cannons. Judicial activism with a proactive judge in search of truth and justice, within the constitutional and legal framework, will be able to eventually not only an efficiency, but adequate protection of the security of the parties, in accordance with their particular and special status.

Keywords

social State of law, judicial activism, procedural do, real equality, ductile process, dynamic loading of the test, trade measures precautionary innominate.

Introducción

Las complejidades de las relaciones humanas modernas exigen respuestas desde el derecho, acordes con la realidad social, y no simplemente desde una estructura jurídica preconcebida, la que idealiza las sociedades y las visualiza de una manera abstracta y general. Este análisis desde lo real hacia lo jurídico, adquiere especial connotación en el derecho procesal, por cuanto es en el proceso en donde se materializa la norma en cada situación concreta y distinta en las que se encuentran inmersas las personas. No por casualidad el Estado Social de Derecho, como nuevo modelo político de Estado, erija a la rama jurisdiccional como el principal de los poderes públicos dada su cercanía en lograr y garantizar en el hombre su dignidad, de ahí que nos encontremos frente a un juez creador de derecho.

Con la expedición de un nuevo código que rige las estructuras procesales de un país, y que aun cuando aspiraba a regular el universo de las diferentes áreas jurisdiccionales por lo que se le denominó “general”, lo cual no le fue posible por haberse expedido otros estatutos procesales para áreas distintas al derecho privado, sí constituye el referente procesal necesario por cuanto el principio de integración lo ubica como fuente supletiva frente a los vacíos de los demás estatutos, se torna imperioso analizar los alcances que el nuevo estatuto le otorga al Juez en su actividad jurisdiccional.

Lo anterior en razón a que, para entender los alcances de las disposiciones procesales de un código, es necesario conocer su ideología, vale decir, cual es el fundamento filosófico en que se inspiró el legislador para desarrollar sus preceptos, teniendo especial importancia la función del juez en su actividad judicial frente a la dicotomía conceptual entre activismo judicial (Mora Restrepo, 2010) y garantismo procesal (Zambiazzo, 2004).

Del análisis de las instituciones procesales consagradas en el Código, así como de las facultades que la ley le otorga al Juez en su función jurisdiccional se podrá inferir la posición filosófica que el legislador colombiano le

imprimió al nuevo estatuto procesal, así como las potestades participativas y discrecionales para crear derecho (Bulygin, 2005) o las restricciones que el juez pudiera tener en ejercicio de su labor jurisdiccional. Pero necesario es previamente al estudio normativo, tener en cuenta el marco económico, político y social en el que se expidió el código, toda vez que el derecho es una expresión de la superestructura de un Estado, resultado de su base económica y de sus relaciones sociales, por lo que, a no dudarlo, los modelos políticos de Estado repercuten necesariamente en la forma de concebir el derecho en general, y el proceso judicial en particular (Tarazona Navas, 2002).

El Estado liberal para poner fin a la hegemonía monárquica absolutista de un Estado dominador absoluto de la economía, y por ende protagonista principal en las relaciones económicas, políticas, jurídicas y sociales, adoptó un Estado gendarme que se mantuviera al margen de las relaciones económicas, un Estado no interventor descrito con el aforismo leseferiano de “laissez faire laissez passer” “dejad hacer, dejad pasar” (Silva Colmenares, 1991), acorde con el cambio de la economía en donde la fuente de producción principal dejó de ser la tierra, para serlo el comercio en la obtención del capital, en el que las relaciones sociales de producción están dadas entre el trabajador y la burguesía, traducidas en relaciones obrero – patronales. En un Estado así, el juez, como representante del Estado en su función jurisdiccional, también debía ser un “juez leseferiano”, en el sentido de no ser interventor en el debate procesal, sino simplemente un tercero garante de las reglas del debate, y que le diera la razón a quien resultara vencedor en esa relación dialógica por la disputa de los derechos. Es el juez apropiado para ese modelo de Estado.

Las contradicciones intrínsecas del Estado liberal, así como la negación de sus propios ideales entre sí, por la misma dialéctica de su economía, en el que la desmedida libertad económica, bastión del Estado liberal, terminó por socavar otra de sus banderas, como lo es la igualdad, en razón a que los monopolios, resultado ineludible de las absolutas libertades económicas, generó la más abismal de las desigualdades entre los hombres, en relación con el eje de la base económica de ese Estado, como es el capital. Contradicciones que jalaron la urgente toma de medidas que buscaran frenar, o por lo menos amainar, la más aberrante desigualdad de clases sociales, que llevó a los estados a reconocer la desigualdad y, por ende, la necesidad de

intervenir en la economía, en búsqueda de la igualdad social. La economía produjo la creación del Estado de Bienestar, preludio de la organización jurídica del futuro Estado, gestado por la necesidad de conjurar la crisis social: Los estados sociales.

Este nuevo modelo político de Estado, que sigue siendo un Estado de derecho, al igual que en el Estado liberal, tiene como eje central el componente social que lo caracteriza, por lo que sus postulados deben ir orientados a la satisfacción de los intereses sociales, en especial de la población vulnerable, bajo el entendido de que no estamos todos en igualdad de condiciones, de ahí que no es casual que los principios fundantes de este nuevo modelo de Estado, sea el logro del respeto de la dignidad humana y el principio de solidaridad.

Marco constitucional.

Colombia adoptó en 1991 un modelo político de Estado social de derecho, adoptando valores y principio propios de este modelo, que necesariamente deben repercutir en la forma de pensar y diseñar el derecho, y dentro del el proceso jurisdiccional, toda vez que la función de juez en un Estado social de derecho dista mucho de la función que desempeña en un Estado de derecho (Gómez Isaza, 1999).

Con el advenimiento del Estado social de derecho, la férrea legalidad del Estado liberal, le abre paso a la humanización del derecho, basado en el principio pro homine epicentro de la normatividad y de las decisiones judiciales. Es indudable el cambio de paradigma en la concepción del derecho en el paso del Estado de derecho al Estado social de derecho, pues de un derecho formalista, estático, positivista, apegado a los textos legales, en donde el juez es “la boca del legislador” por donde se pronuncian las palabras de la ley, debe pasarse a un derecho dinámico, acorde con la realidad social, en donde la forma cede terreno frente a los derechos de las personas, en el que el juez administra justicia no solo con la ley, sino especialmente con las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad, y desde donde se convierte en ciertos casos en creador de derecho, toda vez que hoy por hoy no es la boca, sino “el cerebro de la ley” (Dworkin, 1984).

Dentro del marco de un Estado social de derecho, son principios fundantes el respeto a la dignidad humana y la solidaridad, los que se erigen como portaestandarte del nuevo Estado, como se señala entre nosotros en el artículo primero constitucional. La consagración de los derechos fundamentales individuales, los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos colectivos, y las acciones constitucionales para protegerlos, dan cuenta de este nuevo modelo político de Estado. La creación de la Corte Constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción, y como adalid de la defensa de los derechos fundamentales individuales de las personas, vislumbran, junto con la consagración constitucional del bloque de constitucionalidad, como un cerco protector del individuo, y permiten afirmar la adopción de este nuevo modelo político de Estado, en que todo el derecho se constitucionalizó, y en especial el derecho procesal, en razón a que el proceso debido se elevó a la categoría de derecho fundamental individual.

En el artículo 13 constitucional el Estado colombiano reconoce que los desequilibrios económicos y sociales, no permiten la existencia de una igualdad entre sus habitantes, no somos iguales, por lo que se hace una declaración de aceptación de la desigualdad y un llamado al Estado para propender porque la igualdad sea real, y para adoptar medidas en favor de grupos discriminados. Lo que necesariamente se logra con un Estado interventor.

En un Estado social de derecho, el formalismo legal cede terreno frente a la realidad social, y los órganos de representación popular ya desgastados ceden terreno frente a la actividad dinámica de quien debe asumir su función social de materializar y hacer respetar los derechos de las personas, en la búsqueda de su dignidad, y de hacer respetar los deberes conforme a su rol social, en claro desarrollo del principio de solidaridad. La ley continúa siendo la fuente del derecho, pero su aplicación no se hace en forma irreflexiva, sino que al juez le corresponde administrar justicia no exclusivamente con el texto legal, sino con todo el bloque de constitucionalidad, dentro de un contexto de realidad social determinada, conforme a lo que se ha denominado un derecho dúctil (Zagrebel'sky, 2005)

El nuevo Estado exige la presencia de un nuevo juez, de un operador judicial que vivifique la norma en cada uno de los asuntos sometidos a su conocimiento, con el faro orientador de la principalística garantizadora de los de-

rechos humanos. El juez de este nuevo Estado, debido a las desigualdades sociales y humanas deberá dejar de ser un espectador del debate procesal entre las partes en conflicto, para convertirse en un verdadero director del proceso, actante y proactivo garante de la igualdad real, y en búsqueda de la verdad, para adoptar decisiones justas.

Tradicionalmente, en el diseño de los procesos jurisdiccionales la literalidad de las leyes ha jugado un papel mucho más importante que su espíritu. El debido proceso incluso desde la misma constitución, está concebido como un producto legislado, que requiere normas positivas que lo desarrollen. Sin embargo, en un país donde es usual que los abogados cuelguen su alma de un inciso, la naturaleza legislada del derecho procesal supone más de un reto. Las prácticas procesales han favorecido en muchos casos a quien se vale de artimañas para dilatar los procesos y eludir decisiones justas. Un proceso mal diseñado será siempre guarida de picapleitos, que se esforzarán en convertirlo en laberinto de ardides, artimañas y estratagemas. El CGP dentro de la libertad de configuración legislativa, trató de diseñar un proceso que nos permita salirle al paso al excesivo procedimentalismo, y se erija como un instrumento que permita la efectiva materialización del derecho sustancial, y la obtención de una pronta y cumplida justicia. Por supuesto que no es fácil el cambio de paradigma, pues ha hecho carrera lo que podríamos sintetizar en la expresión de que “más vale artículo en mano, que mil *carneluttis* volando”. De ahí que, nuestro reto sea grande.

Para entender los alcances de las disposiciones procesales de un código, es necesario conocer su ideología, vale decir, cuál es el fundamento filosófico en que se inspiró el legislador para desarrollar sus preceptos, teniendo especial importancia la función del juez en su actividad judicial frente a la dicotomía conceptual entre activismo judicial que busca la eficacia del derecho material y la auto llamada escuela del garantismo procesal.

Estas dos posturas se presentan por la aparición de dos fenómenos que surgieron en el siglo XX y que repercutieron en el derecho procesal:

1. La “publicización” o “socialización del proceso”, consistente en que a pesar de la marcada caracterización del sistema dispositivo del proceso civil, se han incrementado las facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo, pasa a ocupar una posición acti-

va en el proceso, todo ello en la medida en que tiene asignada la función pública de administrar justicia.

2. la “constitucionalización de las garantías procesales”, que propende por el respeto de las garantías de las partes, y que ellas pueden verse afectadas por la intervención del juez.

Estos dos fenómenos han polarizado las posturas. Activistas los que en aras de la eficacia del proceso atribuyen al juez facultades de intervención. Y garantistas, los que le niegan toda facultad material de dirección al juez, centrando en las partes el protagonismo del debate procesal.

Si bien es cierto, que el Estado social de derecho, exige la presencia de un nuevo juez, de un juez creador de derecho, distinto del juez del liberalismo pasivo, áulico de la ley, “la boca del legislador”, se requiere de un juez proactivo, tampoco menos cierto es que el juez sea libre, por cuanto continua atado a la ley, pues el estado social continúa siendo un Estado de derecho, y solo puede separarse de ella por vulneración o no armonía de la ley con los valores, principios o garantías constitucionales, toda vez que el principio de legalidad se encuentra permeado por el principio de constitucionalidad.

El juez proactivo del Estado social de derecho, no puede confundirse con el juez por el que propende la escuela del realismo, o el de la escuela del derecho libre de Kantorovich, sino del juez constitucional que debe aplicar la ley bajo el faro orientador de las garantías constitucionales. Pues un juez libre, con la posibilidad de aplicar criterios subjetivos, puede llevarnos al reino de la arbitrariedad.

Desde luego que no se deben adoptar posturas radicales, sino adoptar una solución o postura intermedia, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial efectiva y más justa posible. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez.

Por ello el debate garantismo – activismo no debe plantearse en términos de prevalencia, sino de armonización, en el sentido que la actividad proactiva del juez en un proceso de desigualdades propenda por la igualdad real,

pero siempre respetando las garantías procesales y constitucionales de las partes, y para ello el juez debe siempre hacer una lectura garantista de las normas procesales en orden a obtener la máxima eficacia de las mismas, lo cual no es incompatible con la atribución de cierta confirmación probatoria en búsqueda de la verdad, así como el control de la buena fe procesal de las partes, y la prevalencia del derecho material.

Este marco general permite que el derecho procesal tenga una dimensión distinta, pues no es solo una ritualidad vacía llena de formalismos y de exigencias que tornan aún más difícil y esquivo el derecho sustancial pretendido, sino que sin dejar de ser una garantía para el justiciable, la cual debe ser el juez garante de su realización y respeto, debe estar permeada con su finalidad, como es la materialización de los derechos sustanciales, pues el proceso no tiene un fin en sí mismo, sino que por su carácter instrumental persigue la efectividad de los derechos sustanciales.

Lo cual significa que el juez tiene cierto margen de discrecionalidad racional y objetiva en la aplicación de la ley procesal en atención a la finalidad constitucional de la misma, frente a la cual sucumbe el formalismo exagerado, innecesario y paralizante, que torna lento el proceso y alejada la decisión judicial de una pronta y verdadera justicia.

El activismo judicial.

Uno de los propósitos del Código General del Proceso, señalado en su exposición de motivos, es precisamente el ajustar el proceso a los postulados y principios de la Constitución Política de Colombia de 1991 que adoptó el Estado social de derecho, toda vez que el Código de Procedimiento Civil se expidió en el año de 1970 y obedecía a los derroteros de la Constitución de 1886, de corte liberal y con una clara tendencia a un Estado de Derecho. De ahí que el primero de los 12 propósitos que se trazó la Comisión Redactora del Código es el de “La armonización de las instituciones procesales con la Constitución Política de 1991 que dispone la prevalencia del derecho sustancial y la protección de los derechos fundamentales.”

Como quiera que el carácter social es el componente principal que deben tener todas las instituciones en este nuevo Estado, en el escenario judicial, dada la innegable desigualdad de las personas que fungen como partes, el

juez, como representante del Estado, debe marcar activo acento en su actuación, en búsqueda de la verdad real, que exige el canon constitucional, antes señalado. Mandato imperativo erigido a derecho fundamental individual que debió ser acogido por el legislador, por lo que en las disposiciones generales del título preliminar del Código en el art. 4° bajo el rótulo de “igualdad de las partes” ya no se señala, exclusivamente como en el pasado, el romántico pero irreal postulado de que las partes son iguales en el proceso a quienes se les debe dispensar el mismo trato, sino que se le indica el juez que como garante de la juridicidad y en representación del Estado debe lograr la **igualdad real** de las partes.

Disposición normativa esta, que entraña no solo el reconocimiento de que las partes no siempre son iguales, y que en tal virtud, el juez está llamado a propender porque en efecto se establezca esa igualdad, usando los poderes que el Código le otorga, lo que indudablemente no se puede lograr con un juez inerte, no interventor, que se limite a “garantizar” las reglas preestablecidas del debate, y que concluido el mismo levante la mano al triunfador, sino que se requiere de un juez proactivo que al intervenir durante el procesamiento, debe lograr garantizar realmente una igualdad entre quienes no lo son, para que dentro de la diferencia, se obtenga una verdadera igualdad.

Indudablemente que lo ideal en un proceso es que las partes ejerzan su rol de partes, y el juez no invada su órbita, y que solo se limite a analizar el debate protagonizado por los adversarios, de cuya actuación dialógica y dialéctica saldrá el vencedor, que es lo que pregona el “garantismo procesal”. Pero ese ideal solo se logra en una sociedad en donde existan ciertos parámetros igualitarios entre las personas, pero en sociedades en donde las desigualdades son aberrantes, es ilusorio, y por demás pueril, pensar que somos iguales, por lo que en veces los procesos judiciales, que no son otra cosa, sino los conflictos de la realidad en que vivimos, no se presentan entre iguales, sino entre desiguales, y para que se garanticen las reglas de un debate equiparable entre verdaderos adversarios, se torna imperioso que el juez utilice sus poderes para lograr una relativa igualdad real de oportunidades procesales.

No significa desde luego que el juez se vaya a convertir en parte, sino que la ley le debe otorgar al juez cierto margen de flexibilidad racional en la aplicación de algunas reglas procesales, así como cierta discrecionalidad durante

el desarrollo del proceso y en la toma de decisiones. No existe nada más abominable que un Estado en donde no estén dadas las reglas procesales, y que el juez las acomode a su antojo, pues no se sabe si es peor el gobierno de los jueces que la tiranía del legislador.

Ahora bien, el activismo judicial no propugna por un juez omnímodo e ilimitado en su proceder, con poderes absolutos, pues su actuar debe obedecer a parámetros objetivos de racionalidad y objetividad definidas y orientadas por la constitución, la ley y los precedentes judiciales. El juez no debe ser un convidado de piedra, pues ya hace muchos siglos que el aforismo “*dura lex sed lex*” dejó de regir, y el juez borrego del legislador, en donde solo era la boca del legislador por donde se pronunciaban las palabras de la ley, es propio de otro modelo político ya superado por la humanidad, por lo que el juez siendo el cerebro de la ley, como lo señaló DWORKIN, debe tener espacios de discrecionalidad, pero racional, objetiva fundada y argumentada, y solo de cara al cumplimiento de los fines del Estado, y en manera alguna a favorecer intereses personales de las partes, y muchísimo menos, satisfacer intereses propios (Sierra Ospina, 2006).

Desde la óptica constitucional de preservar la igualdad real, pero también el proceso debido, pues ambos constituyen derechos fundamentales, el juez está para garantizar los derechos procesales de todos en condiciones de igualdad y para ello debe intervenir cuando sea necesaria su actuación para que dicha igualdad sea real.

Figuras procesales que permiten la participación proactiva del juez

El Código General del Proceso, consecuente con su propósito de armonizar las instituciones procesales con los postulados, valores y principios constitucionales del nuevo modelo político de Estado adoptado en 1991, otorga cierto margen de discrecionalidad al juez durante el desarrollo del proceso, y basado en el principio de confianza en el juez se diseñó un proceso en que debe existir un **juez interventor**, un **juez proactivo** garante no solo de los **derechos y garantías procesales** de las partes sino además de lograr la **efectividad de los derechos sustanciales** pretendidos por ellas, dentro de un marco de **igualdad real** y dentro de un **plazo razonable**.

Lo anterior, lo podemos extraer de la lectura sistemática de las disposiciones generales que integran el título preliminar del estatuto, especialmente las siguientes:

“Artículo 2°. Acceso a la justicia. Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.” (subrayado fuera de texto)

“Artículo 4°. Igualdad de las partes. El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes.” (subrayado fuera de texto)

“Artículo 7°. Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.” (subrayado fuera de texto)

“Artículo 8°. Iniciación e impulso de los procesos. Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio. Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos si es ocasionada por negligencia suya.” (subrayado fuera de texto)

“Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.” (subrayado fuera de texto)

“Artículo 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.” (subrayado fuera de texto)

Este marco general permite que el derecho procesal tenga una dimensión distinta, pues no es solo una ritualidad vacía llena de formalismos y de exigencias que tornan aún más difícil y esquivo el derecho sustancial pretendido, sino que sin dejar de ser una garantía para el justiciable, la cual debe ser el juez garante de su realización y respeto, debe estar permeada con su finalidad, como es la materialización de los derechos sustanciales, pues el proceso no tiene un fin en sí mismo, sino que por su carácter instrumental persigue la efectividad de los derechos sustanciales.

De manera que el cumplimiento de las formalidades procesales no lo constituye el culto a la forma por la forma, sino el cumplimiento de la forma por el respeto de la garantía que subyace en la disposición normativa que pretende proteger. De ahí que la nueva codificación exprese que en la interpretación de las normas procesales deben tenerse en cuenta los principios constitucionales, la igualdad real de las partes y los demás derechos fundamentales, y que además el juez se abstendrá de exigir y cumplir formalidades innecesarias. Lo cual significa que el juez tiene cierto margen de discrecionalidad racional y objetiva en la aplicación de la ley procesal en atención a la finalidad constitucional de la misma, frente a la cual sucumbe el formalismo exagerado, innecesario y paralizante, que torna lento el proceso y aleja la decisión judicial de una pronta y verdadera justicia.

Así mismo, se indica que frente a los vacíos legislativos el juez determinará la forma de realización de los actos procesales con observancia de los principios constitucionales, de los principios generales del derecho procesal, siempre en procura de hacer efectivo el derecho sustancial.

Estas disposiciones generales del título preliminar del Código a manera de directrices procesales permiten, a mi juicio, cierto margen de discrecionalidad del juez en los siguientes institutos procesales

1. Posibilidad legal de variar los procedimientos

El Código General del Proceso consecuente con las directrices constitucionales ya esbozadas, sin rendirle culto al formalismo exagerado, diseñó un proceso no tan rígido como el que traíamos en el Código de Procedimiento Civil, sino que lo hizo mucho más flexible, el cual puede ser ajustado por el juez, en búsqueda de la aplicación del derecho sustancial, que es su finalidad. Lo cual significa que no estamos frente a un proceso rígido, impertérrito con estructuras pétreas que eventualmente pueden terminar sacrificando el postulado constitucional de lograr una justicia pronta y eficaz, sino frente a un proceso que puede ajustarse a los requerimientos del derecho sustancial, con estructuras elásticas en el que las formas, por su puesto previas y fijadas por el legislador, cumplen la función de servirle de garantía a las partes, pero que en un momento determinado pueden acomodarse a los requerimientos de la cuestión litigiosa. En este escenario jugará un papel preponderante la discrecionalidad racional del juez para adaptar el procedimiento en la búsqueda del derecho sustancial, sin lesionar las garantías del debido proceso a ninguno de los justiciables. Estamos frente a lo que acertadamente denominó el profesor Marco Antonio Álvarez proceso dúctil (Álvarez Gómez, 2015).

Es dúctil un proceso que puede pasar de ejecutivo a verbal cuando el juez revoca el mandamiento ejecutivo por ausencia de los requisitos del título ejecutivo y el demandante pueda presentar demanda para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, cuyo auto admisorio se notificará por estado a quien ya estuviere vinculado; o pasar de monitorio a verbal en el evento en el que el demandado se oponga a la demanda, automáticamente se transforma en un proceso declarativo; o transformarse de monitorio a ejecutivo si, por el contrario, el demandado no presenta oposición, el juez dictará demanda y, acto seguido, sin mayores formalismos, adelantará la ejecución.

Es dúctil un proceso cuando la ley permite al juez transformar una audiencia inicial en una audiencia de instrucción y juzgamiento, decretando las pruebas en el mismo auto que fija fecha citando para la audiencia inicial, en la cual se practicarán las mismas, se escucharán los alegatos de las partes y se dictará sentencia, todo ello con la finalidad de materializar la tutela judicial efectiva y una pronta y cumplida justicia.

También existe manifestación de un proceso dúctil, cuando la ley autoriza a un juzgador a convertir la diligencia de inspección judicial en audiencia de instrucción y juzgamiento; o en las que les permite dictar sentencias anticipadas o fallo parcial; o en la que posibilita distribuir la carga de la prueba entre las partes, para citar algunos ejemplos que se incluyeron en el CGP.

2. La distribución de la carga de la prueba

El concepto de carga de la prueba, como una especie de la carga procesal, se diseñó bajo la concepción de un proceso de partes igualitarias, por lo que en la evolución de su concepto hasta llegar a Antonio Micheli se pensó en que el legislador determinaba la parte a quien incumbía probar, llegando a la fórmula planteada por el connotado procesalista italiano, de que ambas partes probaban, y cada una de ellas referente a los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos pretendían en el proceso.

Las desigualdades entre las partes fueron generando excepciones a esta regla general, invirtiendo la carga de la prueba, pero con el agravante de que dicha inversión se indicaba en la sentencia, sorprendiendo a la parte cuyas reglas de juego señaladas en la ley no le correspondía probar, y al invertírsele la carga de la prueba ya en el momento de la decisión, resulta condenada por no haber probado lo que no sabía que debía probar, con una clara vulneración de su derecho a la defensa. Razón por la cual se ideó el concepto de **cargas dinámicas de las pruebas** en las que el juez, y no el legislador, debe determinar en cada caso concreto a quien le corresponde probar determinado hecho, todo lo cual debe hacerse en el momento en que ordena la prueba, durante la práctica de ellas o antes de fallar, para no sorprender a ninguna de las partes. (art. 167).

La disposición normativa le otorga al juez la discrecionalidad de variar la carga de la prueba conforme a la fórmula clásica consagrada en el inciso primero de la misma disposición, bien sea en forma oficiosa o por petición de parte, cuando la parte a quien no le corresponde probar conforme a la ley, está en **situación más favorable de aportar las evidencias**.

Carga dinámica cuya decisión se le entrega a la discrecionalidad del juez, en claro desarrollo de los principios de igualdad material, y de solidaridad, constitucionalmente consagrados como principios del Estado social de de-

recho. Discrecionalidad dirigida por el legislador al señalar por vía ejemplificativa los eventos en los que una parte se encuentra en **situación más favorable de aportar las evidencias**, vale decir, que se considera estar en **mejor posición para probar**. Tales eventos son:

- a) La cercanía con el material probatorio,
- b) Tener en su poder el objeto de prueba,
- c) Por circunstancias técnicas especiales
- d) Haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio
- e) Por estado de indefensión o de incapacidad de la contraparte.

Criterios objetivos que le permitirán al juez distribuir la carga de la prueba, descritos por el legislador por vía enunciativa y nunca taxativa, para que en cada caso concreto el juez, y teniendo en cuenta los parámetros constitucionales propios de un Estado social de derecho, distribuya equitativamente según sus posibilidades, las cargas probatorias entre las partes.

Sin lugar a dudas, en esta labor, el juez debe hacer uso racional y objetivo de su discrecionalidad, pues de obrar de manera arbitraria, lesionaría los derechos de las partes, y atentaría contra el equilibrio procesal.

En claro desarrollo del principio de contradicción, y previendo que las partes no sean sorprendidas con la distribución de las cargas probatorias, esta distribución debe hacerse mediante auto, el cual es susceptible de recurso, y además consagra el otorgamiento de un término prudencial para el aporte de la prueba, a quien se le haya otorgado la carga para hacerlo, y siempre sometido a la contradicción de la prueba (art. 167 inciso tercero).

3. Decretar pruebas de oficio

En un Estado social de derecho, el formalismo legal cede terreno frente a la realidad social, y los órganos de representación popular ya desgastados ceden terreno frente a la función protagónica de un funcionario que, sin ser democrático, tiene por función esencial la de vivificar en los individuos los derechos y garantías fundamentales para que se desarrollen como personas.

Es el juez, el encargado en cada caso particular de impartir justicia, no a través de una ciencia estática, normativa y rígida, sino a través de una disciplina dinámica en la que el juez, en la búsqueda de la verdad a través del proceso, consulta no solamente las disposiciones legales sino, además, los criterios de justicia para respetar las garantías humanas de todos los sujetos procesales.

Este nuevo Estado exigirá entonces la presencia de un nuevo juez, de un operador judicial que vivifique la norma en cada uno de los asuntos sometidos a su conocimiento, con el faro orientador de la principalística garantizadora de los derechos humanos. El juez dejará de ser un juez espectador del debate procesal entre las partes, dejará de ser un simple fallador, para convertirse en un verdadero director del proceso, en el que tenga una verdadera aplicación el principio de impulsión oficiosa de los procesos, abriendo paso así a la figura del *juez tropos*.

Este nuevo juez es producto de una visión humanista del derecho, en la que no se hace énfasis en su condición normativa, sino que, admitiendo la innegable necesidad de la existencia de la norma, el énfasis se hace es en su connotación humana y social.

En este orden ideas, el proceso jurisdiccional tiene una finalidad especial, cual es la de obtener una decisión judicial que responda a la realidad de los hechos, consultando criterios de justicia en la búsqueda de la dignificación del hombre y del respeto por sus garantías. No es, pues, llegar a una decisión de cualquier manera, lo cual parecía ser el esquema pretérito que obedecía a una concepción filosófica del momento, como era el axioma de que el fin justifica los medios; sino la de llegar a una decisión mediante el respeto de las garantías procesales, pues si bien es importante la decisión, en cuanto que a ella se llegue por las vías legales, respetando los principios del proceso debido y manteniendo incólumes las garantías constitucionales y legales de los justiciables, bajo una visión filosófica moderna el fin no puede justificar los medios, sino que los medios legitiman el fin.

El proceso mismo es, pues, una garantía que se traduce en un megaprincipio como es el proceso debido, en el que convergen todos los demás principios, permitiendo un adecuado procesamiento de las pretensiones en la búsqueda de una decisión justa, acorde con la realidad probatoria, la que debe pro-

pende por acercarse a la veracidad de los hechos que han sido sometidos a la jurisdicción del Estado.

El proceso no es un simple instrumento de solución de conflictos intersubjetivos de intereses, pues si bien contribuye a solucionar dichos conflictos, el proceso es, además, una institución democrática en la que se reconstruyen hechos pasados para que un juez de la República, investido de jurisdicción aplique las normas sustantivas a casos concretos con criterios de justicia y equidad. El proceso no puede servir para que el juez decida de cualquier manera un conflicto, pues el proceso tiene reglas, parámetros y formas que permiten acercarse a la verdad de los hechos que han sido puestos a su conocimiento. El proceso jurisdiccional es la vía civilizada que las personas tienen para conocer la verdad de los acontecimientos con relevancia jurídica, y la vía expedita para respetar, reivindicar u obtener sus derechos. El proceso se erige como un instrumento de paz en la medida en que a través de él se descubra la verdad (Parra Quijano, 2004).

Pensar que se puede proveer sin verdad, es decir, concebir que la finalidad del proceso no sea la búsqueda de la verdad, es equivalente a pretender expulsar la justicia del derecho, como equivocadamente lo hizo el positivismo jurídico. Los criterios de justicia le otorgan legitimidad a las normas jurídicas, y las decisiones judiciales en cuanto normas individuales, solo adquirirán legitimidad en sus destinatarios, en la medida en que sean adoptadas sobre criterios de verdad procesados y obtenidos a través de un proceso jurisdiccional. No existe peor injusticia que una decisión judicial adoptada en un proceso que no consulte la verdad de los acontecimientos objeto del litigio (Parra Quijano, 2002).

Se cuestiona si el juez puede llegar a la verdad a través de un proceso, pues hay quienes afirman que el problema de la verdad es un asunto filosófico que no le compete al juez, toda vez que conforme a su visión es imposible teórica y prácticamente llegar a la verdad (Alvarado Velloso, 2004).

Si se piensa no en la verdad absoluta, como un enigma filosófico, por supuesto que el proceso no es el escenario natural para buscarla. Pero cuando se piensa en la verdad de unos hechos determinados y concretos dentro de unos límites temporo-espaciales, con relevancia jurídica, la verdad se erige

como la finalidad del proceso jurisdiccional, para que sus decisiones aspiren a ser justas.

Para ello, el juez no puede estar a merced de la “verdad” que las partes le lleven, pues cada parte tiene el interés de mostrar lo que es de su interés, será entonces una “verdad sesgada”, por lo que debe tener la posibilidad de verificar la veracidad de dichas alegaciones a través de la prueba de oficio.

Por supuesto que no se trata de que el juez suplante a las partes en su labor probatoria, sino que se trata de la verificación de las alegaciones de las partes como señala la ley, en pro de la verdad real, de ahí que el juez deba ser muy cuidadoso, objetivo y racional en la aplicación de la facultad probatoria oficiosa (Ramírez Carvajal, 2006).

El Código General del Proceso consecuente con su visión filosófica de un juez garante de la igualdad real, mantiene la figura de la prueba de oficio que traía en el Código de Procedimiento Civil, indicando incluso que es un deber del juez cuando ello sea necesario para esclarecer los hechos objeto de controversia.

Dos son las disposiciones normativas que señalan esta institución:

“ARTÍCULO 169. PRUEBA DE OFICIO YA PETICIÓN DE PARTE. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.” (subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 170. DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBA DE OFICIO. El juez debe decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.” (subrayado fuera de texto)

4. Interrogatorio de las partes

El interrogatorio de parte fue entendido como un medio de prueba de parte, en el sentido de que una parte solicitaba el interrogatorio de la otra parte, en especial con la finalidad de obtener la confesión, a punto que solo era considerado medio de prueba cuando se lograba esta finalidad. Es decir, cuando la parte confesaba, de lo contrario, no era considerado como medio de prueba autónomo la declaración de parte.

El Código General del Proceso le da entidad propia a la declaración de parte como medio de prueba, bajo el entendido que el dicho de la parte aun cuando no contenga hechos que le perjudican, es importante para reconstruir probatoriamente los hechos objeto del proceso. El recipiendario natural de la verdad son las propias partes, por lo que el juez debe auscultar en él la forma en que ocurrieron los hechos, a través de un exhaustivo interrogatorio. Por esta razón, se estimó que el dicho de las partes le permitirá al juez tener un conocimiento de los hechos desde la fuente directa de los mismos, como son las partes, y por ello se diseñó la obligatoriedad que en los procesos orales el juez interrogará exhaustivamente a las partes.

De ahí que se pueda sostener que el interrogatorio de parte no es ya exclusivamente el instrumento de parte para que una interroga a la otra en búsqueda de la confesión, sino que, sin dejar de serlo, el juez, para un mejor conocimiento de la situación fáctica, debe proceder a interrogar a las partes, en búsqueda de la verdad de los hechos respecto de los cuales debe decidir.

El artículo 372 numeral 7 establece el interrogatorio oficioso por parte del juez en la audiencia inicial. Veamos:

“ARTÍCULO 372. Audiencia inicial. El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

(...)

7. Interrogatorio de las partes, práctica de otras pruebas y fijación del litigio. Los interrogatorios de las partes se practicarán en la audiencia inicial.

El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo.

El juez podrá decretar y practicar en esta audiencia las demás pruebas que le resulte posible, siempre y cuando estén presentes las partes.

A continuación el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados.” (subrayado fuera de texto)

5. Careo si el juez lo estima necesario

Como quiera que la posibilidad de enfrentamiento entre las partes, o entre una parte y un testigo, o entre testigos, solo puede vislumbrarse luego de la recepción del interrogatorio de parte, o de que los testigos hayan declarado, el careo se ordena oficiosamente a discrecionalidad del funcionario judicial, lo cual ya venía regulado de dicha forma en el Código de Procedimiento Civil en los arts. 202 y 230 de dicho estatuto.

El Código General del Proceso lo regula en la siguiente forma:

“Artículo 198. Interrogatorio de las partes. (...)

(...)

(...)

El juez, de oficio, podrá decretar careos entre las partes.”

“Artículo 223. Careos. El juez, si lo considera conveniente, podrá ordenar careos de las partes entre sí, de los testigos entre sí y de estos con las partes, cuando advierta contradicción.” (subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 372. Audiencia inicial. El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

(...)

7. Interrogatorio de las partes, práctica de otras pruebas y fijación del litigio. Los interrogatorios de las partes se practicarán en la audiencia inicial.

El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo.

El juez podrá decretar y practicar en esta audiencia las demás pruebas que le resulte posible, siempre y cuando estén presentes las partes.

A continuación, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados.” (subrayado fuera de texto)

El juez en este aspecto utiliza las facultades oficiosas que la ley le otorga en búsqueda de la verdad real, y su discrecionalidad se presenta no solo en ordenar o no el careo, sino, además, sobre todo, en el manejo del enfrentamiento entre las partes o los testigos, o entre uno y otro, pues el éxito de tal confrontación dependerá de la forma en que el juez desarrolle dicho careo.

6. Apartarse del juramento estimatorio

El Código General del Proceso fortalece la institución del juramento estimatorio que ya había comenzado con la Ley 1395 de 2010, con la finalidad de que sean las partes quienes estimen razonadamente el valor del perjuicio, sin necesidad de acudir a peritos, a través de este medio podrá inferirse, del silencio del demandado en objetar la estimación razonada efectuada por el demandante en la demanda, la prueba de dicha estimación, bajo el entendido de que se trata de un proceso de partes.

No obstante, la ley prevé la posibilidad de que el juez ordene pruebas de oficio tendientes a determinar el valor real del perjuicio, cuando observe una estimación exagerada o muy irrisoria, aun cuando el demandado no la haya objetado, o simplemente cuando advierta colusión o fraude.

La administración de justicia no puede estar a la voluntad de los intereses de las partes, sino que el juez, garante de la verdad y la justicia, debe velar por decisiones equitativas aun cuando el sujeto condenado no haya cumplido con su carga, o para evitar artimañas o componendas entre las partes.

El artículo 206 del Código General del Proceso

“El interrogatorio de parte no es ya exclusivamente el instrumento de parte para que una interroge a la otra en búsqueda de la confesión, sino que sin dejar de serlo, como instrumento de parte, también sirve al juez para un mejor conoci-

miento de la situación fáctica, en búsqueda de la verdad de los hechos respecto de los cuales debe decidir, en atención a que el código general del proceso le da entidad propia a la declaración de parte como medio de prueba, bajo el entendido que el dicho de la parte aun cuando no contenga hechos que le perjudican, es importante para reconstruir probatoriamente los hechos objeto del proceso. El recipiendario natural de la verdad son las propias partes, por lo que el juez debe auscultar en él la forma en que ocurrieron los hechos, a través de un exhaustivo interrogatorio.” (subrayado fuera de texto).

El artículo 372 numeral 7 establece el interrogatorio oficioso por parte del juez en la audiencia inicial. Veamos:

“El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo.”(subrayado fuera de texto).

Las medidas cautelares innominadas

En un claro desarrollo de los mandatos constitucionales del Estado social de derecho, que propugna por el respeto a la dignidad humana, y cuya materialización respecto del proceso judicial se logra a través del principio de tutela judicial efectiva, a través del cual al justiciable se le garanticen el libre acceso a la administración de justicia, su permanencia digna durante el procesamiento a través del respeto al proceso debido, se logre una decisión de fondo, y además se le garantice efectivamente el derecho otorgado en la decisión, el Código General del Proceso amplió las posibilidades de las cautelas en los procesos de conocimiento, toda vez que desde el desarrollo del proceso se debe garantizar el derecho en disputa, para cuando sea decidido, y el Estado pueda garantizarle la efectividad del mismo, a quien resultó triunfador en el proceso.

Se rompe el paradigma de que las cautelas son propias de los procesos de ejecución, indicando que en los procesos en los que aún no hay certeza de a quien le asiste el derecho, el juez bajo ciertos parámetros de discrecionalidad objetiva y racional, podrá ordenar cautelas en favor de alguna de las partes, para garantizarle la efectividad de su derecho al concluir el debate, y no se torne ilusoria la sentencia.

Estos parámetros de discrecionalidad del juez en cada caso particular pueden ser los siguientes:

a) la apariencia del buen derecho, que le permite al juez, sin realizar un prejuzgamiento, observar desde que se estableció la relación procesal entre las partes, que *a priori* a alguna de las partes le asiste el derecho en disputa. No se trata de un simple palpito, o de una intuición, sino que objetivamente de la pretensión y de la excepción o de cualquiera de los medios de defensa utilizados por el demandado, brote la razón jurídica que le asiste el derecho, y por ello el juez puede ordenar la cautela.

b) El *periculum in mora*, el peligro de la demora del proceso, que pudiera destruir o extinguir el bien o el derecho en disputa, pues el simple transcurrir del tiempo pudiera afectarlo. El código la designa como “la amenaza o la vulneración del derecho”.

c) La legitimación de las partes, es decir, el interés para actuar en el proceso.

Es tal el grado de discrecionalidad que se le otorga al juez que la medida cautelar que ordena quede a su prudente juicio, y no del legislador, pues no se determina en la ley, sino que se profiere la “**medida que el juez encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio**”. Y para ello debe aplicar los criterios constitucionales de **necesidad, efectividad y proporcionalidad**, los cuales, a mi juicio, debe explicitar al momento de la decisión, realizando los test de necesidad y de proporcionalidad indicados por la Corte Constitucional, así como los razonamientos sobre la efectividad de la medida.

La confianza en el juez otorgada por la ley es a tal grado que puede decretar una medida cautelar diferente a la solicitada por la parte que sea menos gravosa, pero igual efectiva y proporcionada, y además podrá modificar, sustituir o hacer cesar en sus efectos la medida cautelar ordenada, bien de oficio o a petición de parte.

El legislador cumplió con su cometido de ajustar el Código a las instituciones procesales modernas y a los postulados constitucionales, ahora solo falta que nosotros, los operadores jurídicos, no seamos inferiores a las circunstancias, estableciendo un proceso constitucionalizado, logrando así una justicia más pronta y eficaz.

Conclusiones

En el art. 13 constitucional el Estado colombiano reconoce que los desequilibrios económicos y sociales, no permiten la existencia de una igualdad entre sus habitantes, no somos iguales, por lo que se hace una declaración de aceptación de la desigualdad y un llamado al Estado para propender porque la igualdad sea real, y para adoptar medidas en favor de grupos discriminados. Lo que necesariamente se logra con un Estado interventor.

En sociedades como la nuestra, en donde las desigualdades son aberrantes, es ilusorio, y por demás pueril, pensar que somos iguales, por lo que en veces los procesos judiciales que no son otra cosa, sino los conflictos de la realidad en que vivimos, no se presentan entre iguales, sino entre desiguales, y para que se garanticen las reglas de un debate equiparable entre verdaderos adversarios, se torna imperioso que el juez utilice sus poderes para lograr una relativa igualdad real de oportunidades procesales.

El nuevo Estado exige la presencia de un nuevo juez, de un operador judicial que vivifique la norma en cada uno de los asuntos sometidos a su conocimiento, con el faro orientador de la principalística garantizadora de los derechos humanos. El juez de este nuevo Estado, debido a las desigualdades sociales y humanas deberá dejar de ser un espectador del debate procesal entre las partes en conflicto, para convertirse en un verdadero director del proceso, actante y proactivo garante de la igualdad real, y en búsqueda de la verdad, para adoptar decisiones justas.

Si bien es cierto, que el Estado social de derecho, exige la presencia de un nuevo juez, de un juez creador de derecho, distinto del juez del liberalismo pasivo, áulico de la ley, “la boca del legislador”, se requiere de un juez proactivo, tampoco menos cierto es que el juez sea libre, por cuanto continua atado a la ley, pues el estado social continúa siendo un Estado de derecho, y solo puede separarse de ella, por vulneración o no armonía de la ley con los valores, principios o garantías constitucionales, toda vez que el principio de legalidad se encuentra permeado por el principio de constitucionalidad.

El debate garantismo – activismo no debe plantearse en términos de prevalencia, sino de armonización, el sentido que la actividad proactiva del juez en un proceso de desigualdades propenda por la igualdad real, pero siem-

pre respetando las garantías procesales y constitucionales de las partes, y para ello el juez debe siempre hacer una lectura garantista de las normas procesales en orden a obtener la máxima eficacia de las mismas, lo cual no es incompatible con la atribución de cierta confirmación probatoria en búsqueda de la verdad, así como el control de la buena fe procesal de las partes, y la prevalencia del derecho material.

- El activismo judicial no propugna por un juez omnímodo e ilimitado en su proceder, con poderes absolutos pues su actuar debe obedecer a parámetros objetivos de racionalidad y objetividad definidas y orientadas por la constitución, la ley y los precedentes judiciales. El juez no debe ser un convidado de piedra, y menos un borrego del legislador, en donde solo era la boca del legislador por donde se pronunciaban las palabras de la ley, pues ese juez es propio de otro modelo político ya superado por la humanidad, por lo que el juez siendo el cerebro de la ley, como lo señaló DWORKIN, debe tener espacios de discrecionalidad, pero racional, objetiva fundada y argumentada, y solo de cara al cumplimiento de los fines del Estado, y en manera alguna a favorecer intereses personales de las partes, y muchísimo menos, satisfacer intereses propios.

Bibliografía

- Alvarez Gómez, M. A. (2013). Ensayos sobre el Código General del Proceso. Bogotá: Temis, colección debates.
- Alvarado Velloso, A. (2004). Debido Proceso Vs. Pruebas de Oficio. Bogotá: Temis.
- Bulygin, E. ¿Los jueces crean derecho? (2003). Malem, Jorge. La Función judicial ética y democracia. España: Gedisa.
- Dworkin, R. (1984). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.
- Gómez Isaza, C. La función del Juez en un Estado Social de derecho (1999). Revista berbiquí. Medellín.
- Mora Restrepo, G. (2010). Las dos caras del activismo judicial. Revista Dikaion. Pp 1-25
- Parra Quijano, J. (2004). Racionalidad e Ideología de las pruebas de oficio. Bogotá: Temis.

- Parra Quijano, J. Prueba y verdad en el proceso civil colombiano(2002). Memorias XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Carvajal, D. Hacia una aplicación racional de la prueba de oficio (2006). Revista investigación jurídica y sociojurídica en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín
- Sierra Ospina, G. La búsqueda de la verdad para la consecución de los fines el Estado (2006). Revista investigación jurídica y sociojurídica en Colombia. Medellín: Universidad de Medellín
- Silva Colmenares, J. (1991). La economía en la constitución del 91. Recuperado de <http://www.abdehumano@fuac.edu.co>
- Tarazona Navas, J. A. (2002). Bogotá: Doctrina y ley.
- Zagrebelsky, G. El derecho dúctil. (1999) España: Trotta.
- Zambiazzo, M. (2004). La garantía del debido proceso y el rol del juez. A los 10 años de la reforma constitucional de 1994. Argentina

DERECHO PROCESAL PENAL

EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN EL LITIGIO ESTRATÉGICO

Hernando Osorio Rico¹

Resumen

El descubrimiento probatorio de parte de la Fiscalía tiene una doble finalidad. Indicar los elementos materiales probatorios que llevará a juicio y, además, indicar a la defensa cuales son aquellos de los cuales también puede hacer uso. Para la defensa el descubrimiento probatorio de la Fiscalía representa la posibilidad de preparar su actividad probatoria, para controvertir las evidencias que incriminen al indiciado. El momento del descubrimiento probatorio en Colombia está señalado para la audiencia de acusación. Esto significa que el indiciado e imputado deben tener una larga espera para conocer los elementos materiales probatorios y preparar una adecuada controversia. A través de este trabajo pretendemos ensayar una solución al problema de la demora en el conocimiento de tales elementos materiales probatorios. Se trata de darle aplicación al principio de publicidad, con amparo en la Constitución Política y en las garantías procesales reconocidas en Colombia, según las cuales no puede haber proceso secreto para las personas. Esto implica realizar una clara distinción entre descubrimiento probatorio y publicidad del proceso.

¹ Coordinador Académico-Bolívar. Especialista en derecho penal y criminología. Estudios doctorales en derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid. Conjuetz de la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Justicia de Cartagena

Palabras claves

Sistema Penal Acusatorio, descubrimiento probatorio, oportunidad, controversia probatoria, Publicidad interna, publicidad externa, igualdad de armas.

Abstract

The discovery of evidence of the prosecution is twofold. Indicate the material evidence leading to trial and also indicate to the defense which are those which can also make use. To defend the evidentiary discovery of the prosecution represents the possibility of preparing its presentation of evidence to controvert the evidence to incriminate the accused. The timing of the evidentiary discovery in Colombia is marked for arraignment hearing. This means that the accused and the accused must have a long wait to learn the material evidence and prepare a proper dispute. Through this paper, we try a solution to the problem of delay in the knowledge of such material evidence. This is the beginning of application giving publicity, under the Constitution and recognized process in Colombia, according to which there can be no secret process for people. This involves making a clear distinction between advertising and evidentiary discovery process.

Key words

Accusatory system, evidentiary discovery, opportunity, probation controversy, internal advertising, outdoor advertising, equality of arms.

1. Introducción

Le ha correspondido a la Corte Suprema de Justicia suministrarnos una definición acerca de lo que debemos entender por descubrimiento probatorio, y lo hace consistir en el acto mediante el cual la Fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición de la contraparte todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas y practicadas en el juicio oral como sustento de sus argumentaciones (Sentencia Rad. 28847-08). En relación con esta definición debemos aclarar que en el caso de la Fiscalía, su pretensión no es solo que las evidencias sean decretadas y practicadas en el juicio oral. Esto lo aclaramos, porque el ente investigador del Estado tiene la obligación de suministrarle a la defensa aquellos elementos materiales

probatorios y evidencias que haya recogido, aunque no tenga interés en llevarlos al juicio. En el caso de la defensa, sí se cumple solo esta pretensión, es decir, que la defensa solo descubrirá aquello sobre lo cual tenga interés en que llegue al juicio.

Lo que se observa en esta definición es el asomo de la controversia probatoria. Qué tengo. Qué tienes. Esta sería una expresión del conocido proceso de partes y en el cual debe existir lo que también conocemos con el nombre de igualdad de armas. Esta igualdad la encontramos realmente en la ley. No en la realidad. No es posible pretender que el ciudadano, por muy acaudalado que sea, pueda tener las mismas posibilidades o fortalezas investigativas que tiene el Estado. Por esta razón el sujeto pasivo de la acción penal debe contar con el apoyo del Estado, representado en todas sus instituciones y servidores para que se pueda cumplir con este propósito, propio de una sociedad democrática.

La posibilidad de que el ciudadano pueda ejercer una buena controversia probatoria, dependerá, entonces, de la información que obtenga, en primer lugar, de los organismos investigadores del Estado y, en segundo lugar, de los esfuerzos que de manera particular realice. Pero estos esfuerzos necesariamente tendrán que relacionarse con los que a su vez ha realizado la Fiscalía. Esto es, el ciudadano tendrá que hacer su investigación teniendo como base la que está realizando la Fiscalía, para controvertir cada una de las evidencias que el ente investigador haya encontrado en su contra.

Para poder realizar una actividad investigadora que sea fructífera, y tendiente a controvertir las evidencias de la Fiscalía, el indiciado necesariamente deberá conocer esas evidencias. Si ello no es así, se le impone a la persona una tarea demasiado ardua, sin un norte definido y en ocasiones se convierte en una verdadera pérdida de tiempo. Este conocimiento lo puede tener a través del descubrimiento probatorio, pero como se ha dicho antes, se sabe que el descubrimiento probatorio solo tiene operancia a partir de la acusación, lo que impondría entonces satisfacer, de otra manera, la necesidad de que el indiciado tenga acceso a la noticia criminal y a las evidencias que existan en su contra.

La manera y el tiempo en el que se hace el descubrimiento probatorio lo determina el legislador. Para ello se hace uso del poder de configuración que

tiene el legislador. En virtud de este poder, existe la posibilidad de que se diseñe la forma y desarrollo de todo el proceso penal, el cual puede organizarse, según su criterio (ejercicio del poder de configuración), con la única condición de que no se vulneren normas constitucionales. De suerte que si la Ley 906 de 2004 consagra que el descubrimiento probatorio debe realizarse a partir del escrito de acusación debemos sujetarnos a esa previsión legal, con mayor razón si ha pasado por el tamiz del examen constitucional de la Corte (Sentencia C-1194-05).

Todo nos indica, entonces, que nos encontramos en un escenario jurídico dentro del cual debemos trabajar. No podemos pretender que el descubrimiento probatorio se realice antes de la acusación. Pero también tenemos la necesidad de conocer el norte de la investigación que debe desarrollar la defensa y para ello necesitamos conocer las evidencias que se deben controvertir. He aquí el gran dilema sobre el cual pretendemos desarrollar este trabajo.

2. El secreto de la investigación desde la indagación hasta la audiencia de acusación

En el 2000 ocurrió un hecho en el cual un ciudadano costarricense estaba siendo investigado en Colombia. Él se presentó ante el fiscal que llevaba su caso y le solicitó que le mostrara el expediente. El fiscal le manifestó la imposibilidad de satisfacer su requerimiento dado que él aún no había rendido indagatoria. Era la norma de la época. La reacción del extranjero no se hizo esperar. Su exigencia fue enérgica e invocaba los tratados internacionales sobre derechos humanos que le daban el derecho a no ser objeto de una investigación oculta o secreta.

Solo con el fallo C-033 de 2003 la Corte Constitucional vino a corregir aquella práctica que recordaba las peores épocas del derecho penal. Las conquistas del iluminismo y las ideas de la revolución francesa estaban representadas en ese principio de publicidad aplicable a toda investigación. La reserva (léase también secreto) de la actividad investigativa que realiza el Estado a través de la Fiscalía trae consigo consecuencias prácticas muy graves: luego que la Fiscalía recauda elementos materiales probatorios, o evidencias físicas, entrevistas, que conducen a soportar una imputación, convoca al indiciado, que, obviamente comparece desarmado, sin elementos probatorios

con los cuales pueda controvertir los que le enrostra el ente investigador. Este es un drama del diario vivir de los defensores en el país.

La reserva de los elementos materiales probatorios continúa hasta la presentación del escrito de acusación, en el cual el fiscal ni siquiera está obligado a entregar las evidencias con las que cuenta. En un documento anexo hace una relación de los elementos con los cuales cuenta. Es necesario esperar a que finalice la audiencia de acusación para que el acusado reciba tales elementos. Se presentan casos muy concretos en los cuales la audiencia de acusación se instala y lo primero que se discute es una solicitud de nulidad. Cualquiera que sea el sentido de la decisión es susceptible a apelación en el efecto suspensivo y durante todo el tiempo que dura el trámite del recurso el acusado y su defensor permanecen privados de la posibilidad de tener los elementos materiales probatorios.

Este panorama resulta desolador para la defensa, porque durante todo este tiempo se desconoce el contenido de las evidencias. Otra cosa sería si en desarrollo del principio de publicidad se permitiera al indiciado conocer todo el material que el fiscal tiene en su carpeta.

No se desconoce, por supuesto, que en ocasiones se producen restricciones proporcionadas al derecho a la defensa (Sentencia C-475-97), para el logro de una finalidad legítima, pero como lo dice la misma Corte, siempre que no afecte su contenido esencial y que se trate de limitaciones útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas a los beneficios que se busca alcanzar. Tal es el caso de las diligencias que se realizan bajo reserva, en las cuales las partes no pueden tener acceso. Esta restricción sería admisible, pero hasta el momento en que se haga el descubrimiento probatorio, como lo expon-dremos más adelante.

Si se tratara de hacer una síntesis del planteamiento del problema tendríamos que decir, que la preparación del contradictorio para la defensa está limitada, en la medida en que el descubrimiento probatorio no se realice con la prontitud que debería realizarse. Pero lo peor de la situación es que este procedimiento tiene arraigo constitucional y que las altas cortes lo han avalado. Solo se puede exigir el descubrimiento probatorio a partir del escrito de acusación.

En este punto vale la pena recordar lo dicho por la Corte Constitucional (Sentencia C-475-97) en relación con la vinculación tardía del entonces sindicado, hoy válido para el indiciado en cuanto a su oportunidad para recaudar los elementos materiales probatorios que necesita para controvertir los que la Fiscalía tiene en su contra. En aquella oportunidad la Corte señaló que resultaba violatorio del derecho a la defensa vincular a una persona a la investigación después de que el Estado tenía un cúmulo de pruebas en su contra. Por esa razón concluyó en la necesidad de que la vinculación se cumpliera tan pronto resultara posible formular en su contra una imputación.

3. El descubrimiento probatorio

3.1. Concepto

Por descubrimiento probatorio debemos entender el acto procesal por medio del cual la Fiscalía da a conocer todos los elementos materiales probatorios, evidencia física, testimonios y demás medios de conocimiento que haya recaudado durante la investigación y la defensa de aquellos que desee llevar al juicio oral.

Es un acto procesal, en cuanto es una actividad dentro de la actuación reglada y que, además, se debe desarrollar a través del juez de conocimiento. Tiene una primera etapa, con el anexo que el fiscal debe agregar al escrito de acusación. El paso siguiente se cumple en la fase final de la audiencia de acusación, cuando la Fiscalía suministra los elementos materiales probatorios a la defensa.

Nos preguntamos si es de la esencia del descubrimiento probatorio que se haga a través del juez de conocimiento, ante lo cual debemos contestar negativamente, a pesar de que pareciera que esta fuera una condición de validez. Sin embargo, la misma norma señala que el juez debe interrogar acerca de si se cumplió satisfactoriamente el descubrimiento por fuera del juzgado. Podría argumentarse que, esto, es para el caso de los elementos que la defensa haya echado de menos y para lo cual se concedieron tres días a la Fiscalía. Pero lo cierto es que la norma en mención no hace esta distinción y por vía de interpretación no podría hacerse una restricción al acto del descubrimiento.

Hemos separado el descubrimiento de la Fiscalía del que hace la defensa porque como anunciamos antes los dos contemplan situaciones diferentes. En primer término la Fiscalía tiene el deber de buscar la verdad histórica, independiente a quién favorezca. Para ello cuenta con los recursos del Estado, que son los de toda la sociedad. En segundo término, se le exige objetividad, lo que le obliga a buscar con igual ahínco lo que podría perjudicar y favorecer al indiciado. Además, la Fiscalía solo tiene compromiso con la verdad. Por esta razón la Fiscalía no debe, *rima facie*, comprometer su criterio con la víctima. Esto solo debe hacerlo una vez que de la investigación de los hechos encuentre la posibilidad de que el indiciado haya lesionado un bien jurídico protegido por la ley penal.

Por lo anterior debemos afirmar que la Fiscalía está en la obligación de descubrir todos los elementos materiales probatorios, evidencia física que haya recaudado, sin omitir ninguna, so pretexto de que no la encontró relevante o que no tiene interés en llevarla al juicio oral. Téngase en cuenta que la defensa puede solicitar la práctica de cualquier prueba con base en lo descubierto por la Fiscalía, teniendo en cuenta lo que al respecto ha dicho la jurisprudencia.

La defensa, por su parte, no está obligada a descubrir todas las evidencias que haya obtenido en su labor investigativa. El principio de no autoincriminación le da derecho al indiciado, imputado o acusado a guardar silencio y esto es válido también respecto de evidencias que eventualmente lo puedan incriminar. Este derecho se extiende, como una obligación, al defensor técnico. Por esta razón, en nuestra definición contemplamos para la defensa solo el descubrimiento de lo que pretende llevar al juicio oral, a diferencia de la Fiscalía que debe descubrir todo lo que tiene, con las excepciones normales al descubrimiento probatorio.

3.2. Regulación normativa del descubrimiento probatorio en Colombia

Como pocos institutos del proceso penal, el descubrimiento probatorio tiene un arraigo constitucional. Pocas veces el constituyente primario se encarga de los procedimientos que, por lo general, están a cargo del poder de configuración que la Carta Política le confiere al legislativo. Por razones didácticas transcribiremos lo esencial de algunas normas, porque favorece la labor interpretativa.

El art. 2º del Acto Legislativo No. 3 de 2002 que reformó el art. 250 de la CP, en su numeral 9 consignó lo siguiente:

“... En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”.

Desde los inicios de la implementación del sistema penal acusatorio en Colombia se viene discutiendo sobre la interpretación que debe tener la expresión “en el evento de presentarse escrito de acusación”, usada por el constituyente en este Acto Legislativo. Una primera posibilidad sería que el suministro de los “elementos probatorios e informaciones” debe realizarse con el escrito de acusación. En este caso lo que tenemos como una relación de elementos materiales serían los elementos mismos. Esta sería la interpretación que mejor convendría a la defensa, porque acorta la espera para conocer los pluri mencionados elementos.

La segunda posibilidad interpretativa sería que el suministro de los “elementos probatorios e informaciones”, solo se realizará si se presenta escrito de acusación. Como consecuencia de esta interpretación, el fiscal general no estará obligado a suministrarlos si no presenta escrito de acusación y podría mantener todos los elementos materiales probatorios bajo reserva. Como consecuencia de lo anterior esta norma no indicaría un momento para el suministro de los elementos probatorios e informaciones, sino una condición para que surja la obligación de suministrarlos.

Otra consecuencia de esta interpretación es que el legislador podrá regular el momento y las condiciones en las cuales la Fiscalía hará el suministro de los “elementos probatorios e informaciones”. En este mismo orden de ideas es fácil deducir que el legislador colombiano optó por la segunda interpretación y señaló la forma y momentos en que se debe realizar el “descubrimiento probatorio”, que es la manera como se denominó ese acto de mostrar o suministrar tales elementos.

En cuanto a la forma en que el legislador regula el descubrimiento probatorio se debe echar de menos el orden y la sistematización. No se estructuró un capítulo en el que se expusieran todos los pasos y eventos por los que puede pasar dicho acto procesal. Sin establecer un marco conceptual, la ley

lo incluye como un requisito del escrito de acusación. Es este el primer problema que genera o ha generado múltiples discusiones alrededor del descubrimiento probatorio.

En efecto, el art. 337 de la Ley 906 de 2004, incluye como uno de los requisitos que debe contener el escrito de acusación, el descubrimiento de las pruebas. Expresión que ha sido criticada por anti-técnica, puesto que a esa altura del proceso no se debe hablar aún de pruebas, sino de lo que realmente son: elementos materiales probatorios o evidencias que no han tenido controversia probatoria y que no se han formado como tales.

La redacción del art. 337 mencionado tampoco es afortunada. Algunos literales son claros, tal sería el caso del a) que se refiere los hechos que no requieren prueba. Pero el literal b) ordena incorporar la transcripción de las pruebas anticipadas que no se puedan repetir en el juicio. A contrario sensu, aquellas que se puedan repetir en el juicio no se transcribirán. También encontramos claridad en el literal c), que se refiere al nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite para el juicio.

Especial atención representa el literal d) del referido artículo, porque su redacción indicaría que así como se incorporan al escrito de acusación, las pruebas que se han practicado anticipadamente, así mismo se deben incorporar o acompañar los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, con sus respectivos testigos de acreditación. Obsérvese que no se refiere a una relación de los objetos o elementos, sino que habla de los elementos mismos. Y tendría lógica, porque si de lo que se trata es del descubrimiento probatorio lo primero que se debe hacer es entregar o suministrar tales elementos. Por esta razón, muchos defensores del país le han exigido a los fiscales la entrega de los elementos materiales probatorios, junto con el escrito de acusación, llegando incluso a la acción de tutela, y lo más interesante, se han dado casos en los cuales fiscales han accedido a la entrega.

Finalmente, se refiere a los testigos, peritos o elementos materiales probatorios que favorezcan al acusado, cuya redacción también sugiere que se entregan físicamente. Sin embargo, la entrega se viene a producir en la fase final de la audiencia de acusación, como se verá más adelante.

El art. 344 de la Ley 906 de 2004 se titula inicio del descubrimiento. Así, se despejan, de manera un poco inapropiada, las dudas que pudieran existir acerca del momento en que se debe producir el descubrimiento. Si se revisa la dinámica de la audiencia de acusación se podrá verificar que este acto procesal se produce al final de todas las incidencias que tenga dicha audiencia. El panorama empeora cuando se constata que en esta audiencia se pueden producir varias decisiones susceptibles del recurso de apelación, y que la apelación de cada una de esas decisiones suspende el trámite del proceso, porque se conceden en el efecto suspensivo. Mientras tanto el acusado no puede recibir los elementos materiales probatorios ni las evidencias físicas.

3.3. Las excepciones previstas en el art. 344 para el descubrimiento probatorio en la audiencia de acusación

La primera reafirmación que debemos hacer a este respecto es que el descubrimiento probatorio debe cumplirse en la audiencia de acusación y de una manera ordenada, según las mismas palabras de la Corte Suprema de Justicia:

“... el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se encuentra sometido a un orden metódico y cronológico, en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad...” (Sentencia CSJ 39948-12).

No obstante, de esta cita de la Corte, se ha afirmado que existe alguna flexibilidad para este acto procesal. No compartimos esta afirmación. Por el contrario, consideramos que se trata de un acto completamente reglado en su forma y en su momento. La posibilidad de confusión puede provenir del hecho de que la acusación en Colombia es un acto complejo, que se inicia con el escrito de acusación y finaliza con la audiencia de acusación. Con este mismo itinerario y con los mismos tiempos se debe cumplir el descubrimiento probatorio.

La norma (art. 344) contempla dos situaciones adicionales que, eventualmente, se pueden presentar. Pero la regulación de estas dos situaciones especiales, lejos de darle un carácter flexible al descubrimiento probatorio, lo que viene es a confirmar que se trata de un acto reglado. Estas son: a) Que el fiscal omita el descubrimiento de una evidencia y que la defensa exija que se le descubra, caso en el cual el juez le concederá al fiscal tres días para que

le haga entrega a la defensa de dicha evidencia. Obsérvese que en ese caso se está corrigiendo una situación anómala de la Fiscalía, que en ningún caso debe omitir descubrir una evidencia, y mucho menos si puede favorecer al procesado. El legislador no previó una sanción para ese tipo de omisiones y esto ha abierto la posibilidad de que una parte del descubrimiento se haga dentro de los tres días de que habla el art. 344 de la Ley 906 de 2004.

b) La segunda situación especial que contempla el art. 344 se presenta cuando la Fiscalía o la defensa encuentran, durante el juicio, un elemento material probatorio o evidencia física muy significativa que deba ser descubierto. En ese caso se deben cumplir algunas condiciones para que el juez pueda decretarla, como son, que su no práctica ocasione perjuicio al derecho a la defensa o a la integridad del juicio. Pero obsérvese que en estos casos se presentan situaciones excepcionales y por ello se abre la posibilidad de que se decrete una prueba que no fue descubierta en la oportunidad indicada en la ley (Sentencia CSJ, Rad. 24468-06).

La solución que el legislador le da a estos dos problemas, que se pueden presentar en el descubrimiento probatorio, de ninguna manera debería considerarse como si este acto procesal tuviera cierta flexibilidad, sino como la reafirmación de que lo que ha querido es reglamentarlo con alguna precisión y cubrir los dos eventos en los cuales se admita un descubrimiento por fuera de la audiencia de acusación.

Si estos dos eventos no estuvieran así regulados no habría forma de incorporar al juicio oral una evidencia que el fiscal omitió descubrir. En ese caso se tendría que evaluar la trascendencia del valor exculpatório de la evidencia no descubierta y darle el tratamiento que fuera pertinente protegiendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia, con las correspondientes sanciones.

3.4. Sanciones por el incumplimiento al deber del descubrimiento

La sanción más elemental que se debe imponer a la Fiscalía por no hacer el descubrimiento de un elemento material probatorio es la contemplada en el art. 346 de la Ley 906 de 2004, esto es, que no pueden aducirse en el proceso ni practicarse como prueba dentro del juicio. La mencionada norma resulta categórica cuando dice que el juez estará obligado a rechazarlo. Como

se ve es una obligación la que le impone al juez, salvo que se demuestre que la omisión se produjo por causas no imputables a la parte obligada al descubrimiento (Sentencia CSJ 44.452 de 2012).

Si se trata de una evidencia incriminatoria, o un testigo que va a contribuir a fortalecer los cargos contra el acusado, el hecho de que no se decrete por falta de descubrimiento, sería una verdadera sanción. Pero cuando se trata de la evidencia que tiene la potencialidad de favorecer al acusado ya no sería una sanción sino, al contrario, se favorecería la causa de la Fiscalía. Quedaría en ambiente la posibilidad de que el fiscal que incurra en esta conducta sea investigado según las voces del art. 454-B del Código Penal, que tipifica el ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. Pero esta sería una lucha titánica para el acusado que mientras tanto puede estar soportando una sentencia condenatoria. Quedaría la posibilidad de la acción de revisión de acuerdo con las causales 3ª y 5ª del art. 192 del CPP, antes o después de una eventual sentencia condenatoria contra el fiscal, con todas las incidencias que tiene este intento. Esta sería la única forma de quebrar la fuerza ejecutoria de la sentencia que se haya dictado con ocultamiento de pruebas y siempre que después se tenga evidencia de ello.

En nuestra opinión se debe establecer una forma procesal, ante el mismo juez que profirió la sentencia, cuando se demuestre que la Fiscalía omitió descubrir un elemento material probatorio que tenía la potencialidad de favorecer al acusado. No puede ser suficiente que el juez le conceda tres días para entregar la evidencia que omitió descubrir. Para estas omisiones debe hacer una prevención más severa a fin de disuadir a aquellos fiscales que tengan la idea de ocultar una evidencia. No podría ser excusa para omitir el descubrimiento de una evidencia o testimonio el hecho de que el fiscal considere que no dice la verdad o que ha sido manipulada. De ninguna manera. Su deber es ponerla en conocimiento del juez y de la contraparte y someterla al debate en el juicio oral si es solicitada o decretada.

Lejos de endurecer las consecuencias de la falta de descubrimiento o del descubrimiento defectuoso, la Corte ha entrado en una consideración teológica en el sentido de poner de presente el propósito que se busca con este acto procesal y con base en ello, cuando se considere que la falta de descubrimiento no afectó a la contraparte, tampoco se debe aplicar la san-

ción establecida en el art. 346 del CPP. Así lo dice la alta corporación en el fallo 44.452 de 2012, cuando explica que la finalidad del descubrimiento probatorio es que las partes lleguen al juicio oral con pleno conocimiento de los medios cognoscitivos de la contraparte.

Lo anterior significa que si la Fiscalía omite el descubrimiento de una evidencia, pero la defensa informa que la conoce, quedará subsanada la omisión de la Fiscalía. Podría llegarse al punto que la sola petición de la defensa para que la evidencia sea descubierta podría recibir la respuesta, admisible, de que ya la defensa la conoce y por eso no se le descubrió. Todo esto, claro está, atendiendo el nivel de afectación que se produzca, el tiempo desde el cual se conoce y lo que la defensa afirme conocer.

4. Descubrimiento probatorio y publicidad del proceso

4.1. Distinción

Como se ha dicho, el descubrimiento probatorio es un acto procesal que se debe cumplir para garantizar a la contraparte el derecho que tiene a la controversia de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas. Es propio del sistema penal acusatorio. De hecho el constituyente lo incluyó en el Acto Legislativo 03 de 2002, como se dijo antes. Por eso se dice que tiene arraigo constitucional, aunque sería más apropiado decir que es de la esencia del sistema penal acusatorio y de esa forma lo reglamentó el legislador, haciendo uso de su poder de configuración.

El principio de publicidad también tiene origen constitucional y como una garantía intemporal. Lo cual quiere decir que en todo momento se debe dar la oportunidad a la persona investigada para que conozca los hechos por los cuales se le está investigando y las personas que lo acusan, lo mismo que los elementos materiales probatorios que militan en su contra.

El art. 29 constitucional establece que quien sea sindicado tiene derecho, entre otros, a un debido proceso público. Esta norma constitucional no tiene limitaciones. En las decisiones que ha proferido la Corte Constitucional sobre esta garantía, siempre la ha puesto de presente. Sobre todo, porque está muy ligada al derecho a la defensa. Así lo resaltó el fallo C-033-03 al considerar que el hecho de que la persona no hubiera sido vinculada a la investigación, le privaba del derecho a conocer los cargos (hechos) y las evi-

dencias que militaran en su contra. Por eso decidió la exequibilidad del art. 126 de la Ley 600 de 2000, en el entendido que, aun antes de la vinculación mediante indagatoria o como persona ausente, el imputado tendrá los mismos derechos del sujeto procesal, en lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa y la protección de sus derechos constitucionales.

En todas las legislaciones, hasta la que nos rige en la actualidad, se ha mantenido el principio de publicidad del proceso. No debemos volver a las épocas oscuras del derecho penal. Como hace parte de nuestra tradición jurídica, no hay funcionario de la rama judicial que admita la existencia de un proceso secreto. Solo que tiene reserva, que para los efectos sería lo mismo, si esa reserva se aplica a la persona investigada.

También es necesario recordar que no siempre es posible dar a conocer toda la investigación que está desarrollando el Estado a través de sus organismos de investigación, como cuando se está haciendo un seguimiento a organizaciones criminales, o cuando se ordenan diligencias reservadas. En esos casos, especialmente autorizados por el legislador, es posible que la actuación sea reservada, y solo para efectos de develar actos de esa naturaleza o para dismantelar ese tipo de organizaciones, será posible mantener la reserva, aun para la persona o personas que están siendo investigadas.

Precisamente aquí radica la diferencia que existe entre la publicidad interna del proceso y el descubrimiento probatorio. Entendemos por publicidad interna el derecho que tienen las personas que intervienen en el proceso a que se les den a conocer los hechos, las evidencias y lo que en él ocurra, que no haya secretos para ellos. El descubrimiento probatorio implica, para la Fiscalía, dar a conocer todo aquello que ha obtenido durante la investigación, sea que lo pretenda llevar a juicio o no. Para la defensa solo debe dar a conocer lo que pretende llevar a juicio.

4.2. La permanencia de la publicidad con las excepciones legales

Si se tiene en cuenta que la publicidad ha sido considerada como una garantía que debe ser respetada en todo momento y que según la Corte Constitucional (Sentencia C-957- 99), los órganos del Estado deben desplegar una actividad efectiva para alcanzar ese propósito, podemos concluir que si bien el descubrimiento probatorio tiene un momento procesal determinado por

el legislador y al cual nos hemos referido en extenso, la publicidad del proceso debe ser permanente para el indiciado, imputado o acusado.

Se exceptuarán aquellos eventos en los cuales no se pueda hacer pública la investigación para no perjudicar la actividad del Estado contra el delito. Pero siempre se tendrá en cuenta que esa excepción debe estar debidamente soportada y justificada por el funcionario, con el lleno de los requisitos de ley, habida cuenta que va a limitar un derecho que tienen las partes y, en consecuencia, no podrá hacerlo de manera arbitraria. En este sentido también se debe recordar que el funcionario está actuando con objetividad y lealtad procesal.

Conclusiones:

La aplicación del principio de publicidad permite resolver el problema que implica para la defensa, el hecho de que el descubrimiento probatorio se haga solo al final de la audiencia de acusación.

Para una adecuada defensa no es necesario saber qué pruebas pedirá la Fiscalía que se practiquen en el juicio oral. Lo que se necesita es saber qué elementos materiales probatorios o evidencias tiene recaudadas la Fiscalía, para que la defensa pueda, a su vez, buscar aquellos elementos con los cuales controvertir los que tiene el ente acusador.

Si la defensa conoce oportunamente las evidencias que ha recaudado la Fiscalía, puede hacer un mejor trabajo investigativo y tener una mejor preparación. De esta manera, se solucionaría la dificultad que implica recibir todo el material al final de la audiencia de acusación, ad portas de la audiencia preparatoria. Y lo que es peor, tener que descubrir en esa misma audiencia los elementos materiales probatorios de la defensa, sin conocer los que tiene la Fiscalía.

Nuestra opinión, en consecuencia, es que se debe implementar una política litigiosa tendiente a que se aplique el principio de publicidad, en el sentido que no haya secretos en el proceso, para la persona que es objeto de investigación, salvo las excepciones legales.

Además, que en la medida de lo posible, se deben provocar pronunciamientos de las altas cortes en relación con la aplicación del principio de publi-

dad en el proceso y, en especial, en el sistema acusatorio, teniendo como base la doctrina constitucional que ha venido reconociendo este principio.

Bibliografía

- Corte Constitucional. Sentencia C-1194-05. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente. D-5727.
- Corte Constitucional. Sentencia C-475-97. Expediente D-1580.
- Corte Constitucional. Sentencia C-033-03. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.
- Corte Constitucional. Sentencia C-957-99. M.P.: Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-2413.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 28847-08.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 39948-12.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 24468-06.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia 44.452-12.

EL FENÓMENO DE LA CAPTURA

Jorge Alfredo Montes Serrano¹

Resumen

El fenómeno de la captura, por regla, es una reserva de Estado, tanto en su orden como en la materialización, con obligación constitucional de control judicial. Esto constituye una garantía del derecho a la libertad, existiendo la excepción de la captura en flagrancia, pero la reglamentación del instituto incurre en comprometimientos que nos permiten hacer observaciones con el propósito de entender el deber ser en un contexto de Estado social de derecho, democrático, fundado en la protección de la dignidad humana.

¹ Coordinador Académico de la Defensoría del Pueblo Regional Sucre Colombia

Palabras claves

Orden de captura, libertad, flagrancia, arresto, detención, prisión, término legal, habeas corpus, juez, fiscal, sindicado.

Abstract

The phenomenon of capture, by rule, is a reserve of State, both in order and in the materialization, with constitutional obligation to judicial review. This is a guarantee of the right to freedom, to exist except for the catch in the act, but the regulation of the institute incurs implication that allows us to make observations for the purpose of understanding the duty to be in a context of rule of law, democratic, based on the protection of human dignity.

Keywords

Arrest warrant, freedom, flagrante delicto, arrest, detention, imprisonment, legal term habeas corpus, judge, prosecutor, accused.

Introducción

Se trata de una modesta presentación del instituto procesal penal de control de legalidad de la captura, acorde con la consagración normativa de distintas jerarquías, con el propósito de tener una aproximación ideológica y gramatical para administrar el fenómeno en las circunstancias propias de cada caso, en un marco estratégico de litigio. También, alguna observación crítica de la reglamentación, más la sugerencia del comportamiento en la actividad de los que participan en la defensa en los procesos de investigación de la conducta de las personas que tienen fines penales.

1.- Precisión ideológica

La persona capturada debe ser puesta a disposición de un juez constitucional de garantías para celebrar la audiencia de control de legalidad, de conformidad con el art. 297 inc. 2 de la Ley 906; pero en el entorno judicial, dicha audiencia comúnmente no se denomina de control de legalidad de la captura, sino como audiencia de legalización de la captura, nomin común que afecta el espíritu de la defensa.

La decisión judicial acerca del examen del fenómeno de la captura de una persona tiene una de dos posibilidades, la legalización y/o la ilegalidad; si nos

familiarizamos con la denominación legalización de la captura, se descarta prima facie la posibilidad de la ilegalidad, que es una alternativa exclusiva de defensa, y si se descarta, se asoma la desventaja psicológica; entonces, es más equilibrado en un sistema de partes difundir el nombre correcto de audiencia de control de legalidad o sencillamente judicialización de la captura, en ningún caso legalización de la captura, porque así es alternativa única a favor de la Fiscalía.

Entonces, cuando las circunstancias propias del caso nos motivan a pedir la ilegalidad de la captura, con el propósito de crear condiciones favorables en el entorno de la audiencia para pretender conquistar el resultado, debemos advertir al juez de control de garantías que no se trata de audiencia de legalización de captura sino audiencia de control de legalidad de la captura, que son dos cosas ideológicamente distintas.

2.- Problema

El articulado del proceso penal colombiano, permite que algunas capturas producidas en marcha de la investigación o en el juicio no sean susceptibles de control de legalidad, constituyéndose por esta razón una carencia de garantías por falta de control frente al fenómeno de la captura y la actividad de policía.

3.- Control de legalidad de la captura

Preliminarmente, la definición de algunos términos, al tenor del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión², adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988³, confrontada con las definiciones en la legislación interna.

Arresto.- Se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad. Esta definición en la legislación interna se aproxima a la definición de captura, contenida en el art. 297 de la Ley 906⁴, pero al tenor del art. 34 y ss., específicamente los

2 Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

3 Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988 (Asamblea General ONU)

4 Art. 297, Ley 906 C.P.

arts. 36 y 40 del C.P.⁵, el arresto es una pena.

Persona detenida.- Se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito. La definición más próxima en nuestro ordenamiento procesal penal la encontramos en el art. 307⁶, rotulado como medida de aseguramiento.

Persona presa.- Se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito. En la legislación interna, el término de persona presa no existe por razones de coherencia con el art. 1 constitucional, que estatuye un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana. El régimen penitenciario y carcelario de Colombia se rige por las leyes 65 de 1993 y 1709 de 2014⁷, y en ellas no se encuentra la palabra preso, sino, interno o condenado, según sea la situación procesal, sin dejar de observar que administrativamente en los establecimientos carcelarios para efectos de distribución de la población, condenado es el sentenciado, indistintamente que la sentencia se encuentre o no ejecutoriada.

4. Marco constitucional

Básicamente son dos disposiciones de este nivel jerárquico las que regulan políticamente el fenómeno de la captura, una para cada evento; la producida por orden judicial, que es la regla, y la producida en estado de flagrancia, que es la excepción.

4.1. Art. 28. ...Nadie... puede ser... reducido a prisión o arresto, ni detenido,... sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente... Registramos que el contenido del mismo

instituto en el pasado, mandaba que podía ser por orden de autoridad competente, por ello, los alcaldes o cualquier autoridad administrativa podían restringir el derecho a la libertad. Transcurrió un siglo para llegar a donde estamos hoy, reservada la orden a la autoridad judicial; ahora, la Fiscalía General de la Nación en la estructura constitucional pertenece a la rama judicial, pero ella no es titular de la función de ordenar la captura, entendamos que lo es en eventos excepcionálísimos; ahora, la tarea es luchar para que el

5 Código Penal. art. 34 y ss., específicamente arts. 36 y 40.

6 Art. 307, Ley 906.

7 Ley 65 y 1709.

cuerpo normativo constitucional estatuya en la redacción que en vez de decir autoridad pertenece a la rama judicial, pero ella no es titular de la función de ordenar la captura, entendamos que lo es en eventos excepcionalísimos; ahora, la tarea es luchar para que el cuerpo normativo constitucional estatuya en la redacción que en vez de decir autoridad judicial competente diga juez de control de garantías.

Entendamos que el vocablo detenido contenido en el mandato constitucional es político, porque en términos técnico-jurídicos, detenido es aquella persona que por decisión judicial se le ha restringido el derecho a la libertad por imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, con fundamento en el art. 307 de la Ley 906⁸. En su defecto, léase en la norma constitucional para nuestro interés temático, capturado. La prisión y el arresto, que son términos también utilizados en el texto constitucional, en el tecnicismo legal corresponden a las penas asignadas a los delitos.

En el inciso segundo de la disposición 28, léase persona capturada, que tiene que ser puesta a disposición del juez constitucional de garantías en el término máximo de 36 horas; entonces, un entendido armónico de los dos incisos tiene que ser que solo el juez competente tiene facultad soberana de mandar a capturar.

4.2. Art. 32. Estatuye la otra forma de captura, en el sentido de facultar a cualquier persona para que el delincuente sorprendido en flagrancia sea aprehendido. El término delincuente no es constitucional, a pesar de estar en la Constitución, porque no se compadece con la estructura antropocéntrica fundada en la protección de la dignidad. Y solo en gracia de discusión, delincuente es la persona que ha sido condenada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada.

La regla constitucional de la captura, es que solo es posible por orden escrita de autoridad judicial competente, y la excepción también constitucional del fenómeno es en los casos de flagrancia, excepción que armoniza con el elemento fundacional de nuestro contrato social, cual es la solidaridad, contenido en el artículo 1⁹, y el apoyo a la administración de justicia contenido en el art.

8 Artículo 307, Ley 906.

9 Artículo 1° constitucional.

95, numerales 2 y 7¹⁰. Por vía de reglamentación de las normas constitucionales, la Fiscalía que pertenece a la rama de los jueces, en determinadas circunstancias puede ordenar la captura de una persona.

Claro queda que solo son dos formas constitucionales de hacer una captura, sin posibilidad de híbrido, cuál sería la de un particular facultado para materializar la orden escrita de autoridad judicial de captura; esto no es posible, porque es el art. 32 constitucional¹¹ el que reserva de manera exclusiva la posibilidad que tenemos los particulares de capturar solo en estado de flagrancia. El antropocentrismo como estructura constitucional no da espacio para administrar la justicia por la propia mano, la captura es el fenómeno más invasivo del derecho fundamental a la libertad, y en ponderación esto prima frente a la solidaridad que soporta el fenómeno de la captura en flagrancia; entendido diferente es permitir la degradación del pasado, cuando la exhibición de un miembro del cuerpo humano era prueba de cumplimiento de un cometido generador de recompensa; es más digno recompensar a quien suministra la información para que la autoridad cumpla con la orden de captura.

Algunas cifras porcentuales conocidas nos indican que algo más del 78% de las capturas se producen en estado de flagrancia y el 21% por orden escrita de autoridad judicial competente, y escaso, muy escaso porcentaje por orden fiscal, estimación que hago con fundamento en el conocimiento informal, pero creíble.

Lo anterior indica que la regla constitucional de la captura materialmente está invertida, porque la captura en flagrancia es inmensamente mayoritaria, ello porque algo está funcionando descoordinadamente. Un entendimiento del fenómeno, es que la dinámica de la Fiscalía General de la Nación depende del actuar policivo. Sí, porque muy a pesar de que la captura en flagrancia está autorizada para que la hagamos los particulares, esta prácticamente no ocurre, y cuando ocurre, es para linchar al capturado, lastimeramente así ocurre. La actividad judicial penal es directamente proporcional a la vigilancia policial y no a la labor investigativa del ente titular de la acción penal; si aceptamos esta dinámica, el ideario es fortalecer a la policía y no a

10 Art. 95 numerales 2 y 7.

11 Art. 32 constitucional.

la administración de justicia, amén del sufrimiento investigativo de la autoridad frente a la delincuencia organizada, que por regla organiza el proceder y la defensa antes de la comisión de la conducta.

La reglamentación procesal penal, en la parte pertinente, título III, capítulo único, se encarga de la formulación de la imputación; el capítulo II regla lo referente a la captura en el art. 297 a la que procede por orden de autoridad y por escrito, y el art. 301 la que se hace en flagrancia, y el capítulo III se encarga de la medida de aseguramiento. Esto quiere decir, que formalmente en el proceso penal lo primero es la citación para imputación, segundo, la captura, pero en primer plano por orden escrita de autoridad, y en segundo plano, la que se hace en flagrancia, y lo último es la medida de aseguramiento, todo en obediencia constitucional, pero amen que esté consonante con la realidad judicial, porque la citación es una especie en vía de extinción, la captura es mayoritariamente en flagrancia y la petición de imposición de medida de aseguramiento de detención en recinto carcelario es lo general.

5. Reglamentación de la captura

El fenómeno de la captura como tal es uno solo, pero teniendo en cuenta por qué, cómo, cuándo, a dónde, o quién la haga, la reglamentación es diferente para cada caso.

5.1. Orden escrita de captura. Art. 297 Ley 906. Regula la captura de la persona en virtud de orden escrita proferida por un juez de control de garantías, y su tenor literal indica que el capturado será puesto a disposición de un juez de garantías en el plazo máximo de 36 horas, es decir, que el contenido tácito de la disposición es que la persona capturada debe ser puesta a disposición del juez de manera inmediata. La orden de captura por el juez de garantías constitucionales, se imparte a ruego de la Fiscalía en audiencia reservada, donde se hace la valoración jurídica de los elementos materiales de prueba, evidencias físicas e información obtenida que se presentan como soporte para el juicio de valor que hace el juez en la decisión de ordenar la captura.

Como la audiencia donde se ordena la captura es reservada, a ella no asiste la defensa; en consecuencia, los elementos materiales de prueba no tienen control previo ni posterior, el control es posterior pero solo del procedi-

miento de captura; significa que los elementos materiales probatorios se quedan sin control previo y sin control posterior. Si se ruega la orden de captura por parte de la Fiscalía, es porque la conducta objeto de investigación comporta la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario; entonces se entiende, que seguidamente se celebrarán las audiencias concentradas de imputación y de imposición de medida de aseguramiento; en este escenario, como alternativa de defensa frente a la probable imposición de la medida de aseguramiento de detención, se puede alegar por parte de la defensa que el procesado, de haber sido citado, hubiera comparecido cumplidamente en esa oportunidad y en las siguientes, esto para cerrar el espacio de aplicación de art. 308, numeral 3 de la Ley 906¹². Igual acontecer se puede profesar en aquellos casos donde la Fiscalía ha consumido tiempo bastante entre el conocimiento de la comisión de la conducta y la celebración de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, sin que el imputado haya sometido a riesgo a la comunidad en razón del comportamiento social; siendo ello así, se le cierra el espacio argumentativo a la Fiscalía en la pretensión de asegurar al procesado si invoca como fundamento el numeral 2 de la norma en cita, desde luego, siendo comprensivo de las circunstancias propias de la delincuencia organizada, donde la citación no comporta el proceder reclamado.

Para garantizar derechos y cumplir con la representación, mientras permanece el esquema procesal en punto de interés, el defensor en audiencia de control de legalidad de la captura producida por orden escrita del juez competente, debe esforzarse en la audiencia para conquistar el espacio de examen de los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas y la información obtenida por la Fiscalía; para ello, consideramos prudente argumentar con fundamento en la norma principalista 8 literal j de la Ley 906¹³, por cuanto está instituida para regular la actuación procesal y no para una determinada etapa procesal, y entendiendo el término prueba como sinónimo de evidencia, o sea, en sentido amplio y no puramente gramatical-técnico-procesal.

12 Art. 308, numeral 3 Ley 906.

13 Art. 8 literal j, Ley 906.

La cita jurídica original que regula la orden de captura es el art. 297 de la Ley 906¹⁴, que sufrió control constitucional superado condicionalmente por la sentencia C-190 del 15 de marzo de 2006¹⁵, en punto de ordenar la reglamentación de los límites de procedencia de la orden de captura por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Posteriormente la Ley 1142 de 2007, apuntando a la condición de la sentencia constitucional citada en inciso anterior, su art. 21 reforma el art. 300 de la Ley 906, e impone un motivo necesario, y la concurrencia de una de tres causales para que la orden de captura por orden fiscal sea procedente. El motivo es que no se encuentre un juez que pueda ordenarla, y las causales son: 1. Riesgo inminente de que la persona se oculte... 2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios. 3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima. En resumen, constitucionalmente se puede capturar a una persona por orden escrita del juez de garantía, por los particulares en estado de flagrancia y por parte de orden fiscal; ya dijimos que el motivo de procedencia de la orden de captura por parte de la Fiscalía es que no exista juez que pueda ordenarla. Como quiera que el art. 11 de la ley estatutaria 270¹⁶, modificado por el art. 4º de la Ley 1285 en su parágrafo 3º¹⁷ manda que en cada municipio debe despachar un juez, entonces desaparece el motivo requerido para hacer procedente la orden de captura por parte del fiscal; en consecuencia, toda orden de captura emitida por un fiscal se torna ilegal.

5.2. Captura en flagrancia. Art. 302 C.P.P. Regula el procedimiento de legalización de la captura en flagrancia, disponiendo dos términos. 1. Inmediatamente, cuando la captura es realizada por la autoridad, a más tardar en el término de la distancia, para conducirlo ante el fiscal delegado correspondiente, y 2. En el término de la distancia, cuando la captura la hace un particular, para conducirlo ante la autoridad de policía. En todo caso, con el fundamento 28 constitucional reglamentado por el art. 297 Ley 906, la legalización de la captura debe hacerse dentro de las 36 horas, contadas a partir de la aprehensión.

14 Art. 297, Ley 906.

15 Sentencia C-190 del 15 de marzo de 2006.

16 Art. 11, Ley 270.

17 Art. 4º parágrafo 3º, Ley 1285.

Formalmente son dos términos, según el caso (inmediatamente y a la distancia), pero con el elemento común que el plazo máximo es de 36 horas para iniciar la audiencia de judicialización de la captura, es decir, que se puede plantear que estando dentro de las 36 horas una captura es ilegal, debido a la mora en su control de legalidad, ocurriendo por este motivo una causal de libertad del capturado, son los casos que pudiéndose poner a disposición del juez de garantías de manera inmediata o en el término de la distancia, no se actúa así, sino que se consume injustificadamente el término de las 36 horas; para ello, el cometido nos impone el deber de examinar con celo riguroso la actividad policiva y/o fiscal, pos captura.

Tomamos el término de la inmediatez como mejor estándar de garantía para el capturado en el procedimiento de control de legalidad del fenómeno, al tenor del primer cuerpo del art. 302 de la Ley 906¹⁸, o sea, captura en flagrancia por parte de autoridad; entonces, si la autoridad no procede conforme al mandato e injustificadamente consume tiempo superior a la inmediatez, pero en término de 36 horas, la captura es ilegal. Cuando la captura es por parte de un particular, debe ponerse a disposición de la policía en el término de la distancia, y si se consume injustificadamente tiempo superior, se puede profesar causa de captura ilegal, aun dentro de las 36 horas.

La precisión ideológica del instituto solo para pretender como regla de conducta en la estrategia del litigio, que el mejor estándar de garantía para el capturado que nos confía su representación judicial en pro de los derechos y garantías constitucionales, es que la inmediatez es el término para legalizar la captura, y excepcionalmente son 36 horas máximas, solo si las circunstancias se convierten en insalvables, con el debido soporte de evidencias en estos casos; la experiencia más reciente que registramos como estrategia de litigio local en punto de extemporaneidad, aún dentro de las 36 horas, por ser la inmediatez el mejor estándar, fue el día 7 de marzo de 2016, fecha de evolución de estas líneas por parte del defensor Roberto Sierra Quiroz, en el radicado 2016 607, Juzgado Segundo Penal Municipal de Garantías de Sincelejo.

Como entendemos que la captura en flagrancia es una presunción de auto-ría, y materialmente la defensa se reduce a una causal de ausencia de res-

ponsabilidad, por estas razones y como quiera que esta captura sí tiene control posterior a diferencia con la captura por orden judicial, la defensa debe entender que la importancia de la audiencia es de naturaleza definitiva, por ello se reclama mayor intensidad en la atención, para que el control sea evidentemente material y no formal, entendiendo también que si la Fiscalía no logra legalizar la captura, la complejidad del caso se nos minimiza, porque pierde jurídicamente los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas obtenidas en flagrancia, por cláusula de exclusión al tenor del principio rector 23 de la Ley 906¹⁹ y las normas 276 y 360 de la misma ley; en su defecto, el allanamiento a cargos o preacuerdo, respetando siempre las circunstancias propias de cada caso para dar el paso, es una alternativa de salida al proceso penal de la persona capturada en flagrancia, sin perder de vista el tipo penal, porque aquellos donde los beneficios son excluidos, la decisión de defensa debe ser muy calculada.

La cita jurídica original es el art. 302 de la Ley 906, que sufrió control constitucional superado condicionalmente por la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005²⁰, bajo el entendido que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento, y reformada por el art. 22 de la Ley 1142 de 2007²¹, en sentido de obligar a la policía judicial a la plena identificación y registro del aprehendido, antecedentes y anotaciones. Y la Sentencia 25.920 del 21 de febrero de 2007, C.S.J.²², que distingue la exclusión probatoria con la prueba ilegal.

5.3. Casos de interdicción marítima. Art. 298 parágrafo 2. C.P.P. No constituye una excepción a la inmediatez como término para poner a una persona capturada a disposición del juez de control de garantías, ni al máximo de 36 horas, sino que es la regulación específica de unas circunstancias propias del fenómeno, apenas comprensibles. Así como exigimos el decreto de captura ilegal por el desprecio del tiempo, pero aun en las 36 horas, es razonable que en la interdicción marítima no puede aplicarse la inmediatez ni las 36 horas, contabilizando el tiempo a partir de la captura, sino descontando el tiempo que se consume para llegar al puerto; pero a partir de entonces se aplican

19 Art. 23, Ley 906.

20 Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005.

21 Art. 22, Ley 1142.

22 Sentencia 25.920 del 21 de febrero de 2007, CSJ.

todos los criterios de la captura terrenal. El interés en el punto de captura de persona embarcada, es directamente proporcional al número de casos atendidos por la Defensoría en estas circunstancias.

La cita jurídica original es el art. 298 de la Ley 906²³, reformado por el art. 56 de la Ley 1453 de 2011²⁴, y sufrió control constitucional superado condicionalmente por la Sentencia C-239 del 22 de marzo de 2012, bajo el entendido de que la puesta a disposición de las personas capturadas durante la interdicción marítima ante el juez de control de garantías y la definición de su situación jurídica, deberá desarrollarse en el menor tiempo posible, sin que en ningún momento exceda las 36 horas siguientes a la llegada a puerto colombiano.

5.4. Excepción al control de legalidad de la captura. Art. 298 parágrafo 1 cuerpo segundo. “Lo aquí dispuesto no se aplicará en los casos en que el capturado es aprehendido para el cumplimiento de la sentencia...”.

Sólo el parágrafo 2 de la norma sufrió el control constitucional, que lo superó en términos condicionados a través de la Sentencia C-239 de 2012²⁵; pero el tratamiento procesal y policivo de la persona capturada en virtud de orden escrita de captura impartida por el juez de conocimiento en sentencia condenatoria, en lo pertinente a nuestra concentración no ha sufrido el control constitucional.

Dos cosas son muy distintas, pero sin escindirse: una, la sentencia, y otra es la captura; la sentencia se controla a través de los recursos, y la captura en audiencia ante el juez de control de garantías, con argumentos y fundamentos, pero en el caso excepcional de la captura ordenada en sentencia reglada en el art. 298, parágrafo 1, cuerpo segundo, el capturado pasa sin control directamente al centro carcelario y a disposición del juez de conocimiento que profirió la sentencia o juez de ejecución de penas.

No entendemos la inspiración normativa excepcional, porque consideramos que el capturado por orden de sentencia debe ser controlada su captura al igual que en el presupuesto inicial de la misma norma, sin que esto implique que el juez de control de garantías pueda revisar el proveído sentenciador,

23 Art. 298 parágrafo 2, Ley 906.

24 Art. 298, Ley 906, art. 56, Ley 1453

25 Sentencia C-239 del 22 de marzo de 2012.

sino que se circunscriba exclusivamente a controlar las garantías y los derechos fundamentales de la persona en el fenómeno-procedimiento de captura. La existencia de dos reglamentaciones distintas del mismo fenómeno, por el hecho de la oportunidad procesal en que se produce, constituye una grosería legislativa.

Cuando la autoridad (policía) captura, sin otra obligación que la de trasladar a la persona condenada al centro reclusorio dejándolo a disposición del juez sentenciador, en esos casos se desborda el art. 250. 8 Constitucional²⁶, que estatuye las funciones de dirección y coordinación de la policía judicial por parte de la Fiscalía General de la Nación. El capturado por orden de sentencia debe ser puesto a disposición del fiscal que logró el éxito procesal, para legalizar ante un juez de garantía el procedimiento-fenómeno de captura y examinar el cumplimiento de la protección de derechos y garantías del procesado, quien tiene derechos aunque se las pongan, como lo publicita nuestra institución.

La captura post sentencia está reglada en el procedimiento penal de la Ley 600, en el art. 188²⁷, y contiene tres eventualidades: una, es el cumplimiento inmediato de la decisión relacionada con la detención preventiva del procesado y otras medidas cautelares. Dos, la captura solo cuando logre ejecutoria la sentencia condenatoria. Y tres, cuando el procesado, estando en libertad, en algún momento soportó la medida de aseguramiento durante el proceso.

El art. 298²⁸ del actual procedimiento y el art. 188 del procedimiento anterior, regulan el tema de la captura por orden del juez en la sentencia. La norma antigua regula tres eventos: 1.- Cuando se impone la medida de aseguramiento de detención preventiva, se cumple de manera inmediata. 2.- Cuando se dicta sentencia debe esperarse su ejecutoria. Y 3.- Cuando se dicta sentencia y el procesado estando en libertad, en algún momento procesal soportó la medida de aseguramiento de detención.

La norma joven permite la captura una vez dictada la sentencia, sin ninguna otra consideración, es decir, que la persona que no ha soportado medida de

26 Art. 250. 8 Constitucional.

27 Art. 188, Ley 600.

28 Art. 298, Ley 906.

aseguramiento durante el proceso, puede ser sujeto de cumplimiento inmediato de la captura sin tener que esperar la ejecutoria como antes, quiere decir, que se dio un retroceso del estándar de garantía entre el actual art. 298 y el pasado art. 188.

Como quiera que la Ley 600 está vigente, podemos invocar la norma 188 cuando las circunstancias se den, toda vez que contiene una reglamentación más generosa.

Por demás, en la norma actual, es un deber librar la orden de captura en la sentencia para ejecutarla sin necesidad de ejecutoria; pero se puede diferir la captura a la ejecutoria de la sentencia solo de manera excepcional, bajo el entendido del auto del 30 de Enero de 2008, radicado 28.918²⁹, Corte Suprema de Justicia, donde la carga argumentativa debe justificar la razón abundante sin falta de explicación del por qué no es necesaria la captura. Así la regla esta invertida, porque se tiene que argumentar el por qué se abstiene de ordenar de manera inmediata la captura, siendo mejor estándar el exigir argumentación en el por qué se expide la orden de captura.

En los casos de captura por orden impartida en la sentencia condenatoria fundada en el art. 298 párrafo 1, segundo cuerpo, Ley 906³⁰, y que el procedimiento policivo en nuestra consideración vulneró alguna garantía o derecho fundamental, la alternativa de atención es a través de la audiencia atípica ante juez de control de garantía para cuestionar el procedimiento, con fundamento en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Principio 33 numeral 4, cuerpo segundo.

5.5. Allanamiento. Art. 237 Ley 906. La disposición no regula de ninguna manera el instituto de la captura ni la audiencia de control de legalidad; pero se ha pretendido utilizar la norma en los casos donde resulta capturada una persona en la diligencia de registro y allanamiento, para pretender la legalización de la captura en el mismo término de 24 horas, que es el estatuido para legalizar la diligencia de control donde se retuvieron algunas cosas.

29 Auto 30 de enero de 2008, radicado 28.918, CSJ.

30 Art. 298 párrafo 1, segundo cuerpo, Ley 906.

El art. 237 de la Ley 906, reformado por el art. 16 de la Ley 1142 de 2007 y por el art. 68 de la Ley 1453³¹, sufrió control constitucional superado condicionalmente por la Sentencia C-025 del 27 de enero de 2009³², y por la C-131 del 24 de febrero de 2009³³, bajo el entendido que si el capturado en la diligencia de allanamiento ha tenido noticias de las diligencias practicadas en la etapa de indagación, anterior a la formulación de la imputación que se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de la diligencia de allanamiento.

La Sentencia 28.535 del 9 de abril de 2008, Sala Penal C.S. de J.³⁴, enseña la concordancia de los arts. 228 y 237, estableciendo que son distintos; aquel contabiliza a partir de la terminación de la diligencia, y de manera inmediata debe rendirse el informe, pero el máximo es de 12 horas, que no son susceptibles de sumarse al término de las 24 horas de la norma posterior para hacer el control judicial en audiencia, estos contados a partir del recibido del informe.

5.6. Captura en audiencia. Art. 450 inc. 2 Ley 906. Contiene la facultad del juez de ordena

encarcelamiento del procesado en audiencia de juzgamiento al momento mismo de anunciar el sentido del fallo, lo que merece nuestra atención frente a la naturaleza jurídica de este instituto.

El sentido del fallo no es una decisión judicial, y menos escrita, como tal, por ello, contra él no proceden los recursos ordinarios; sin embargo, ordena el encarcelamiento del procesado. Entonces, no satisface las exigencias constitucionales.

No es una decisión administrativa, como las que pueden tomar los jueces de manera excepcional, (nombramientos, permisos, vacaciones, etc., etc.), estas son por fuera de la actuación procesal, y por esta vía no se puede restringir un derecho fundamental.

31 Art. 237, Ley 906, reformado por el 16 de la Ley 1142 de 2.007 y por el 68 de la Ley 1453.

32 Sentencia C-025 del 27 de enero de 2009.

33 Sentencia C-131 del 24 de febrero de 2009.

34 Sentencia 28.535 del 9 de abril de 2008, Sala Penal CSJ.

No es una decisión disciplinaria, que también pueden tomar excepcionalmente los jueces, porque estas existen solo para controlar el desarrollo de la actuación judicial y el decoro institucional.

No es una orden de las contempladas en el art. 161 numeral 3 de la Ley 906³⁵, tenemos que estas son verbales, y la orden de encarcelamiento tiene que ser escrita, de conformidad con el art. 28 constitucional.

No es una medida de aseguramiento, porque la imposición está reservada al juez constitucional de garantías en etapa investigativa y a ruego de la Fiscalía.

No es sentencia, porque no impone la pena y el proceso aún no se ha cerrado en instancia.

Hasta este momento, la crítica es referente a lo que no es jurídicamente el encarcelamiento del procesado dispuesto de manera verbal en la audiencia de juicio al momento del anuncio del sentido del fallo; entonces, veamos lo que eventualmente puede ser pero que tampoco es.

Si es un auto, proceden los recursos del art. 176 de la Ley 906³⁶, y si procediera el recurso de apelación es en el efecto suspensivo, porque este auto no está en la lista del inc. 2 del art. 177 de la Ley 906³⁷, entonces no produce los efectos procesales de cumplimiento de la decisión; luego, no se puede encerrar inmediatamente al procesado. Si se recurre, no se puede fijar fecha para leer la sentencia.

Si la orden de encarcelamiento es una medida de aseguramiento, debe someterse al art. 308 del C.P.P.³⁸, y no como lo contempla el entendido del auto del 30 de enero de 2008, C.S. de J.³⁹, que la carga argumentativa del juez es para negar el encarcelamiento y no para ordenar el encerramiento.

Frente al panorama legalmente agresivo, los responsables de proteger de alguna manera los derechos y garantías en cada caso particular, debemos pedir por principio de favorabilidad la aplicación del art. 188 inc. 2 de la Ley

35 Art. 161 numeral 3, Ley 906.

36 Art. 176, Ley 906.

37 Art. 177, Ley 906.

38 Art. 308, CPP.

39 Auto del 30 de enero de 2008, CSJ.

600⁴⁰, que está vigente y es posible de aplicación por su generosidad frente al art. 450 de la Ley 906, en los casos en que se disponga el encarcelamiento una vez anunciado el sentido del fallo, y el procesado no haya soportado medida de aseguramiento de detención preventiva en el curso del proceso, o sea, hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia.

La cita jurídica original es el art. 450 del C.P.P.⁴¹, que no ha sufrido modificación y fue demandada su constitucionalidad, sin atención por inepta petición, al tenor de la Sentencia C-144 del 3 de marzo de 2.010⁴².

6. Confuso tratamiento judicial del control de legalidad de la captura. Art. 304 CPP

Viene presentado el fenómeno de la captura por orden escrita de juez, en etapa de juicio que no tienen control de legalidad, cuales son, las que se hacen en audiencia de juicio cuando se anuncia el sentido del fallo condenatorio y la que se hace después de dictada la sentencia, ambas con soporte legal no compartido, pero en la etapa investigativa existe otra captura que no tiene control de legalidad y tampoco soporte legal, y es la que ocurre cuando el juez de garantías de segunda instancia, resolviendo recurso de apelación de la Fiscalía respecto a la ilegalidad de la captura del ad quo, revoca la decisión y ordena la captura; producida esta, el capturado es conducido directamente a centro reclusorio, la afirmación del proceder judicial se torna afirmativa gracias a la experiencia en el Distrito Judicial de Sucre.

Estamos convencidos que como tantas capturas se produzcan en el proceso penal, independientemente de la etapa procesal, tantos controles de captura deben hacerse, porque cada una de ellas es un fenómeno único, distinto, y como tal, los derechos y garantías son las mismas, pero con diferencias modo-tempero-espaciales.

La normatividad supra, constitucional y legal, no contempla excepción alguna para disponer al capturado ante juez, a efectos de constatar realmente la observancia de los protocolos de garantía del

40 Art. 188 inc. 2, Ley 600.

41 Art. 450, Ley 906.

42 Sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010.

derecho a la libertad; en su defecto, corresponde a una analogía en mala parte que no tiene respaldo normativo, sino, que, por el contrario, son tantas las disposiciones reguladoras del fenómeno y en ninguna de ellas se observa excepción.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo,...

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XXV. ...Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad...

Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 7.5.- 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...

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 9. ... Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

Constitución Política de Colombia.

Art. 28...La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes...

Ley 906.

Art. ...297 Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de 36 horas...

Art. 298.

Parágrafo. La persona capturada en cumplimiento de orden judicial será puesta a disposición de un juez de control de garantías en plazo máximo de 36 horas...

7. Habeas corpus. Ley estatutaria 1095

La consagración constitucional de la garantía, al tenor de la disposición 30, reserva el ejercicio de la acción de habeas corpus al presupuesto fáctico de la creencia de estar ilegalmente privado de la libertad.

El desarrollo legal reglamentario es la ley 1095 de 2006⁴³, que en su art. 1, con distintas palabras, estatuye también el presupuesto constitucional de la creencia de estar ilegalmente privado de la libertad, y además, extiende otro, cual es el de la prolongación ilegal.

La línea conceptual de los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sala unitaria, cuando resuelven en instancia superior el ejercicio de la acción de habeas corpus, han sembrado el pensamiento de que el ejercicio de la acción de habeas corpus no puede utilizarse con ninguna de las siguientes finalidades:

- 1.- Sustituir los procedimientos judiciales comunes dentro de los cuales deben formularse peticiones de libertad.
- 2.- Reemplazar los recursos ordinarios de reposición y apelación.
- 3.- Desplazar al funcionario judicial competente.
- 4.- Obtener una opinión diversa a manera de instancia adicional.

Entre otras decisiones que soportan la línea de pensamiento de sala unitaria, es el auto del 21 de abril de 2008, radicado 29.638⁴⁴.

La norma general 1095 de 2006, que por ser reglamentaria tiene control constitucional previo de exequibilidad, lo resistió a través de la Sentencia C-189 de 15 de marzo de 2006⁴⁵.

La regla general de comportamiento judicial, respecto al habeas corpus, es que no procede cuando se ha impuesto la medida de aseguramiento, pero existe un antecedente excepcional en el Tribunal Superior del Distrito de Manizales, que lo comprimimos de la siguiente manera:

43 Ley 1095.

44 Auto 21 abril de 2008, radicado 29.638 CSJ Sala Penal.

45 Sentencia C-189 del 15 de marzo de 2006.

Persona capturada, legalizada de manera extemporánea a las 36 horas; en audiencia continua se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, esto ocurrió en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de la Dorada Caldas el día 4 de marzo de 2008, se surte el recurso de apelación respecto a la real extemporaneidad de la legalización de la captura, y el Juzgado Penal del Circuito, en segunda instancia de garantías, revoca la legalización de la captura por causa de extemporaneidad, pero no ordena la libertad de los capturados, con el argumento de la vigente medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta. La defensa, en ejercicio de la acción de habeas corpus, ante el juez segundo de ejecución de penas, no logra el cometido de la libertad, pero la Sala Penal del Tribunal de Caldas, en segunda instancia de habeas corpus, el día 17 de abril de 2008 revoca la negativa y ordena la libertad inmediata de los capturados, por haberse legalizado la captura de manera extemporánea sin que existiera causa razonable.

Lo anterior permite afirmar que el razonamiento silogístico es prehistórico y dañino, que actualmente se impone el análisis, el argumento y el fundamento constitucional en cada caso concreto en pro de las pretensiones de garantías del procesado que nos ha confiado la representación judicial, y que el habeas corpus es proponible como acción protectora de la libertad en los casos que se ha legalizado la captura con violación de una cualquiera de las garantías, y no solo por causa de extemporaneidad de la legalización de la captura, y como creencia de estar ilegalmente privado de la libertad.

8. Derechos del capturado

Los derechos de la persona capturada, sin distinción de que sean por orden escrita de autoridad judicial competente o en estado de flagrancia, consagrados en el art. 303 de la Ley 906⁴⁶, son:

- 1.- Conocer la causa y procedencia de la orden de captura.
- 2.- Comunicación del capturado.
- 3.- Guardar silencio y la protección familiar.
- 4.- Designación de defensor.

De violarse estos derechos, desde luego que procede la ilegalidad de la captura de una persona, pero no es el común, la regla general y material de la ilegalidad se da por la violación de otras garantías diseminadas en la normativa.

1.- Extemporaneidad. Inmediatez.

2.- Dignidad humana. Mal trato.

La cita jurídica original es el art. 303 del C.P.P., que sufrió control constitucional superado condicionalmente por la Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009⁴⁷, bajo el entendido que las mismas incluyen en igualdad de condiciones a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

Desde siempre, en la tarea de difusión e implementación del SPA, las corporaciones interesadas en la tarea y las obligadas funcionalmente, han instruido a título de capacitación el comportamiento de la autoridad en punto de control de legalidad de la captura; entre otras tenemos:

Consejo Superior de la Judicatura.

Sala Administrativa.

Conversatorio del Sistema Penal Acusatorio, Segundo Texto sobre Captura.

9 de agosto de 2.005.

¿Qué pasa si una captura se realiza en cualquiera de las tres modalidades anteriores, pero se omite informar los derechos del capturado, o no se pone al capturado a disposición de la Fiscalía con la inmediatez legalmente exigida o se infringe agravio moral o físico al capturado?

“Desde otra óptica, se estima que la inobservancia de los procedimientos consagrados en la ley penal sí afecta la legalidad de la captura. Ello, en razón a que no son regulaciones caprichosas del legislador, sino que constituyen verdaderos derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales; así, por ejemplo, el derecho de todo aprehendido a que se le lleve sin tardanza ante un juez, figura entre los derechos humanos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo art. 9.3 establece: *“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal*

⁴⁷ Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009.

será llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”, Esta obligación también la consagra el art. 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

La protección de este derecho tiene dos finalidades, la de verificar el estado satisfactorio de la persona privada de la libertad, es decir, que se le haya respetado su integridad física y moral y, en segundo lugar, verificar si la aprehensión se ajustó a las previsiones constitucionales y legales que regulan el ejercicio de las potestades estatales.

En conclusión, la ilegalidad de una captura puede originarse no sólo en la ausencia de los presupuestos determinados en el art. 297 del C. de P.P., como son el mandamiento escrito por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos legales, o en ausencia de los presupuestos de la captura excepcional del art. 300 del mismo estatuto procesal, sino también cuando se hayan omitido los procedimientos correspondientes violando los derechos humanos reconocidos universalmente”.

9. El juez que ordena la captura es el mismo que la controla

Antes advertimos, que la expedición de la orden de captura aplica para los delitos contra los cuales procede la medida de aseguramiento de detención preventiva. Cuando la orden se expide y se cumple, por razones propias del sistema, especialmente logísticas, corresponde a ese mismo juez controlar la captura, pero por lo general esta es una audiencia concentrada con las inmediatamente siguientes, cuales son, las de imputación y la de petición de imposición de medida de aseguramiento. Si la Fiscalía no logra legalizar la captura (excusas por la elemental observación), la recomendación para el procesado es abandonar el recinto y no esperar las otras dos audiencias; pero cuando la Fiscalía logra legalizar la captura, el procesado sigue privado de la libertad por causa de la orden de captura y es obligado a la presencia en las dos siguientes audiencias. Como el juez ordenador de la captura conoció de los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas y la información obtenida que ofreció la Fiscalía en la audiencia reservada, y son los mismos que se ofrecen para pretender la medida de aseguramiento, significa que está conociendo en una segunda oportunidad procesal de las mismas armas fiscales; por tal razón, resulta con algún compromiso el art. 8

de la Ley 90648, que manda la igualdad entre Fiscalía y defensa, porque el ofrecimiento y la argumentación está en proporción de dos a uno; también el art. 39 inc. 2 C.P.P.⁴⁹ que regula la función de control de garantías. Nuestra apreciación es consciente que en punto de derecho existe tema pacífico entre la expedición de la orden y el control de legalidad de la captura ocurrida con ocasión de esa misma orden por parte del mismo juez, pero la rebelión que se entusiasma es entre la audiencia reservada de expedición de orden de captura y la de petición de imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva por parte del mismo juez con los mismos soportes, por cuanto consideramos que se encuentra impedido gracia al art. 56 numeral 6 del C.P.P.⁵⁰

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Unitaria, expediente 25000-23-27-000-2012-00298-01, decisión de habeas corpus, segunda instancia del 7 de mayo de 2012⁵¹, al resolver una recusación y petición de libertad contra el juez que coincide entre la orden de captura y legalización de la misma.

“Como acto judicial, la orden de captura no es susceptible de análisis en la audiencia de legalización de captura, pues el control que efectúa el juez con función de garantía no es sobre la medida sino sobre su ejecución, centrándose la verificación en el trámite efectuado por la policía y la Fiscalía para la ejecución y legalización de la captura, en procura de comprobar que se atendieron las exigencias legales”.

Observamos que son escenarios distintos: uno, el juez coincidente entre la expedición y el control de la captura, y otro distinto es entre el juez ordenador de la captura e impostor de la medida de aseguramiento.

10.- Captura sin reglamentación

La sabiduría de la norma jurídica consiste en la máxima aproximación de regulación de la conducta, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones presentes en su materialización. Difícilmente una descripción tiene capacidad reguladora de todas las eventualidades.

48 Art. 8, Ley 906.

49 Art. 39 inc. 2, Ley 906.

50 Art. 56 numeral 6, Ley 906.

51 Decisión 2ª instancia, Sala Unitaria, 7 de mayo de 2012, radicado 2012-00298-01.

La persona privada de la libertad no está excepta de comisionar conductas punibles, la cual debe imputarse, y si ella prohíja medida de aseguramiento a efectos de imposición, el autor es capturado, y las dos únicas formas son por orden judicial escrita o en estado de flagrancia, y la experiencia indica que ocurre es esta modalidad.

Una cualquiera de las dos formas de captura existente que se haga a una persona privada de la libertad, se nos ocurre descalificarla porque no responde a las circunstancias y condiciones propias del fenómeno. No tiene sentido lógico natural ordenar la capturar de una persona capturada, no tiene sentido lógico natural capturar a una persona en flagrancia que está bajo la vigilancia, control y cuidado de la autoridad.

Como quiera que las consecuencias jurídico-procesales para el capturado en una u otra de las formas de captura, es diferente en su gravedad con proyección punitiva, se hace necesario regular el fenómeno de la captura de los internos de manera sabia, amén de diseñar un mandato tenedor en cuenta que esta clase de captura para todos los efectos comporta sustancialmente igual a la captura por orden judicial escrita y garantizar así una menor invasión al ya caído en desgracia.

Conclusiones

1. La captura es un fenómeno invasivo a la dignidad humana, por ello el defensor debe estar atento en la audiencia de control de legalidad para hacer valer los derechos y garantías del capturado.
2. Solo existen dos formas de captura: la producida por orden escrita de autoridad judicial competente y la hecha en flagrancia. La captura ordenada por autoridad fiscal merece todo cuestionamiento, porque esta procede por el motivo de carencia de juez y legalmente en todo municipio debe haber juez.
3. El término de control de legalidad de la captura es la inmediatez como mejor estándar, y su control no puede superar las 36 horas. Aun dentro de las 36 horas el control de legalidad puede ser extemporáneo.
4. En el proceso penal regulado por Ley 906, existen capturas que no son sometidas al control de legalidad; en estos casos, la defensa debe ser intensa y apoyada en instrumentos internacionales.

5. Actualmente en Colombia existen dos códigos de procedimiento penal vigentes, y ambos regulan el control de legalidad de la captura; por ello en circunstancias propias y procedentes, debemos seleccionar a efectos de aplicación la norma más generosa.

6. Existen presupuestos facticos de manera bastante diferenciada, que por ello no es susceptible aplicar la regulación de la captura por orden escrita de autoridad judicial competente ni en flagrancia.

7. La acción constitucional de habeas corpus es susceptible de ejercicio en casos de violación flagrante de garantías en el fenómeno de la captura, una vez agotados los recursos ordinarios.

Referencias bibliográficas

Auto del 30 de enero de 2008, radicado 28.918, Sala Penal, CSJ.

Auto del 21 de abril de 2008, radicado 29.638, Sala Penal, CSJ.

Código Penal.

Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobado por Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

Constitución Política de Colombia.

Decisión 2ª instancia, Sala Unitaria, 7 de mayo de 2012, radicado 2012-00298-01.

Ley 1142.

Ley 1453.

Ley 1095.

Ley 600.

Ley 906.

Ley 65.

Ley 1709.

Ley 270.

Ley 1285.

Sentencia C-190 del 15 de marzo de 2006.

Sentencia C-591 del 9 de junio 9 2005.

Sentencia 25.920 del 21 de febrero de 2007, Sala Penal, CSJ.

Sentencia C-239 del 22 de marzo de 2012.

Sentencia C-025 del 27 de enero de 2009.

Sentencia C-131 del 24 de febrero de 2009.

Sentencia 28.535 del 9 de abril de 2008, Sala Penal, CSJ.

Sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010.

Sentencia C-189 del 15 de marzo de 2006.

Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009.

DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN, AL DE CONCENTRACIÓN Y EL NUEVO ROL DEL ADMINISTRADOR DE JUSTICIA

“En la justicia no cabe demora:
y el que dilata su cumplimiento, la vuelve contra sí”.

JOSÉ MARTÍ

Iván Alfredo Otero Mendoza¹

Resumen

El artículo 250 de la Constitución Política de Colombia establece que el juicio debe ser un “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”. De esta forma, se suscita la importancia de los principios de concentración y de inmediación de la prueba dentro del sistema penal acusatorio. De acuerdo con lo anterior, el presente trabajo establece un análisis sobre dichos principios y la forma como estos se presentan, en las normas procesales, en particular en las que regulan el desarrollo de la audiencia de juicio en Colombia.

Este artículo pretende hacer una revisión de los nuevos roles de cada uno de los actores procesales en la audiencia de juzgamiento del proceso penal, relacionando los principios constitucionales y el debido proceso, además de señalar las implicaciones que traen consigo las nuevas orientaciones definidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Co

1 Iván Alfredo Otero Mendoza. Abogado Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho penal, Universidad Externado de Colombia. Especialista en investigación criminal y juzgamiento en el sistema acusatorio, Universidad Católica de Colombia. Especialista en derecho procesal penal, Universidad Externado de Colombia. Coordinador académico de la Regional Cesar.

lombia, y que influyen en la nuevas formas de interpretar la prueba en la administración de justicia.

Esto se presenta no sin antes hacer un estudio comparado de nuestro sistema penal acusatorio con el de otros países del orbe, para determinar así, las falencias legislativas y prácticas, y llegar algunas conclusiones que den cuenta de la desfiguración de nuestro sistema acusatorio, llevándolo a escenarios inestables, en especial en detrimento de los derechos del procesado.

Palabras claves: Principios de inmediación, concentración, justicia, Sistema Penal Acusatorio.

Abstract

Article 250 of the Constitution of Colombia establishes that the trial should be a “public trial, oral, with immediacy of evidence, contradictory, concentrated and with all the guarantees”. Thus, the importance of the principles of concentration and immediacy of the test within the accusatory penal system arises. According to the above, this paper establishes an analysis of these principles and how these are presented in the procedural rules, especially those governing the conduct of the hearing of trial in Colombia. This article aims to review the new roles of each of procedural actors in the adjudication hearing of criminal proceedings relating to constitutional principles and due process, besides pointing out the implications they bring the new guidelines set by the Board Criminal Cassation of the Supreme Court of justice of Colombia, and influencing new ways to interpret the test in the administration of justice. This occurs not before making a comparative study of our adversarial criminal justice system with other countries in the world, to determine as well, legislative gaps and practices, and reach some conclusions that realize the disfigurement of our adversarial system, leading to unstable scenarios, particularly detrimental to the rights of the accused.

Keywords

Principles of immediacy, concentration, justice, Criminal Adversarial System.

Introducción

De acuerdo con Ferrajoli (1995, p. 564) el sistema penal acusatorio es un

“sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”.

Para desarrollar a cabalidad un sistema penal acusatorio se entiende el principio de la inmediación como la piedra angular del mismo, según la Sentencia T-205/11, así:

Los principios de concentración y de inmediación de la prueba dentro del sistema penal acusatorio contienen una caracterización trascendental. La inmediación permite al juez percibir de su fuente directa las pruebas y las alegaciones de las partes, mientras 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, principios estos que deben ser acatados con rigurosidad. (Corte Constitucional. Sala de Casación Penal. Sentencia T-205/11).

Por su parte, Pfeiffer, Gerd (Citado en Guerrero, 2005) define el principio de inmediación de la prueba como “aquella posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal”.

Cabe señalar, que la Constitución Política de 1991, aun con sus aspectos garantistas, se enmarca en el contexto de la apertura económica, tal como lo señala Moreno Durán (2014, p. 80), hoy cuando se habla del sistema oral penal acusatorio:

Posiblemente con objetivos tales como la simplificación del tiempo en los procesos, ahorro económico en la inversión de los mismos por parte de los Estados y simplificación de las infraestructuras entre otra, principios próximos al utilitarismo y pragmatismos anglosajón, con el agregado que la racionalidad y planificación del sistema, aseguraría más pecunio, para que estos estados cumplan con sus compromisos adquiridos en los empréstitos y el mundo de los mercados fl par con el nuevo *laissez passé* y *laissez faire* empujados por la mano invisible del egoísmo y la competencia pura.

Esto como respuesta al interrogante de cómo un sistema procesal nacido de una cultura anglo americana, con valores y costumbres tan diferente a los

nuestros, pueda radicarse en estos países. Pero a más de cumplir compromisos económicos y políticos, resalta el autor nombrado los fines jurídicos:

Los objetivos más importantes que motivaron la reforma fueron el de hacer más eficiente el sistema penal; perseguir la criminalidad grave y organizada, según lo político criminal vigente; hacer más garantista el sistema penal; garantizar idónea atención a víctimas; Implementar el programa de justicia restaurativa; mejorar la confianza en el sistema penal y mejorar la calidad de las decisiones en materia penal.

Anticipando conclusiones debemos decir que dentro de la eficiencia del sistema debe incluirse necesariamente la percepción directa del conocimiento por parte del juez que va a tomar la decisión. Es apenas obvio que si se pretende mejorar la calidad de las decisiones, debe respetarse la inmediación en la práctica probatoria.

Pero siguiendo con el aspecto histórico, desde 1979 se evidenciaron esfuerzos por acoger el sistema acusatorio. Inclusive la Asamblea Nacional Constituyente discutió la urgencia de un giro radical al sistema procesal penal en vigencia, el cual era de carácter inquisitivo, basados en los principios de independencia de la Fiscalía General de la Nación respecto del ejecutivo; monopolio de las funciones de investigación y acusación en cabeza del fiscal general de la nación y sus agentes; establecimiento de un procedimiento único para la investigación y juzgamiento de delitos; igualdad de condiciones entre el ente acusador y la defensa durante todas las etapas del proceso². De allí que, en el año 2000, siendo Rómulo González el ministro de justicia de la época, presentó un proyecto de reforma el cual nunca fue tenido en cuenta por el legislativo. Después este proyecto fue retomado por el fiscal general Luis Camilo Osorio, quien creó una comisión cuya finalidad era la elaboración de un borrador sobre este tópico (Buitrago Ruiz, 2004).

Ahora bien, según la Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio, CISP (2016),

“el sistema penal colombiano sufrió un giro significativo a partir del Acto Legislativo 03 del 2002 mediante el cual nuestro país adoptó el modelo procesal acu-

2 Asamblea Nacional Constituyente. Proyecto de acto reformativo de la Constitución N° 11, Propuesta de Estructura del Sistema Acusatorio, Hernando Londoño Jiménez, *Gaceta Constitucional*, N°10.

satorio, en reemplazo del mixto que lo caracterizó desde la promulgación de la Carta Política del 91”.

Como complemento, y teniendo en cuenta a la misma Comisión se reconoce lo planteado en relación al sistema:

“este sistema, ya implantado en varios países latinoamericanos, entre ellos Ecuador, Bolivia, Venezuela, Chile y Puerto Rico, puede definirse a grandes rasgos como un “proceso de partes” en el cual los roles de defensor, fiscal y juez se encuentran bien diferenciados, en contraposición al sistema mixto en el que las funciones de investigación y juzgamiento podían confundirse en una misma persona, tal como ocurría en nuestro país con la Fiscalía General de la Nación quien, entre otras, contaba con la facultad de ordenar capturas y practicar pruebas” (CISPA, 2016).

Cabe señalar otrora, que a través del Acto Legislativo 003 de 2002 se inició la consolidación de la introducción de un sistema penal acusatorio en Colombia. Precisamente, el art. 4 (transitorio) de este Acto Legislativo reza lo siguiente:

Conformase una comisión integrada por el ministro de justicia y del derecho, el fiscal general de la nación, quien la presidirá, el procurador general de la nación, el presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el defensor del pueblo, el presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres representantes a la Cámara y tres senadores de las comisiones primeras, y tres miembros de la academia designados de común acuerdo por el gobierno y el fiscal general, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República, a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema.

De esta forma, de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002, “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”, el Congreso de la República debía hasta junio de 2004 expedir las leyes correspondientes.

Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código

Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía (Acto Legislativo 03 de 2002).

Asimismo, se plantearon en el mismo Acto Legislativo las previsiones que dieran lugar para la garantía de la existencia de nuevo servidores públicos que se encargasen de la implementación de este nuevo procedimiento, señalándola así:

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen funciones de policía judicial. El gobierno nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública (Acto Legislativo 03 de 2002).

1. Principio de inmediación y de concentración en la doctrina

El profesor Parra Quijano (2009, p. 67), en su Manual de derecho probatorio explica el principio de inmediación de la siguiente forma:

“Si percepción es el proceso de llegar a conocer determinado objeto, es decir, que la percepción está regida por la atención, la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio”.

Asimismo, profundizando en el carácter de la percepción del juez señala:

La percepción del juez, cuando participa en la producción de la prueba, no debe ser de simple registro (pensamiento en situación), sino, en acto, es decir que todas las sensaciones estén ‘esclavizadas por la atención’, para que pueda ir controlando y relacionando lo que el medio va poniendo de presente, y cuando llegue el momento de valorar la prueba, esta sea el resultado de una actividad preparada y no un acto súbito y apresurado (Parra Quijano, 2009, p. 68).

Por otro lado, Decap Fernández (2014, p. 69) nos muestra que el principio de inmediación se desarrolla en dos dimensiones,

“1. Dimensión formal o subjetiva: percepción por sus propios sentidos, sin intermediarios; y 2. Dimensión objetiva o material: de la fuente directa donde se encuentra la información acerca del hecho acaecido”.

De esta forma, el mismo autor concluye que lo anterior significa que:

Si a su vez entendemos que el juicio penal consiste en la determinación judicial acerca de hechos del pasado que en la sentencia se estima han sido debidamente probados, el principio de inmediación está tutelando o garantizando que el juez que decidirá cuáles son los hechos que se deben dar por probados debe percibir a través de sus propios sentidos la fuente directa donde el suceso quedó registrado al momento en que este acaeció, con la finalidad de que conozca esos hechos del pasado sin otras mediaciones más que las propias del soporte donde se contiene dicha información (Decap Fernández, 2014, p. 70).

Cabe señalar, que Muñoz Conde (2003, p. 57), en un concepto que compartimos plenamente, le da a este principio el carácter de fundamental, afirmando que la violación u omisión de este principio desdibuja la esencia de un debido proceso penal garantista, ya que

“si no se cumple con esta exigencia, antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria, y por tanto, una vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal”.

De acuerdo con lo anterior, ya sobre el principio de concentración, la Defensoría del Pueblo y USAID (s.f., p. 13), lo define como

“la necesidad de que la prueba se forme ante el juez, y el mismo juez, obliga a que la actuación se concentre en una sola etapa. En ella debe recaer toda la actividad procesal destinada a producir decisiones jurisdiccionales”.

Este principio de concentración no solo busca la aceleración del proceso, sino evitar que este y su desarrollo se tergiversen, violando derechos y garantías procesales, al extender indefinidamente en el tiempo el proceso y sus etapas.

“Esa medida para acelerarlo es concentrar las actuaciones en un espacio de tiempo lo más corto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso. Este principio aparece relacionado con la oralidad y la inmediación” (Parra Quijano, 2009, p. 712).

2. Sistema penal acusatorio y principio de inmediación y de concentración en otros estados

Un antecedente directo del principio de inmediación para América es el capítulo 37 de las Ordenanzas de Corregidores, ordenadas por los reyes católicos, a las que se refiere Dougnac Rodríguez (2006, p. 426) que instituía lo siguiente:

Otrosí, que en los processos criminales, y en los civiles, arduos, y de importancia, siempre tomen, y examinen por sí los testigos ante el Escrivano, y cada testigo por sí, sin lo cometer al Escrivano, ni á otro, so pena que el Juez que assi no lo hiciere, por la primera vez incurra en pena de cinco mil maravedis, y el Escrivano de dos mil: y por la segunda doblado; y por la tercera, que sean privados de los dichos Oficios que assi tuvieren.

En relación al sistema mexicano, el 18 de junio de 2008 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman los arts. 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta reforma significó la entrada del sistema penal acusatorio en México, constituido a través de los siguientes elementos jurídicos:

El nuevo proceso tiene como eje central el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por la conducta delictiva sean reparados de manera directa... Así, la jurisdiccionalidad, la concentración y continuidad en los actos procesales, la posibilidad de contradecir los argumentos de cargo y de descargo, la inmediación a través de la experiencia sensorial del juez en el desenvolvimiento del proceso mediante la exposición directa e inmediata de las alegaciones de las partes, así como de la personalísima recepción y desahogo de pruebas, junto con la oralidad como medio de cohesión e ilación de las diferentes etapas procesales y la prevalencia del principio de presunción de inocencia deberán permear en toda la secuela procedimental. Siendo que, finalmente, la publicidad del proceso permitirá transparentar las decisiones judiciales en los casos a debate, y así desterrar con ello la idea de impunidad y de corrupción que se ha arraigado en el sentir de la sociedad (Morcillo Moguel, 2014, p. 12).

Por lo tanto, la introducción del sistema penal acusatorio en México perseguía unos fines, siendo el primero la racionalización en la impartición de justicia, aduciendo los altos costos que implica poner en funcionamiento el

sistema; aumentar la eficiencia; simplificar el procedimiento; ampliar la participación de la víctima; y recuperar la confianza ciudadana en la justicia.

Este sistema introdujo unos principios, entre ellos, el principio de concentración. La Suprema Corte de la Justicia de la Nación, de México, señala que:

El principio de concentración no es otra cosa que la unificación o reunión en un mismo acto de cuestiones determinadas con la finalidad de que la audiencia se desarrolle en una sola sesión o en el menor número de estas. La finalidad de tal principio reviste gran importancia en el propio curso del procedimiento, pues con ello se facilita el trabajo del enjuiciador pues al efectuarse una verificación de pruebas y argumentos de manera concentrada, permiten que se obtengan los fines del sistema acusatorio que en puridad no es otra cosa que la verificación de la verdad material con la consecuente consecuencia jurídica. Tal es la importancia que dicho principio reviste que inclusive se puede anular un juicio y ordenarse su reposición (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia 866/2002).f).

Frente al principio de inmediación, del mismo sistema penal acusatorio mexicano:

En el juicio oral es donde se practican las pruebas, ya que solo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia, este principio nació como consecuencia del proceso liberal que se contraponía al sistema de justicia secreta, el juicio por tanto debe ser oral y público para que cualquiera pueda verlo y oírlo y por tanto los jueces solo puedan acceder a la prueba practicada ante ellos, por lo que el juez que dicte la sentencia deber haber asistido a la práctica de las pruebas, apreciando las declaraciones y observando directamente los diversos medios de prueba que se desahoguen en el juicio oral. (ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones..., 2010, pág. 46)

Pese a esto, las críticas frente a la desnaturalización y falta de aplicación del principio de inmediación en México son notorias. Los autores Natarén Nandayapa & Caballero Juárez (2014, p. 27), lo describen a cabalidad así:

“Ahora bien, el incumplimiento del principio de inmediación procesal es otro de los problemas cotidianos en el proceso penal mexicano. El juzgador no está presente en muchas de las actuaciones del proceso, y únicamente interviene cuando hay ‘asuntos delicadillos o el caso es complicado’”.

Por ejemplo, una de las diligencias más importantes es la declaración preparatoria ya que es crucial para todo acusado. Sin embargo, ante la falta de

inmediación, el juez no escucha la versión del indiciado sobre los hechos, y tampoco las posibles irregularidades que pudieron haber existido en la averiguación, de esta forma los mencionados autores se refieren sobre el mismo así:

A pesar de que el juez tiene la obligación de asistir al juicio, así como estar presente en la audiencia de derecho, en la práctica no es así. Prueba de ello es la encuesta aplicada en 2002, donde se preguntó: ¿Estaba el juez en la declaración? Solo el 30% de los entrevistados respondió afirmativamente. Más aún, un 90% reportaron que nunca tuvieron oportunidad de hablar con el juez... En este sentido, parece que los jueces han delegado el grueso de la tramitación del juicio a los secretarios. Esto se deduce con otra respuesta a una pregunta efectuada en la encuesta: ¿Quién considera que lleva el control de las audiencias?, en donde el 51% señaló que el secretario de acuerdos del juzgado, y solo un 8.5% de los encuestados indicaron que el juez (Natarén Nandayapa & Caballero Juárez, 2014).

Cabe señalar, que el sistema penal acusatorio colombiano es una adaptación del sistema puertorriqueño. En relación con el sistema acusatorio de Puerto Rico, se debe destacar que este nace mediante el Decreto Real de octubre 19 de 1888, que es la extensión que España hace a Puerto Rico de la Ley Española de Procedimiento Criminal del 14 de octubre de 1882, naciendo así el juicio oral y público, la separación de los jueces, y la participación del acusado en la plenitud del proceso. Esto cambia en 1902, año para el que Puerto Rico ya era una colonia de los Estados Unidos y adopta entonces el Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico, que era una derivación del Código de Procedimiento Penal de California. Con el nacimiento de la Constitución de 1952, hubo cambios en materia procesal penal, aprobados hacia 1963, y en adelante las reformas del caso. Es pertinente señalar que una de las fuentes del derecho procesal penal en Puerto Rico es la Constitución de Estados Unidos.

Se plantean como objetivos de este sistema procesal penal “asegurar la tramitación rápida y justa de los procesos penales y garantizar al individuo el debido proceso de ley evitando las dilaciones y gastos injustificados” (Morroig, 1998). En este sistema se le permite al juez delegar en otra persona la realización de la audiencia, pero no la recepción y práctica de las pruebas, dando especial trascendencia al principio de inmediación.

Por otro lado, de acuerdo con el sistema procesal penal oral adversarial estadounidense, cabe considerar que está fundamentado en el principio de la inmediación, en el que tanto el juez como el jurado pueden valorar una prueba. La sección primera de la XIV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, de 1865, establece la cláusula del debido proceso así:

Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria (Cassel, s.f.).

Por otra parte, la Enmienda VI de esta Constitución regula lo atinente a los derechos y la observancia del debido proceso dentro de las causas criminales:

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa (Cassel, s.f.).

Seguido de lo anterior, ya que Estados Unidos acoge el sistema anglosajón del *Common Law*, “gran parte del contenido específico de los derechos procesales penales garantizados por la Constitución no se encuentra en el texto constitucional, sino en las interpretaciones judiciales de ella” (p. 351). A esto se le debe añadir que Estados Unidos es un Estado federal, en el cual, cada Estado tiene su propia constitución.

Como complemento, en Alemania se establece que “el proceso penal es el sismógrafo del Estado de Derecho” (Roxin, 1987).

A partir de 1848 los estados alemanes inician la transición hacia un sistema acusatorio, que se consolida, luego de la unificación alemana, con la reforma legal de 1877, sin dejar de mencionar las reformas de 1924 y 1974. Sin embargo, en la actualidad,

“importantes cambios sufre el proceso penal alemán en materia de lectura de documentos y su incorporación al juicio (§§ 251, 256 StPO), produciéndose un significativo detrimento de los principios de inmediación y oralidad de la prueba, resultando con ello muy afectados los derechos del inculcado. Así, se amplían los casos en que la declaración de testigos puede ser sustituida por la mera lectura de documentos en que consten las declaraciones” (Medina Schulz, s.f.).

Esta reforma al Strafprozessordnung (StPO) o Código Procesal Penal alemán, sacrifica el principio de inmediación y las garantías procesales inherentes, privilegiando la celeridad procesal.

3. Tratados internacionales

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), establece en su art. 8 las garantías judiciales, desarrollándolas taxativamente en su numeral 1:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Esta Convención fue adoptada por Colombia a través de la Ley 16 de 1972, y estas garantías se instituyeron en el art. 8 de dicha ley.

En el mismo sentido se pronuncia el numeral 1 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre contiene unas formulaciones referidas al derecho a un debido proceso regular y a la justicia. El art. 18 de esta Declaración determina:

“Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justi-

cia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

En este sentido, el inciso segundo del art. 27 reza:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

Manteniendo esa misma línea, el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales desarrolla lo que denomina Derecho a un Proceso Equitativo así:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

El Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, también conocido como Reglas de Mallorca, profundiza en mayor medida lo concerniente al principio de inmediación como eje de la oralidad, del debido proceso y, en sí, del sistema acusatorio. Bien vale traer en su integridad los artículos de este proyecto concernientes a la inmediación y concentración, iniciando el art. 27, que señala:

“En el juicio oral, se practicarán con plenitud todas las pruebas tendentes a acreditar los hechos imputados y también las que contribuyan a demostrar la inocencia del acusado”.

El art. 29 va más allá:

- 1). Todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el tribunal juzgador.
- 2). Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, esta tiene que ser interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración escrita anterior. Las leyes nacionales establecerán las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de su reproducción. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubieran tenido lugar con intervención del defensor y

se garantice la oportunidad de oponerse a la prueba aportada por las otras partes (principio de contradicción).

El artículo 33, por su parte, dice:

1). Los jueces valorarán libremente la prueba, con arreglo a la lógica y a la experiencia. En los casos de incertidumbre el juez aplicará el principio in dubio pro reo.

2). No se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta, quebrantando derechos fundamentales. La vulneración de esta prohibición acarreará la nulidad de pleno derecho.

3). En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba los jueces en los supuestos de testigos de referencia; declaración de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que solo con otras pruebas corroboradoras de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria.

4. Principio de intermediación y de concentración en Colombia

El art. 250 de la Constitución Política de Colombia claramente dice que el juicio debe ser un “juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley estatutaria No. 001 de 2003 Cámara, que dio nacimiento a la Ley 906 de 2004, enuncia las generalidades del nuevo sistema acusatorio: El constituyente, poniéndose a tono con las exigencias plasmadas en tratados internacionales de derechos humanos de universal aceptación, así lo reconoció consignándolo expresamente en el artículo arriba nombrado.

Pero esta Exposición de Motivos no se queda solo en este enunciado general sino que sienta las bases de lo que hemos venido defendiendo en este artículo, el carácter de esencial del principio de intermediación:

En este proyecto de ley se eleva, por primera vez en la historia del procedimiento penal colombiano, al rango de principio rector, con carácter perentorio y prevalente, la intermediación probatoria, al disponerse que: “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de

conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas” (Ley estatutaria No. 001 de 2003).

El Código Procesal Penal colombiano (Ley 906 de 2004) instaura en el Título preliminar los principios rectores y garantías procesales, definiendo al principio de inmediación en el art. 16 y al de concentración en el art. 17:

Artículo 16. Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este Código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

Artículo 17. Concentración. Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto.

El art. 379 del Código Procesal Penal, sobre la inmediación, regla:

“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”.

5. **Análisis de la jurisprudencia colombiana sobre el principio de inmediación y concentración**

Lamentablemente la jurisprudencia en Colombia ha presentado una notoria involución respecto a la concepción del principio de inmediación, principalmente, desdibujando el rango de principio rector, perentorio y prevalente que estableció la Exposición de Motivos de la hoy Ley 906.

La Corte Constitucional, aun antes de entrar en vigencia la ley 906, explicaba el principio de inmediación en los siguientes términos:

Entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de inmediación, en virtud del cual el juez

debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes como con su contenido o materia, de principio a fin. (Sentencia C-830 de 2002).

Pocos años más tarde, estudiando la exequibilidad de la nueva estructura procesal contenida en la Ley 906 de 2004, expresó:

Las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral. En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales (C-591 de 05).

En sus primeras decisiones dentro del sistema acusatorio, la sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dio una correcta interpretación a los principios de inmediación y concentración, situándolos como bases fundamentales sobre los cuales se edificó el nuevo sistema procesal colombiano. En aquella oportunidad manifestó:

Como bien se sabe, la etapa del juicio se constituye en el eje fundamental del nuevo proceso penal, donde los principios de inmediación y concentración de la prueba se manifiestan en el desarrollo de un debate público y oral, con la práctica y valoración de las pruebas recaudadas y con la participación directa del imputado. El principio de concentración se materializa con esa evaluación en un espacio de tiempo que le permita al juez fundamentar su decisión en la totalidad del acervo probatorio que se ha recaudado en su presencia.

En concreto, atendiendo a los principios de inmediación y concentración, en donde se centra el aspecto fundamental de este pronunciamiento, es deber del juez tener contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que

participan en el contradictorio, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente. Por ello y para que la intermediación sea efectiva, se hace necesario que el debate sea concentrado y que no se prolongue para que la memoria no se pierda en el tiempo. El debate puede agotar todas las sesiones consecutivas que sean necesarias, pero no se debe suspender por un periodo muy largo, pues de otra manera, parámetros de valoración como los propuestos en la Ley 906 de 2004 en sus artículos 404 y 420³, no se verían cumplidos, si se tiene en cuenta que la polémica, tanto jurídica como probatoria del juicio, se debe desarrollar ante el juez de conocimiento, en un lapso breve.

La etapa del juicio se constituye en el eje fundamental del nuevo proceso penal, donde los principios de intermediación y concentración de la prueba se manifiestan en el desarrollo de un debate público y oral, con la práctica y valoración de las pruebas recaudadas y con la participación directa del imputado. El principio de concentración se materializa con esa evaluación en un espacio de tiempo que le permita al juez fundamentar su decisión en la totalidad del acervo probatorio que se ha recaudado en su presencia (Sentencia 27192 del 30 de enero de 2008).

Continuó, en la decisión referenciada, dándole la importancia fundamental a estos dos principios, al punto anular y repetir la actuación procesal cuando las circunstancias han llevado al cambio de jueces y al transcurso amplio del tiempo.

Es este el verdadero sentido de los principios de intermediación y concentración. El juez debe adquirir de manera directa el conocimiento de los hechos, en corto espacio de tiempo para poder tomar decisiones justas, legítimas desde el entendido de la verdad.

Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la intermediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, tales parámetros se verían afectados si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser reemplazado por otro...

Así las cosas, dentro del esquema penal acusatorio y sus referentes rectores, la posibilidad jurídica de reanudar un juicio oral presidido por un juez distinto al que instaló la vista pública puede llegar a desconocer los prin-

3

cipios constitucionales de inmediación y concentración y a distorsionar el papel que el juez debe cumplir en el juicio oral que, como etapa medular, concibe su permanencia de manera imperativa.

Apreciamos en esta decisión todo el valor de los principios en estudio. Si el juez que adquirió el conocimiento mediante el desarrollo del juicio oral que él presidió, es reemplazado por otro funcionario judicial, la actuación debe repetirse para que ese nuevo juez pueda percibir por sus sentidos la prueba y decidir con ese particular criterio. Pero avanza mucho más. Si el juez que practicó la prueba por cualquier motivo pierde el recuerdo vívido de ella, debe repetir su práctica.

Su permanencia hasta finalizar el debate y dictar el fallo correspondiente, es consecuencia lógica del respeto a los principios que se vienen examinando. Tanto así, que el inciso 3° del artículo 454 insiste en la permanencia física de funcionario que controla el debate al punto que, en caso de suspensión de la audiencia de juicio oral, la misma se debe repetir cuando dicho término incida en la memoria de lo sucedido, en los resultados de las pruebas practicadas, así se trate del mismo juez que ha tenido contacto directo con los medios de prueba, pues lo esencial es que mantenga invariable el conocimiento pleno del juicio, indispensable en la formación de su concepto acerca de lo ocurrido en esa fase del proceso.

Le dio también su verdadera dimensión a estos principios al ubicarlos como base medular del sistema, conformantes del debido proceso, razón por la cual no se pueden vulnerar.

De otra manera se afectaría la estructura del nuevo modelo procesal penal y se distorsionaría el rol que debe cumplir el juez y, de contera, se desconocerían garantías fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa.

(...)

En el 2010 la Corte reprodujo este concepto al reafirmar que la inmediación, la concentración y el juez natural son postulados que guían el juicio oral, cuyo desacato constituye desconocimiento de mandatos constitucionales y legales y, en principio, violación del debido proceso. En esta demanda, fallada en el radicado 32829, se solicita la nulidad de la actuación en razón a que en primera instancia la sentencia fue emitida por un juez diferente al que dirigió el juicio oral y emitió el sentido del fallo. Afirma el casacionista que con ese proceder se viola el principio de inmutabilidad del juez, consagrado

en el artículo 454 que obliga al juez estar presente durante el desarrollo del juicio. Esto a su vez, genera violencia de los principios de inmediación y contradicción.

Entendió la Sala en esa oportunidad que el juicio oral constituía el centro de gravedad del proceso penal, en razón a que en este escenario es en donde se da la construcción probatoria, en virtud de la activación de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, y recuerda como en la Sentencia C-873 del 2003 se establecieron los “rasgos estructurales del procedimiento penal”,

incluidas la inmediación y concentración como principios fundamentales y conformantes del debido proceso en el sistema acusatorio colombiano.

Y es que con esta decisión se respeta la inmediación y la concentración en toda su dimensión. No de otra forma pueden entenderse estos principios cuando el artículo 454 dispone que “Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo, en los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez”. (Negrillas propias.)

Para la Corte Suprema de Justicia el apego al respeto de estos principios era tal que en Sentencia del 26 de octubre de 2011 hizo un llamado general a la Rama Judicial para que

Adopten las medidas que correspondan en orden a evitar el cambio de los jueces de conocimiento después de haber dado inicio al juicio oral y, en consecuencia, se reglamente las fechas, épocas, condiciones y oportunidades para hacer efectivo su retiro temporal o definitivo de los despachos a su cargo, teniendo en cuenta los asuntos en trámite, de forma que se preserven los principios de inmediación, concentración, publicidad, oralidad y de juez natural que rigen el sistema penal acusatorio (Sentencia del 9 de diciembre de 2010).

Lo anterior es muestra irrefutable de que la inmediación y la concentración hacen parte esencial del debido proceso dentro de un sistema oral adversativo como el consagrado en la ley 906. Así lo entendió la corte, Suprema y constitucional, en los inicios de la vigencia de la ley.

Lastimosamente estos criterios fueron cambiando con el tiempo, nuestras Cortes decidieron privilegiar el eficientísimo frente al resto de los principios que estructuran un derecho procesal; fue así como en la sentencia de tutela 205 del año 2011 la Corte Constitucional manifestó que si bien los principios de inmediación y concentración eran relevantes dentro del proceso penal, no son absolutos y no siempre deberían respetarse en el juicio. En este orden de ideas, al hacer un examen de ponderación es posible entender la decisión de la Corte, bajo la óptica que lo que se hizo en la mencionada tutela fue privilegiar el derecho superior de un menor que se enfrentaba a una revictimización en virtud a la repetición de un juicio oral por el cambio de un Juez. En esa oportunidad la Corte ante dos derechos fundamentales enfrentados consideró que debía privilegiarse el derecho del niño, pues al repetir el juicio el menor iba a ser sometido a la repetición de unos episodios fácticos que podrían tener repercusiones en su salud mental. Lastimosamente, este criterio que debe entenderse como excepcional puesto que derivó de un proceso de enfrentamiento de derechos fundamentales, fue acogido por la Corte Suprema de Justicia como un general. Hoy en día nuestra Corte ha indicado en varias ocasiones que no es necesario la repetición de un juicio cuando exista cambio de un juez o demoras en el adelantamiento procesal. Así lo consagra la Corte en la

Sentencia de radicación 38.512, del 12 de diciembre de 2012. La Corte dentro de esta Sentencia afirma:

1. El principio de inmediación tiene una connotación eminentemente procesal, definida por el tipo de procedimiento adoptado en determinado momento histórico.
2. El principio de inmediación no hace parte del núcleo fuerte del debido proceso que en Colombia se instituye constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta Política, aunque, ya instituido el trámite consagrado en el artículo 250 de la misma, su eliminación o afectación del núcleo básico sí conduce a estimar violado el debido proceso y, consecuentemente, los dictados de la Constitución (Sentencia del 12 de diciembre de 2012).

De esta lectura es claro que la Corte Suprema de Justicia desconoció en dos numerales la esencia del sistema acusatorio y sus principios fundantes, los cuales hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano. Para proceder de

esta manera desconoció también toda la línea jurisprudencial anterior en donde se le daba el entendido natural a estos principios.

La misma Corte Suprema, en la sentencia anterior dice que esta es “la nueva perspectiva de la Corte frente a la jurisprudencia que se busca ampliar” y, a renglón seguido minimiza el contenido del principio de intermediación afirmando que

“no representa un valor constitucional, legal o procesal obligado de respetar de manera absoluta, superior, y ni siquiera de la misma jerarquía, a otros inmanentes que deben privilegiarse”.

En el mismo sentido se pronunció dentro del radicado 40.55772013

En ese orden, se tiene que en la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2012 dentro del radicado 38512, se retomó la línea jurisprudencial hasta ese momento imperante en el tema, definiéndose la forma en que tal principio no es un fin en sí mismo y cómo de contera, la validez del proceso penal no está condicionada al culto instrumental de los protocolos en que este ha de adelantarse, contexto en el cual la sola afirmación de que el juez encargado de emitir el fallo -o su sentido- es distinto de aquel encargado de contemplar la práctica probatoria, no resulta suficiente para generar la anulación del juicio por tratarse de una consecuencia que, de solicitarse, obliga acreditar grave afectación de derechos o principios fundamentales.

Ampliando de manera irresponsable las excepciones a este principio ya definidas por la ley. Esta “nueva perspectiva de la Corte” frente al principio de intermediación es acogida por el magistrado Eyder Patiño Cabrera en la Sentencia de la Sala de Casación Penal de radicación 40.540 del 20 de noviembre de 2013.

Pero la desnaturalización total del principio de intermediación corrió por cuenta del señor magistrado José Leonidas Bustos, dentro del radicado 37107/2013. En esta decisión se llegó a los extremos de afirmar que la percepción directa, fundante de la intermediación, se puede suplir con las ayudas de elementos tecnológicos, tales como audios y video.

Debe precisar la Corte que la decisión en ciernes no significa sacrificar absolutamente, o mejor, eliminar el núcleo central del principio de intermediación, en tanto, no puede desconocerse cómo al día de hoy los adelantos tecnológicos, facultan

remplazar con una fidelidad bastante aceptable la verificación in situ que realiza el juez dentro de la audiencia.

Y, entonces, si los registros de lo sucedido en la práctica probatoria permiten esa auscultación directa del funcionario encargado de emitir el fallo, sin desnaturalizar el contenido esencial del medio, nada obsta para que el examen se adelante por quien remplazó al juez anterior.

Con este criterio la oralidad se puede asimilar a la lectura de un escrito, el juez no va tener la necesidad de concurrir a la audiencia.

Conclusiones

El principio de inmediación y el principio de concentración son esenciales e inherentes al sistema procesal penal de corte acusatorio. Si bien es cierto que la justicia es el valor fundamental perseguido, no menos cierto es que esta no se puede conseguir a cualquier precio, y menos aún se puede llegar a un resultado o finalización del proceso (pero no a la justicia) con el único fin de cumplir requisitos y exigencias de eficiencia.

La Ley 906 eliminó el principio de permanencia de la prueba bajo el cual, a todo aquello que se le atribuyera el carácter de prueba, permanecía indefinidamente en el tiempo y el espacio sin importar siquiera la tergiversación de la percepción sensorial a que hubiese lugar por esto, dando paso al principio de inmediación.

Tan celosamente protege el sistema acusatorio implementado en Colombia el principio de inmediación, que prohíbe la práctica de pruebas a través de comisionado, instituto pacíficamente aceptado en los sistemas anteriores y del cual es preciso reconocer ahora su contraposición con el principio de inmediación. De la misma manera, es necesario resaltar el respeto al principio de concentración, en términos de razonabilidad, pero con tal alcance que el inciso final del art. 454 de la Ley 906 de 2004 dispone, que en caso de verificarse una suspensión del juicio oral que incida, por el transcurso del tiempo, “en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta será repetida” (Avella Franco, 2007).

Es por esto evidente que la nueva tendencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desconoce la esencia, objeto y finalidad de los principios de inmediación y de concentración, desfigurando nuestro siste-

ma acusatorio, llevándolo a escenarios inestables, sobre todo en detrimento de los derechos del procesado.

Algunos autores como Pedro Oriol Avella Franco, sostienen que uno de los resultados de que el juez no conduzca el proceso penal es que se reduce la posibilidad de que el juicio se conduzca bajo las reglas y estándares del debido proceso penal. Esto puede generar deficiencias en la tutela de garantías y, en ocasiones, imprecisión en el dictado de la sentencia. Asimismo, se dice que los jueces que no asisten a las audiencias corren el riesgo de analizar erróneamente las pruebas. Podría pensarse que toda ausencia física del juez en los momentos claves del proceso, da lugar no solo a una distancia entre el juez y el procesado, sino también produce el alejamiento del juez al proceso (Natarén Nandayapa & Caballero Juárez, 2014, pp. 27–28).

El Estado social de derecho y las finalidades encomendadas por este al proceso penal bajo el sistema acusatorio empiezan a agonizar. El desconocimiento de sus principios fundacionales es solo el inicio. Esperamos no asistir a su réquiem.

Bibliografía

- Asamblea Nacional Constituyente. Proyecto de acto reformativo de la constitución N° 11. Propuesta de Estructura del Sistema Acusatorio, Hernando Londoño Jiménez, Gaceta Constitucional, N°10.
- Avella Franco, P.O. (2007). Estructura del proceso penal acusatorio. Colombia: Fiscalía General de la Nación.
- Buitrago Ruiz, Á.M. (2004). La Reforma Procesal Penal en Colombia, Ley 906 de 2004. Colombia: Academia Colombiana de la Abogacía.
- Cassel, D. El sistema procesal penal de Estados Unidos. Tomado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1655/10.pdf>
- Corte Constitucional. Sentencia T-205/11. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.
- Dougnac Rodríguez, A. (2006). “Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano el estilo de Chile”. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXVIII, 425–490. Tomado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100013&lng=en&tlng=en#64

- Decap Fernández, M. (2014). “El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 36, México.
- Defensoría del Pueblo y USAID. La prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Módulo IV para defensores públicos. Tomado de http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PBAAA995.pdf
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón, Madrid: Ed. Trotta.
- Medina Schulz, G. (s.f.) “Sistemas penales comparados”, Revista Penal. Tomado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view-File/294/285>
- Morcillo Moguel, R.A. (2014). “El papel del juez nacional en el sistema penal acusatorio”. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. México.
- Moreno Durán, Á. (julio-diciembre 2014). “El sistema oral acusatorio en Colombia: reforma y habito jurídico”, Revista Verba Iuris, No. 32.
- Moroig, A. (1998). “Los procedimientos actuales del proceso penal puertorriqueño”. Revista Da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, Brasil.
- Muñoz Conde, F. (2003). “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, 2ª ed., Editorial Hammurabi.
- Natarén Nandayapa, C. y Caballero Juárez, J.A. (2014). Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano. México: Universidad Autónoma de México.
- Parra Quijano, J. (2009). Manual de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda.
- Pfeiffer, G. (2005). Citado por Guerrero, O.J. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Libro homenaje a Bemmman, Munich, 1997. Bogotá.
- Roxin, (1987). Straferfahrensrecht, 20ª ed.
- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2012. Radicación 38.512. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de diciembre de 2010. Radicación 33.989/2010. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de enero de 2008. Radicación 27.192/2010. M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de octubre de 2011. Radicación 32143/2010. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.
- Sala Segunda del Tribunal Supremo de México. Sentencia 866/2002 del 16 mayo RJ 2002\6382. M.P.: José Jiménez Villarejo.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Principios Rectores del Sistema Acusatorio. México. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Principios%20rectores%20del%20sistema%20acusatorio.pdf>

INDÍGENAS

VIOLENCIA CONTRA POBLACIONES INDÍGENAS Y SU VINCULACIÓN CON PATRONES DE MACRO-CRIMINALIDAD¹

Violence committed against indigenous communities and their relationship with patterns of macro criminality

Edwin Mauricio Cortés Sánchez²

Resumen

En el presente artículo se analiza el concepto de *macro-criminalidad* para el establecimiento de en la violencia que ocurre contra poblaciones indígenas en el marco del conflicto armado. Ahora bien, los patrones en el procedimiento penal como el que se contempla en la Ley 975 de 2005, que en Colombia transcurre para investigar y juzgar a los grupos armados ilegales, requiere de igual manera una comprensión conceptual, y más allá, para la aplicación del *enfoque diferencial*, unas consideraciones de carácter metodológico para el análisis de los casos de acuerdo con las necesidades puntuales para aplicar dicho enfoque con el énfasis en el criterio subjetivo de la *estrategia de priorización* que determina la calidad especial de las víctimas indígenas.

¹ Este artículo científico de investigación es producto de la actividad desarrollada en el marco de la *Especialización en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre Seccional Barranquilla*, como parte del *Grupo de Investigación SOCIUS* en su línea de *Política y Justicia*, para el cual el autor lo propone en condición de asesor en temas de *violencia basada en género y enfoque diferencial* en el proyecto ProFis (Apoyo a la Justicia Transicional en Colombia) de la *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* [GIZ] (Agencia Alemana para la Cooperación Internacional). Las ideas expresadas en el presente documento comprometen a su autor y en ningún momento el criterio de institución u organización alguna. Se agradece a Julia Walger (*asesora Junior/Juniorassistentin* en el proyecto ProFis-GIZ) por la traducción de los textos en alemán.

² Investigador invitado. Abogado. Licenciado en filosofía y letras de la Universidad de la Salle, Magíster en filosofía latinoamericana de la Universidad Santo Tomás. Doctorando en educación de la Universidad de La Salle en San José de Costa Rica.

Palabras clave

Macrocriminalidad, patrones de macrocriminalidad, enfoque diferencial, poblaciones indígenas, estrategia de priorización

Abstract

This article presents an analysis of the concept of *macro criminality* in order to establish *patterns* in the violence perpetrated against indigenous communities in a context of armed conflict. However, as contemplated in Law 975 of 2005 (used to investigate and prosecute members of illegal armed groups in Colombia), *patterns* used in criminal proceedings require a conceptual understanding, and more so, to enforce the differential approach. This understanding involves some methodological considerations for the analysis of cases according to the specific requirements that the implementation of the *differential approach* entails, in regard with the emphasis on the subjective criterion of the *prioritization strategy*. It is to be said that the subjective criterion determines the special quality of the indigenous victims.

Key words

Macro criminality, patterns of macro criminality, ethnic differential approach, indigenous communities, prioritization strategy

Introducción

En el presente trabajo de investigación se identifican los principales componentes y la conceptualización del fenómeno de *macro-criminalidad*, para la comprensión de los *patrones* con los cuales se visibiliza el accionar de los grupos armados ilegales en el conflicto armado que padece Colombia, cuya judicialización se lleva en el *proceso penal especial de Justicia y Paz* con las formas contenidas en la Ley 975 de 2005.

Ahora bien, al tratarse de pueblos indígenas, se realizan anotaciones para la incorporación y aplicación del *enfoque diferencial* en el análisis a la violencia ejercida contra este tipo de poblaciones en el contexto del conflicto armado colombiano, para después, en los apartados que corresponden a los resultados y discusión, se parte a la esquematización de los componentes del procedimiento metodológico para el establecimiento de

patrones superando perspectivas y adscripciones epistemológicas tendenciosamente cuantitativistas, y se insiste en que lo mandado por la normatividad obliga para que los *patrones* sean o correspondan con el fenómeno de *macro-criminalidad*.

Por esta razón, se determina el impacto y utilidad de tales patrones en relación con la violencia contra pueblos indígenas para llevar a cabo en el *proceso penal especial de Justicia y Paz*, resaltando dos elementos. En primer lugar, el correspondiente *enfoque diferencial* que toma en cuenta las condiciones particularísimas de grupos poblacionales como los indígenas, enfoque que se incorpora normativamente en el mencionado *proceso*. En segundo lugar, el *aspecto subjetivo* de la *estrategia de priorización*, con el cual se tiene el criterio para atender y proceder, de manera especial, con personas por su condición y notas características.

Metodología

El desarrollo de la investigación metodológicamente se adscribe y propone procedimientos propios de la investigación cualitativa. Por una parte, porque como ejercicio de investigación se realizó con el uso de técnicas e instrumentos característicos de trabajos de documentación e investigación bibliográfica, así con *fichas bibliográficas* para la recolección de datos de documentos consultados, y con las fichas de lectura para plasmar citas “textuales” o “contextuales”³. La sistematización de estas fichas se hizo a través del programa de computador *Microsoft Office Excel* como se explica a continuación:

- en la columna “A”, se destacaron las “fichas bibliográficas” para las fuentes de bibliografía especializada –libros y revistas– y textos jurídicos –legislación y jurisprudencia–; en la columna “B”, las “fichas de trabajo documental” que, a diferencia de la ficha bibliográfica en la cual se reúnen los datos generales para identificar autores, títulos y datos de edición, “la ficha de trabajo o documental, (...) contiene los razonamientos, planteamientos o interpretaciones del autor y, además, en general, envuelve los comentarios, críticas y apreciaciones del estudiante respecto a los documentos” (Witker, 1996, p. 51);

3 Cuando se toman las palabras de los autores se tienen citas textuales; en el caso de plasmar las ideas redactadas con otras palabras (paráfrasis), las citas son contextuales (Eco, 2001, p. 173).

- finalmente, la “categorización” y “codificación”⁴ se hizo en las columnas “C” y “D”, es decir, se asignan a los datos conceptualizaciones que los agrupan de acuerdo con su significado (categorías), y con un sistema numerado que el *software* automáticamente ordena, se asignan los “códigos”.

Como se puede apreciar, se trata del establecimiento y sistematización de una metodología de categorización que investigadores cualitativos conocen para que al final del procedimiento sean visibles *patrones*.

Por otra parte, en atención a la propuesta para hallar patrones, es importante advertir que tal como sucede con el fenómeno jurídico, perspectivas contemporáneas de la investigación jurídica ponen de manifiesto que no se puede, o no se debe, privilegiar la existencia de métodos únicos, sino que resulta y es válida “cualquier técnica de aproximación al fenómeno jurídico en su realidad histórica, humana y social, además de la técnica de interpretación del derecho” (Witker, 1996, p. 11). De esta manera, en el presente documento se trata lo pertinente sobre aspectos metodológicos acerca de las “reiteraciones” o “frecuencia” como elementos comunes a los *patrones*⁵, y el aspecto de la adjetivación de tales patrones como fenómeno de *macro-criminalidad* cuando en el marco del conflicto armado se cometen hechos que involucran a población indígena.

Macro-criminalidad y “patrones”. Conceptualizaciones necesarias

Un cambio de perspectiva en la investigación y análisis de los fenómenos ocurridos en el marco del conflicto armado en Colombia trajo consigo la *reforma* de la Ley 975 de 2005 realizada por la Ley 1592 de 2012 [en adelante “*Reforma*”], para exigir *patrones* en el “esclarecimiento de la verdad”, es decir, en el denominado proceso penal especial de *Justicia y Paz* la normatividad obliga la visibilización de “reiteraciones”, “regularidades”, y “frecuencias” en el accionar de los *grupos armados organizados al margen* de la ley [en adelante GAOML], con lo cual se permite el conocimiento de su

4 La “categorización” se hace en la Columna C. Las autoras Bonilla y Rodríguez sobre la categorización señalan: “se inicia definiendo la unidad de análisis a partir de la cual descomponer la información. Si bien algunos estudios pueden requerir llegar al detalle de elegir como unidad de análisis palabras por separado, es más conveniente seleccionar expresiones o proposiciones referidas a los temas del estudio, dado que esta unidad permite no perder de vista el contenido original” (Bonilla y Rodríguez, 1997, p. 134). El procedimiento de análisis lo explican Hernández, Fernández y Baptista (2010, p. 452).

5 Una metodología para la identificación de patrones en relación con la “violencia basada en género”, hace parte del tercer capítulo del texto de Cortés y Bernal (2012. pp. 108-122).

manera de operación, se develan los contextos, las causas y motivos de los *patrones*⁶.

En la determinación de las características de los *patrones*, además de la naturaleza “repetitiva”, resulta trascendental enfatizar que a ellos se asocia el fenómeno de *macro-criminalidad*, es decir, como neologismo incorporado por la *Reforma*, ya no se tienen “patrones de conducta” tal cual se calificaran con anterioridad, ni “patrones criminales” como se definen en la *Directiva 001* del 4 de octubre de 2012 emitida por el Fiscal General de la Nación (Fiscalía General de la Nación [FGN], 2012, p. 3), sino que, en relación con la “verdad” y como parte necesaria para develar el “contexto”, se obliga en el *proceso penal especial de Justicia y Paz* a la investigación ajustada y proyectada para dar razón de *patrones de macro-criminalidad*.

Pero lo que se debe entender por *patrones de macro-criminalidad* no se definió en la *Reforma*, y solo una conceptualización se tiene con la expedición del *Decreto 3011* del 26 de diciembre de 2013 [en adelante “D. 3011/13”] recogida en el “*Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*” (*Decreto 1069* del 26 de mayo de 2015 [en adelante “D. 1069/15”]). Asimismo, llama la atención que la definición contenida en la reglamentación pareciera limitada desde una revisión al concepto mismo de *macro-criminalidad*, y a esta situación se suman la serie de requisitos para la constatación de los *patrones* contenidos en el art. 17 del mencionado D. 3011/13 (transcrito en el art. 2.2.5.1.2.2.4 del D. 1069/15), y el incremento de anotaciones metodológicas tendenciosamente marcadas por el paradigma cuantitativo para hallar *patrones*⁷ que se hace en casos de jurisprudencia proferida por tribunales de las salas de Justicia y Paz.

Por esta razón, como premisas para el desarrollo temático de la investigación, se realiza una aproximación al concepto de *macro-criminalidad* y, en consonancia con el *enfoque diferencial*, una precisión sobre los *patrones* a partir de elementos epistemológicos y desarrollos contemporáneos de metodología de la investigación.

6 “Esclarecimiento de la verdad”, art. 15 de la Ley 975 de 2005 modificado por el art. 10 de la *Reforma*. También como direccionamiento de los “criterios de priorización”, art. 16A, adicionado por el art. 13 de la *Reforma*.

7 Eventos en los cuales saldrían mal librados los análisis a casos puntuales que tocan poblaciones vulnerables como sucede con las poblaciones indígenas.

Una recordación sobre el concepto de “macro-criminalidad”

La *macro-criminalidad* como concepto pretende abarcar (en el contexto de una de las ramas del saber penal llamada *criminología*) los fenómenos de violencia ‘colectiva’ considerados de manera distinta a la criminalidad -y desviación- analizada de manera ‘individual’, por lo cual se incorporan en la obra del autor alemán H. Jäger bajo esta categoría, fenómenos como la guerra, el genocidio, los asesinatos colectivos, la destrucción por armas nucleares, el terrorismo provocado por el Estado u otras organizaciones, la persecución a grupos minoritarios, los conflictos religiosos y culturales, las luchas guerrilleras, entre otros (Jäger, 1989, 11)⁸.

Posteriormente, el también autor alemán K. Ambos señala que la *macro-criminalidad*, a la que adiciona el aspecto “político”, no abarca todo tipo de amenaza criminal de grandes dimensiones, sino que tiene como característica el tratarse de “comportamientos conforme al sistema”, y que son “adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva” (Ambos, 2005, p. 44)⁹. Así las cosas, no se trata de formas “normales” de la criminalidad, como tampoco de formas “especiales” dentro de las cuales se encuentran el terrorismo, la criminalidad económica, entre otras, toda vez que en la macro-criminalidad existen excepcionales condiciones políticas y un papel activo del Estado¹⁰.

La presencia del Estado es decisiva para una definición “restringida” de la *macro-criminalidad*, sin embargo, K. Ambos realiza una “ampliación” cuando dentro de ella caben además de los crímenes cometidos desde el aparato estatal, las acciones cometidas por grupos no estatales si se trata de crímenes internacionales, evento en el que también el Estado será responsable por no garantizar la protección a los ciudadanos amparados por las constituciones internas y el derecho internacional (Ambos, 2005, p. 46).

8 El título del libro de H. Jäger es el siguiente: *Makrocriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, y traduce: “*Macrocriminalidad: estudios criminológicos de la violencia colectiva*”.

9 Sin embargo, A. Alpaca considera que técnicamente no debiera hacerse tal ampliación del concepto, “ya que si convencionalmente o jurisprudencialmente se admite la posibilidad de que los crímenes de derecho internacional se cometan en su seno, ello será para impedir que la impunidad favorezca a sujetos que cometieron crímenes perteneciendo a organizaciones no estatales que poseen un potencial destructivo equiparable a las de carácter estatal” (Alpaca, 2013, p. 39).

10 Se trata de la comisión de conductas que sean “organizadas, fomentadas, promovidas y fortalecidas por el Estado (...) una entidad estatal perversa criminalmente (fuerzas armadas, cuerpos de seguridad o fuerzas policiales —en su totalidad o parcialmente—, por ejemplo) o a *agrupaciones u organizaciones paramilitares sostenidas por el poder público*” (Alpaca, 2013, p. 10).

Pero la protección no abarca cualquier tipo de evento de naturaleza penal, sino, y allí la importancia del sentido amplio de la *macro-criminalidad*, hacen parte del fenómeno los crímenes cometidos (por actores estatales o no estatales) que se encuadran en las conductas consagradas en los artículos 6 al 8 del Estatuto de Roma [en adelante E. de R.] *para la Corte Penal Internacional* [en adelante CPI], (*genocidio* -art. 6º-, *crímenes de lesa humanidad* -art. 7º- y *crímenes de guerra* -art. 8º-) (Ambos, 2005, p. 47).

La discusión sobre las posibilidades de que no estatales realicen crímenes de carácter internacional contenidos en el E. de R., demanda características especiales y de trascendencia por tratarse de organizaciones con estructuras, pluralidad de miembros, continuidad en el tiempo, los respectivos medios para concretar sus objetivos a gran escala, en definitiva, se requiere que se “asemejen” a las estructuras estatales u organizaciones fortalecidas estatalmente que, por antonomasia, definen empíricamente los contornos del fenómeno de la macrocriminalidad” (Alpaca, 2013, p. 22).

El reconocimiento de los crímenes internacionales como fenómeno de macro-criminalidad lo hace la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013, al analizar la constitucionalidad del art. 1º -parcial- del Acto Legislativo 01 de 2012 “*Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”. Allí se consagra que:

“Los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra son categorías creadas en el Derecho Penal Internacional que agrupan una serie de conductas bajo componentes de macrocriminalidad o violencia sistemática contra la población” (núm. 8.2.4).

La Corte Constitucional cita en su argumentación al autor alemán K. Ambos, por cuanto se requiere, en la determinación de la naturaleza de los crímenes en el derecho penal internacional [DPI], establecer un “contexto de ejercicio de violencia sistemática o de macrocriminalidad” (núm. 8.2.5).

Por su parte, jurisprudencia proferida en el *proceso penal especial de Justicia y Paz* se aproxima a una conceptualización de la *macro-criminalidad*¹¹

¹¹ Para esta conceptualización de *macro-criminalidad* se revisaron 31 sentencias de primera instancia (dos fueron declaradas nulas), 20 de ellas proferidas luego de la *Reforma* hasta la fecha de entrega del presente artículo

en la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 30 de agosto de 2013 contra el postulado Rodrigo Pérez Alzate (nota al pie 442, p. 383), y en la sentencia del 6 de diciembre de 2013 contra los postulados Armando Madriaga Picón y Jesús Noraldo Basto León (nota al pie 272, párr. 342). En estas dos decisiones se hace una cita in extenso de un documento de K. Ambos (2012) disponible en la Internet con el título: *La macrocriminalidad política como objeto del derecho penal internacional*. En la segunda de las citadas decisiones se hace claridad sobre las conductas sancionadas por el DPI cuando intervienen pluralidad de personas, entidades o estructuras de poder, aparatos criminales que en su actividad cometen masivas y graves violaciones tanto a los derechos humanos [DDHH] como al derecho internacional humanitario [DIH], por consiguiente, al fenómeno en su descripción se considera como “criminalidad colectiva o macrocriminalidad”.

En relación con la definición de macro-criminalidad, llama la atención la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2014 por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra los postulados Luis Eduardo Cifuentes Galindo y otros; también, el caso de la decisión contra los postulados Salvatore Mancuso Gómez y otros, del 31 de octubre de 2014, y contra los postulados Arnubio Triana Mahecha y otros, del 12 de diciembre de 2014. Aunque en estas decisiones se hacen críticas a los *patrones* de macro-criminalidad sustentados por la Fiscalía, sobre la *macro-criminalidad* no se realiza precisión conceptual alguna.

De otro lado, la decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 20 de noviembre de 2014 contra los postulados Salvatore Mancuso Gómez y otros, expone una conceptualización sobre el fenómeno de *macro-criminalidad* con cita al texto *La parte general del derecho penal internacional* de K. Ambos (párr. 576), y en la sentencia

resultado de investigación en el mes de junio de 2015.

Con anterioridad a la *Reforma*, la decisión del 7 de diciembre de 2011 de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en contra de los postulados Édgar Ignacio Fierro Flores y Andrés Mauricio Torres León, señala que el accionar de GAOML se da en un “contexto de macrocriminalidad” y caracterizado por “graves violaciones a los derechos humanos” a través de la comisión de “crímenes de lesa humanidad” y “crímenes de guerra” (párr. 95). En decisiones de segunda instancia no se aborda el concepto de *macro-criminalidad*, aunque se menciona por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como el escenario de lo propio para el *proceso penal especial de Justicia y Paz*, en el Proceso No. 31539, decisión del 31 de junio de 2009 (núm. 1.1). También, en el auto del 17 de octubre de 2012, la segunda instancia 39269 del proceso contra los postulados Omar Martín Ochoa Ballesteros y otros, la Corte Suprema de Justicia reconoce que la Fiscalía General de la Nación realiza la labor de “contextualización de la macrocriminalidad” (p. 21-22).

contra Orlando Villa Zapata y otros del 24 de febrero de 2015, se resalta la concepción originaria del fenómeno porque con él se establece “un ‘marco’ que se hace indispensable para la acción individual, lo que ubica los hechos no de manera aislada, sino como parte de un contexto colectivo de acciones” (párr. 787), en la hipótesis de la existencia de un único caso para calificarse con las categorías del DPI como crimen de lesa humanidad. Finalmente, la decisión del 2 de febrero de 2015 de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín en contra de Ramiro Vanoy Murillo y otros, establece una definición de *macro-criminalidad* correlativamente con la *macro-victimización*¹².

La definición de “patrones” y que sean de “macrocriminalidad”

La definición de *patrón* desde la metodología de la investigación, ubica el tema en el procedimiento de análisis de los datos así:

“[a] buscar los fenómenos, estamos buscando patrones repetidos de acontecimientos, sucesos, acciones/interacciones que representen lo que las personas dicen o hacen, solas o en compañía, en respuesta a los problemas y situaciones en los que se encuentran” (subrayados fuera del original) (Strauss y Corbin, 2002, p. 136).

De los subrayados en la cita se resaltan dos elementos constitutivos del *patrón*: por una parte, la naturaleza de los elementos comunes, y el tratarse de “reiteración” y “regularidad”, de “aquello que sucede repetidamente un cierto número de veces y consistentemente de una forma determinada” (Sandoval, 2002, 153). Por otra parte, incorpora en su función la capacidad como “modelo” o “punto de referencia”¹³.

Ya en el escenario de lo legal en el marco del *proceso penal especial de Justicia y Paz*, el concepto *patrón* se menciona en nueve ocasiones en la *Reforma*. Una de ellas en conjunción con el contexto y asociado a la “crimi-

12 Se lee en la citada sentencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín: “El fenómeno de macrocriminalidad presenta no solo extensivos y prolongados campos de acción en el cual se presentan flagrantes violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, sino que en él intervienen políticas y acciones de carácter estatal que lo toleran y/o propician, llegando, inclusive, a participar de manera directa en el conflicto, generando de manera paralela una cantidad mayúscula de víctimas o lo que es lo mismo, un correlativo fenómeno de macro-victimización” (p. 1337).

13 Esta función le corresponde al *patrón* una vez develado, lo que permitiría contener hechos objeto de imputación evaluada su calidad al hacer parte del *patrón de macro-criminalidad*, conlleva la posibilidad de aplicar la figura de “terminación anticipada del proceso” contenida en el párrafo del art. 18 de la Ley 975 modificado por el art. 18 de la Ley 1592 de 2012.

nalidad” y “victimización”¹⁴, mientras que las restantes enunciaciones se tienen con el concepto *patrones de macro-criminalidad*¹⁵. Así las cosas, durante más de un año¹⁶ no se tuvo una conceptualización sobre *patrones de macro-criminalidad* hasta la expedición del D. 3011/13, “por el cual se reglamentan las leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012”, transcrita en iguales términos en el D. 1069/15.

Empero, se contaba con la definición de “patrones criminales” contenida en la Directiva 001 del 4 de octubre de 2012 emitida por el Fiscal General de la Nación. El D. 3011/13 en el art. 16 retomado en el art. 2.2.5.1.2.2.3 del D. 1069/15 define los *patrones de macro-criminalidad* al reproducir lo dicho en la *Directiva 001*, pero con algunos cambios y adiciones. A la expresión “conjunto de actividades”, adiciona el adjetivo “criminal”, y entre sus elementos incorpora también las “prácticas”; de igual manera, cambia la expresión latina de *modus operandi* a “modos de actuación criminal”, además, y como precisión frente a lo que se considera un *patrón*, adiciona que tales “modos de actuación” se desarrollan “de manera repetida” en un “determinado territorio y durante un período de tiempo [*sic*] determinado”.

De manera complementaria, en el citado artículo se anuncia que del “conjunto de actividades criminales”, es posible “deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos”, y que la función de la identificación de los *patrones de macro-criminalidad* permite la concentración de la investigación en los “máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y *modus*

14 Inciso tercero del art. 17 de la Ley 905 de 2005, modificado por el art. 14 de la *Reforma*. A propósito de la mención sobre su relación con la victimización, vale realizar una aclaración para puntualizar que en la *Reforma* y en el texto de su reglamentación con el D. 3011/13, no existe mención alguna sobre *macro-victimización*. Se menciona en la citada sentencia contra el postulado Ramiro Vanoy Murillo, (*ut supra* nota al pie 10). Con anterioridad, se enuncia en la decisión sobre la apelación en la acumulación de procesos en el caso de Hébert Velloza García y otros, auto de segunda instancia en el proceso 42520 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 22 de enero de 2014. En esta decisión se emparentan *macro-criminalidad* y *macro-victimización* como fenómenos y finalidad en el establecimiento del contexto.

15 En el art. 15 de la Ley 975 de 2005, modificado por el art. 10 de la *Reforma*; en el art. 15A de la Ley 975 de 2005, incorporado por el art. 13 de la *Reforma*; en el art. 16A de la Ley 975 de 2005, incorporado por el art. 13 de la *Reforma*; en el art. 18 de la Ley 975 de 2005, modificado por el art. 18 de la *Reforma* (también en el párrafo en dos ocasiones); y en el art. 23 de la Ley 975 de 2005, cuya modificación realizada por el art. 23 de la *Reforma* fue declarada inexecutable por las sentencias de constitucionalidad C-180 del 27 de marzo de 2014, C-255 del 23 de abril de 2014, y C-286 y C-287 de 2014 (de las dos últimas a la fecha se conoce únicamente el comunicado de prensa).

16 La *Reforma* se sanciona el 3 de diciembre de 2012. El D. 3011/13 que la reglamenta, el 26 de diciembre de 2013.

operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación”. En el segundo inciso del art. 16 del D. 3011/13 se recuerda la conexión entre los *patrones de macro-criminalidad* con el “esclarecimiento de la verdad”, y la determinación de “grado de responsabilidad” que tienen tanto los integrantes de los GAOML, como sus colaboradores.

Ahora bien, si se contempla la definición de *macro-criminalidad* frente a la definición de *patrones de macro-criminalidad* del D. 3011/13, está clara la importancia de la estructura de la organización del que queda ausente el Estado cuyo actuar u omitir hace parte de la definición de *macro-criminalidad* en los sentidos “amplio” y “restringido”, comentados en el apartado anterior de este artículo, al no ser que quiera incorporarse dentro de la expresión final del art. 16 que asocia a los colaboradores del GAOML, pero una lectura del Estado como “colaborador” resultaría equívoca. También se obvia la mención sobre naturaleza de los crímenes de interés para el DPI que son parte del fenómeno de *macro-criminalidad*, al no ser que quieran incluirse como objeto del plan criminal en el accionar de la estructura armada, por lo cual se tendría una línea franqueable entre los crímenes de naturaleza “ordinaria” y aquellos constitutivos de *macro-criminalidad*.

Frente a lo anterior, se hace importante resaltar para la interpretación del art. 16 del D. 3011/13, que el alcance de la característica fundamental de un *patrón* está en constituir un “conjunto” (de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal) con lo cual se hacen visibles y contextualizadas en el tiempo y espacio, “reiteraciones” y “frecuencias” de los fenómenos contenidos en la expresión “que se desarrollan de manera repetida”. Aunado, para “deducir” las políticas y planes que se implementan por parte del GAOML, se hace necesario poner como criterio diferenciador los requisitos para el establecimiento de la existencia de crímenes perseguidos por el DPI.

De otra parte, el análisis de los elementos del art. 17 del D. 3011/13 (recogidos en el art. 2.2.5.1.2.2.4 del D. 1069/15) para identificar el *patrón de macro-criminalidad*¹⁷, requiere una observación crítica de las manifes-

¹⁷ En el cual se demanda, además de la mención sobre la finalidad ideológica del GAOML, la presentación de los *modus operandi*, los mecanismos de financiación, entre otros, también la cuantificación de la naturaleza y el número de los delitos más característicos, la necesidad de establecer una “muestra” para la ilustración del

taciones contenidas en las citadas sentencias contra los postulados Luis Eduardo Cifuentes Galindo y otros, y en contra de los postulados Arnubio Triana Mahecha y otros, dado que en las consideraciones sobre el tema se hace una lectura desde la impronta metodológica marcadamente cuantitativa para el hallazgo de patrones, con lo que se impone a la FGN la emulación y el uso de estrategias como las recurrentes en economía, ciencias políticas y sociología, con la supremacía del análisis estadístico. Los proveyidos defienden a ultranza y con fórmulas matemáticas el “muestreo” y la “representatividad”¹⁸ de los casos que son llevados al proceso, lo que resulta problemático desde una perspectiva epistemológica al momento de fundamentar los patrones en la violencia que se ejerce en contra de los pueblos indígenas, toda vez que para determinar la relevancia de este tipo de casos, la atención se concentra en dimensiones y lecturas de realidades profundamente “cualitativas” que no soportan una lectura “cuantitativista”.

Por lo mismo, en los siguientes apartados se tomará como fundamento para la discusión, la necesaria comprensión de lo que significa tener en el proceso penal especial de Justicia y Paz el enfoque diferencial, su conexión con los criterios de priorización y las consecuencias metodológicas con implicaciones en la judicialización de hechos que involucran poblaciones vulnerables, como sucede con las poblaciones indígenas.

Enfoque diferencial y su incorporación en el proceso penal especial de Justicia y Paz

Con la premisa de que los derechos que le asisten a las personas sin distinción, se tiene la aplicación del *enfoque de derechos* que se realiza con

patrón, y la determinación, “en la medida de las posibilidades”, del uso de la estadística para la documentación cuantitativa sobre las actividades ilegales del GAOML cometidas bajo el *patrón de macro-criminalidad*.

18 Las referencias en la sentencia en comentario demuestran constantes menciones al manual de investigación escrito por Hernández, Fernández y Baptista en la edición del año 2006. Aunque en este manual se exponen formas de investigación tanto cualitativa, como cuantitativa y mixta, los apartados citados en la sentencia se limitan a la investigación cuantitativa, al hacer con exclusividad acotaciones y la exposición de aspectos sobre la confiabilidad, la validez, la representatividad muestral y el procedimiento de análisis con fundamento en la estadística. Aunque se enuncian técnicas para la recolección de información cualitativa, se obvia la presentación de su forma para el análisis cualitativo de datos.

Se lee en el párrafo 1017 de la sentencia del 1 de septiembre de 2014 de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra los postulados Luis Eduardo Cifuentes Galindo y otros: “Para poder evaluar ‘la dimensión cuantitativa de los patrones’, la Fiscalía debió construir una ‘muestra’ que cumpliera con los requisitos de representatividad y confiabilidad. Para poder cumplir con estos requisitos, los expertos en estadística indican que se debe caracterizar el tipo de muestra con la que se está trabajando (por ejemplo, si es una muestra de tipo probabilístico o si es de conveniencia) para poder ajustar los métodos estadísticos más idóneos que permitan identificar el ‘patrón’”.

el respeto a la dignidad como principio universal, por lo cual, en este *enfoque* se garantiza “la igualdad y la no discriminación” (Pautassi, 2007, p. 21). De otra parte, la identificación de rasgos característicos y las diferencias de las personas y grupos humanos, más aún, cuando se realiza una lectura de realidad que tenga en cuenta situaciones especiales como sucede con la vulnerabilidad de quienes histórica y socialmente son objeto de distintas discriminaciones bien sea por la edad, su pertenencia a un grupo étnico, la condición socioeconómica, las creencias religiosas, entre otras características que hacen distintos a los seres humanos, allí, la consideración explícita de un análisis que visualice las características particulares *ratione personae*, define en esencia lo que se denomina el enfoque diferencial –para abordar las distinciones propias de los grupos humanos– (Henrard, 2010, p. 212).

Ahora bien, el análisis sobre el *proceso* penal especial de *Justicia y Paz* permite contemplar que en el texto original de la Ley 975 de 2005, aunque no se hace expresa mención del *enfoque diferencial*, están contenidos temas diferenciales y por razones de género¹⁹ para algunas circunstancias que deben tenerse en cuenta. Esto sucede en el capítulo de los “derechos de las víctimas a la administración de justicia”, dado que el art. 39 de la Ley 905 de 2005 exceptúa a las “víctimas de agresión sexual o de niños, niñas y adolescentes que sean víctimas o testigos”, de la publicidad. De igual manera, el art. 41 demanda que los órganos judiciales estén atentos a las “necesidades especiales” cuando se trate de “mujeres, de las niñas, niños, personas mayores de edad o con discapacidad que participen en el proceso”. Por su parte, el art. 38 para la protección de las víctimas exige que se tengan presentes:

“todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género y la salud, así como la índole del delito, en particular cuando este entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género o violencia contra niños y niñas”.

Con anterioridad a la Reforma, el art. 13 de la Ley 1448 de 2011 incorpora el enfoque diferencial por cuanto:

“[se] reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las

¹⁹ El “género”, como concepto y para la aplicación de un *enfoque*, es una construcción del siglo XX a partir del trabajo de R. Stoller titulado *Sex and Gender* y publicado en 1968. Allí lo biológico entendido como *sexo (sex)* se diferencia de *género (gender)*, porque éste es una construcción cultural (Stoller, 1968, p. 8-9).

medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque”.

Y de cara a la *Reforma*, el Proyecto de Ley 096 de 2011 de Cámara, “mediante la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005...”, aunque no contenía algún artículo que adicionara el enfoque diferencial, en la exposición de motivos realizada por la FGN se resalta la importancia de los elementos diferenciales incorporados en los “*criterios de priorización*” (Rama Legislativa del Poder Público, 2011, p. 11).

Avanzados en el tiempo y en el proceso, la FGN a través de la *Directiva 001* del 4 de octubre de 2012 al incorporar los *criterios de priorización*, dentro de ellos el *criterio subjetivo*, se obliga a tener en cuenta

“las calidades particulares de la víctima (v.gr. integrante de un grupo étnico, menor de edad, mujer, defensor o defensora de derechos humanos, funcionario judicial, periodista, sindicalista, etcétera) (...)” (Subrayado fuera del original) (FGN, 2012, p. 28).

Finalmente, el art. 3 de la *Reforma* hace la inclusión del art. 5A en la Ley 975 de 2005 de la siguiente manera:

“Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, la participación de las víctimas en el proceso penal especial de que trata la presente ley, así como el proceso judicial y la investigación que se realice, deberán contar con dicho enfoque, sin perjuicio de la aplicación de criterios de priorización.

El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones a que se refiere el artículo 5° de la presente ley, tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos/as. Líderes/as sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores/as de Derechos Humanos, víctimas de desplazamiento forzado y miembros de pueblos o comunidades indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, cuando el riesgo se genere con ocasión de su participación en el proceso judicial especial de que trata la presente ley” (Subrayado fuera del original).

La consagración legal del *enfoque diferencial* también se recoge en la reglamentación que hace el D. 3011/13 (art. 5°, transcrito en art.

2.2.5.1.1.5. del D. 1069/15). Allí se reconoce que dicho principio está consagrado en las citadas leyes 1448 de 2011 y 975 de 2005 (con la *Reforma*), pero adiciona un párrafo para que, “[e]n el caso de que las víctimas que participan en el proceso hablen una lengua diferente al español, se garantizará la participación de un traductor si así lo requieren”. Y esto perfectamente puede suceder con los casos de personas pertenecientes a pueblos indígenas.

La violencia contra pueblos indígenas en el conflicto armado y “patrones de macro criminalidad” – aplicación del “enfoque diferencial” y el “criterio subjetivo” de priorización

En el conflicto armado que transcurre en Colombia, muchos hechos involucran a personas pertenecientes a pueblos indígenas. Está demostrado que el despliegue de la violencia en su contra se hace grave, ya que gozan de calidades especiales por las cuales tienen especial protección derivada de la Constitución Política, normatividad nacional e instrumentos internacionales²⁰, al saberse que lo acaecido contra una persona perteneciente a un pueblo indígena, afecta la colectividad dada la condición de “sujeto colectivo de derecho”²¹.

En relación con los patrones, como antecedente se tiene que la Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009 señaló:

“Todos los que han tomado parte en este conflicto armado –principalmente los grupos guerrilleros y los grupos paramilitares pero también, en ocasiones, unidades y miembros claramente identificados de la Fuerza Pública, así como grupos

20 Para la protección y consideración constitucional de protección de los pueblos indígenas, ver entre otros artículos de la *Constitución Política de Colombia de 1991*, los arts. 7, 10, 13, 68, 70, 72, 96, 171, 176, 246, 286, 287, 321, 329, 330, 357. Internacionalmente, se tiene como instrumento de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos, Sociales y Culturales Derechos Económicos, Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En su art. I, numeral 1, señala: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. En especial, el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en su art. 7, numeral 2 puntualiza: “Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo” (subrayado fuera del original). El Convenio 169 de la OIT se aprueba en Colombia por la Ley 21 de 1991, además, hace parte del bloque de constitucionalidad, porque reconoce y regula derechos humanos, en el caso, de los pueblos indígenas y tribales. Al respecto se puede consultar la Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

21 Sobre este particular, señala en la Sentencia de Tutela T-380 del 14 de octubre de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz: “los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos”. Estas consideraciones dan relevancia y significación a los indígenas como “pueblo”, contenidos en el Convenio 169 de la OIT.

delincuencias vinculados a distintos aspectos del conflicto interno participan de un complejo patrón bélico que, al haberse introducido por la fuerza de las armas dentro de los territorios ancestrales de algunos de los pueblos indígenas que habitan el país, se ha transformado en un peligro cierto e inminente para su existencia misma, para sus procesos individuales de consolidación étnica y cultural, y para el goce efectivo de los derechos fundamentales individuales y colectivos de sus miembros" (Subrayados fuera del original).

Ahora bien, un verdadero alcance del denominado *enfoque diferencial*, de cara al impacto y afectaciones en el contexto del conflicto armado sobre población indígena, debe partir de una definición de la *macro-criminalidad* emparentada con el concepto *patrón* (de cargado énfasis metodológico), con lo cual la "reiteración" y "frecuencia" debieran matizarse al resaltar el aspecto cualitativo del componente "diferencial" en la aplicación del "enfoque".

En esta perspectiva se justifica una manera de abordar el fenómeno que no sea excluyente del gran impacto, en términos de magnitud, de un fenómeno criminal sobre poblaciones cualitativamente caracterizadas en cuanto a su condición diferencial, lo que deviene en la determinación de que la violencia ejercida contra las poblaciones indígenas es heredera de una "historia" y su "naturalización" en el lenguaje²², los comportamientos displicentes de minusvaloración hacia la población indígena, elementos que en circunstancias especiales pasan a ser constitutivas de hechos con las características de los crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).

Por esta razón, la "reiteración" de tal discriminación que en cualquier contexto es deplorable, ante la presencia de estructuras (estatales o no estatales) cuyo modo de operar, finalidades ideológicas manifiestas en planes y políticas llevadas al accionar, con la comisión de distintos hechos en contra de la población indígena, pasarían a un contexto en el que encuadrar cualitativamente con las circunstancias de crímenes internacionales, lo que bastaría para la argumentación de la presencia de *patrones de macro-criminalidad* relacionados con la "violencia contra pueblos indígenas".

²² Se toma de manera "normal" -de allí la naturalización-, por ejemplo el uso de la expresión "indio" que de manera *ilocucionaria* (lo que se hace al decir algo) se proyecta en tanto ofensa para señalar que una persona es ignorante o tonta, o para endilgar salvajismo, tosquedad, o para ridiculizar (Cabrera, 2005, p. 130).

En otras palabras, y para aclarar, la reiteración no se tiene exclusivamente acreditada por el número de hechos cometidos en contra de la población indígena, sino que, en un contexto de discriminación que es reiterada, la acreditación del *patrón* parte de la naturalización de la exclusión, minusvaloración y demás elementos de carga peyorativa frente a ciertos grupos poblacionales con características especiales, y en este marco, puede un solo hecho cometido por estructuras organizadas (estatales o no estatales) en contra de una persona en situación de vulnerabilidad por su condición de indígena, agruparse dentro del *patrón* (por la reiteración) de *macro-criminalidad* (por la responsabilidad de quien comete los hechos y la calificación de los mismos).

El reto para quien realiza la investigación está en determinar la conexión de dicho hecho en contexto (allí la historia de discriminación) con los planes criminales de las estructuras responsables, para conocer su sistematicidad y/o generalidad (en el caso del crimen de lesa humanidad), su relación con el conflicto armado (para el crimen de guerra), o el *dolus specialis* como “intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal” (Ramelli, 2011, p. 204) (para el genocidio). Como resultado del análisis de los casos, se tendrán denominaciones de *patrones de macro-criminalidad* con una adición que dé razón del fenómeno contemplado y que vincula diferencialmente a población indígena. Ello conlleva una tarea mucho más reflexiva y analítica, para que puedan incorporarse como *patrones*, conceptos que tan solo al nombrarse muestren lo ocurrido en contra de los pueblos indígenas o sus integrantes.

De otra parte, es indispensable advertir que por el imperio del monismo metodológico marcadamente cuantitativo, o de comunes afirmaciones que identifican la expresión “macro” con imposiciones de alcance numéricamente amplio, se difumina el alcance para la comprensión de que la violencia ejercida contra poblaciones indígenas no llegaría al establecimiento (numéricamente hablando), de la existencia de un *patrón*. Tal situación se anuncia con algunos de los citados requisitos del art. 17 del D. 3011/13 (recogidos en el art. 2.2.5.1.2.2.4 del D. 1069/15), y la tendencia metodológica que pretende unificar los patrones como resultado de análisis estadísticos, como sucede con las decisiones de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en contra de los postulados Luis Eduardo

Cifuentes Galindo y otros, y los postulados Arnubio Triana Mahecha y otros, proferidas el 01 de septiembre de 2014, y el 16 de diciembre de 2014, respectivamente.

No hay univocidad metodológica para el hallazgo de *patrones*, por tal razón, la cuantificación con sus reglas es pertinente para algunas situaciones²³, y en metodologías cualitativas también se hallan *patrones* –contrario a lo que se postula como método unívoco en las citadas sentencias–. El *patrón* funciona en el procedimiento de análisis para establecer las relaciones entre segmentos de datos, lo que permite dar razón del porqué elementos aparentemente dispersos, “tienen algo en común o pertenecen a un mismo conjunto” (Sandoval, 2002, 155).

De otra parte, se hace necesario aclarar el tema “muestral”, toda vez que una “muestra” comprendida como un “subgrupo” de la población, un “subconjunto” de aquel amplio conjunto, para su determinación subyace el juicio valorativo de “representatividad” y, en investigación principalmente cuantitativista, un procedimiento matemático relacionado con la “probabilidad”. Con ello, “todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos y se obtienen definiendo las características de la población y el tamaño de la muestra, y por medio de una selección aleatoria o mecánica de las unidades de análisis” (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p. 175). En este tipo de muestra se miden variables, se analizan y, con sustento en estadística, se hace posible calcular el error de muestreo.

Frente a pueblos indígenas, y en general, se considera que la FGN no podría proceder de esta manera en el *proceso penal especial de Justicia y Paz*, toda vez que lo aleatorio, mecánico, o con el azar propio de procedimientos cuantitativistas, llevaría a considerar a las víctimas como una simple “cifra”, lo que sería una flagrante lesión de sus derechos porque son otros los criterios los que se tienen en cuenta. Igualmente, el gran número de registros de hechos atribuidos a estructuras de GAOML, frente a los escasos hechos que involucran a miembros de poblaciones indígenas que son llevados al proceso, no soportan el juicio de “representatividad” precisamente por el “tamaño”. A lo argumentado se suma que el uso de la estadística, según el

23 A través de la estadística, para investigaciones de naturaleza causal o predictiva, funcional el *paht analysis* (análisis de patrones o vías) (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p. 334).

numeral 7 del art. 17 del D. 3011/13 (transcrito en el art. 2.2.5.1.2.2.4 del D. 1069/15), se hará “en la medida de lo posible” y no como exigencia sin la cual no se pueda proceder.

La estadística se utilizará, se repite, “en la medida de lo posible” para respaldar, “[l]a documentación de la dimensión cuantitativa de la naturaleza y número de las actividades ilegales cometidas bajo el patrón de macrocriminalidad”. Esto no significa que aplique para determinar la “muestra”. Aplicaría, si se decidiera utilizar, para presentar el análisis de los casos que fueron reunidos como resultado de la aplicación de los “*criterios de priorización*”. Los números en este caso “son útiles para hacerse una idea de qué tenemos ante nosotros cuando se trabaja con un amplio cuerpo de datos” (Báez, 2012, p. 204-205).

En lo reglamentado para el *proceso especial de Justicia y Paz* se consagra la “muestra cualitativa”, que es distinta a la “muestra cuantitativa”. Por ello, la aplicación de una perspectiva sobre otra, esto es, realizar un muestreo con fórmulas estadísticas y de generalización sobre la población (aún las “no paramétricas” como se sugiere en la citada sentencia contra los postulados Luis Eduardo Cifuentes Galindo y otros, en el párrafo 983 de la decisión), yuxtapone una perspectiva epistemológica sobre fenómenos con los cuales no hay correspondencia porque no son coincidentes si esencialmente se tienen realidades que no ameritan cuantificación.

En ese orden de ideas, la “muestra” aplicada por la FGN en la judicialización de los casos en el *proceso penal especial de Justicia y Paz* debe entenderse con otros criterios, esto es, los que establece la *estrategia de priorización* que pertenecen a una categoría y esquema distintos.

Así las cosas, no se toman las víctimas como una simple cifra, sino que la “muestra” en el desarrollo del “Plan de Priorización” (Fiscal Jefe Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, 2013) no se realiza de manera mecánica, por lo tanto, las víctimas en el *proceso penal especial de Justicia y Paz* frente a los hechos y su forma de determinación para hacer parte de la “muestra”, no son el resultado de una actividad realizada aleatoriamente, al azar. Preexiste al “muestreo” una intencionalidad que se traza para la FGN en la *Directiva 001* del 4 de octubre de 2012. Allí se incorporan los criterios

de priorización que analizados demuestran una impronta y valor cualitativo. Se leen como “criterios de priorización” en la citada *Directiva*:

1. Subjetivo. Toma en consideración las calidades particulares de la víctima (vgr. integrante de un grupo étnico, menor de edad, mujer, defensor o defensora de derechos humanos, desplazado, funcionario judicial, periodista, sindicalista, etcétera), así como la caracterización del victimario (vgr. máximo responsable, auspiciador, colaborador, financiador, ejecutor material del crimen, etc.).

2. Objetivo. Parte de analizar la clase de *delito* perpetrado, así como su gravedad y representatividad, en términos de (i) afectación de los derechos fundamentales de la o las víctima(s) en particular y de la comunidad en general; y (ii) modalidad de comisión del delito.

3. Complementario. Existen diversos criterios *complementarios* tales como: región o localidad donde se perpetraron los crímenes; riqueza probatoria y viabilidad del caso; el examen del caso por un órgano internacional de protección de los derechos humanos y su riqueza didáctica, entre otros” (Subrayado fuera del original) (FGN, 2012, p. 28).

Nótese que no hay interés alguno de tener los casos por el azar. Nótese que decir algo como: “los casos que se priorizaron fueron tomados al azar”, contradice el sentido de la priorización que tiene por sustento una serie de “criterios”.

Finalmente, y relevante para los casos que involucren a población indígena, no importa el tamaño. No se puede hacer una lectura “cuantitativa” para medir la “representatividad”. Es fundamental “una cuidadosa y controlada elección de casos con ciertas características especificadas previamente” (Hernández, Fernández y Baptista, 2010, p. 190). En ese orden de ideas, la “representatividad” no es cuantitativa, sino que es “cualitativa” porque realiza un juicio sobre los casos que se llevan a juicio con la estrategia y aplicación de los criterios de priorización.

Conclusiones

Los patrones luego de la *Reforma* a la Ley 975 de 2005 nominalmente están asociados, y requieren por tanto expresar el fenómeno de *macrocriminalidad*. Por esta razón, técnicamente en el *proceso penal especial de Justicia y Paz* por la *Reforma*, más por su relación con la obligación de contextualizar el accionar de los GAOML y develar la “verdad”, se obliga en el men-

cionado proceso a la investigación ajustada y proyectada para dar razón de los *patrones de macro-criminalidad*.

La *macro-criminalidad*, como fenómeno, ha sido abordada en decisiones y legislación perteneciente a la esfera de la justicia transicional en Colombia. Así en el *proceso penal especial de Justicia y Paz*, como en la decisión de la Corte Constitucional que encuentra ajustado con la Carta Política el Acto Legislativo 01 de 2012, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Con ello, la implantación de futuros mecanismos de justicia transicional parten del reconocimiento de la *macro-criminalidad* como aspecto característico.

A partir de la conceptualización de la *macro-criminalidad*, los *patrones* deben dar razón de los comportamientos conforme al “sistema”, de igual manera, atribuibles a estructuras u organizaciones, aparato de poder u otro en el que se cometan acciones colectivas en condiciones políticas excepcionales en las cuales juega un papel fundamental el Estado por su actuar u omitir. Además, es importante tener como criterio diferenciador de los *patrones*, el que con ello se establecen “reiteraciones”, “frecuencias” y como “punto de referencia” el fenómeno de *macro-criminalidad* toca la existencia de crímenes de la naturaleza del DPI. Así las cosas, los patrones de violencia contra pueblos indígenas, por cuanto “macro-criminales”, constituyen realidades y develan verdades del accionar de los GAOML que cometen *genocidio*, *crímenes de lesa humanidad* y *crímenes de guerra*.

La consagración del principio de *enfoque diferencial* se dio progresivamente en transformaciones normativas en el *proceso penal especial de Justicia y Paz*, como también, se tiene dentro del criterio subjetivo de la estrategia de priorización con la cual debe proceder la FGN. Con ello, deben aplicarse para la atención diferenciada y coherentemente con la *estrategia de priorización*, en el momento de construcción de patrones de *macro-criminalidad* que garanticen el derecho a la verdad y develen lo acaecido en contra de pueblos indígenas durante los acontecimientos enmarcados en el conflicto armado.

El número y la cantidad resultan problemáticos al yuxtaponerse frente al fenómeno de naturaleza cualitativa que comporta la atención di-

ferenciada a la población indígena, y la aplicación del *criterio subjetivo de priorización*. Por esta razón, son criticables los enfoques de análisis y establecimiento de *patrones* con lecturas cuantitativistas y el monismo metodológico. Las cifras, aunque relevantes, no importan al momento de establecer y proceder, como lo respalda el procedimiento para el establecimiento de patrones desde una perspectiva cualitativa. La misma crítica se hace al establecimiento y soporte de las muestras si con exclusividad se considera la representatividad desde el punto de vista cuantitativo. La no claridad epistemológica permite que se hagan lecturas que yuxtaponen temas de una perspectiva sobre otra.

Bibliografía:

- Alpaca, A. (2013). *Macrocriminalidad y derecho penal internacional*. En: Cuaderno de Trabajo del CICAJ, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica. N° 3. Lima: Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ambos, K. (2005). *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Temis.
- Ambos, K. (2012). "La macrocriminalidad política como objeto del derecho penal internacional" [en línea]. En: *Derecho Penal JCB*. Juan Castro Bekios / Abogado, profesor de derecho penal / Exclusivo fines docentes. Documento disponible en Internet: <http://derechopenaljcb.blogspot.com/2012/06/kai-ambos-la-macrocriminalidad-politica.html>
- Báez, J. (2012). *Investigación cualitativa*, 2a ed. México: Alfaomega.
- Bonilla, E. y Rodríguez, P. (1997). *Más allá del dilema de los métodos*. Bogotá: Norma, 1995.
- Cabrera, C. (2005). *La creación del imaginario del indio en la literatura mexicana del siglo XIX*. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.
- Congreso de la República. Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, *Diario Oficial*, No. 45.980, del 25 de julio de 2005.

- Congreso de la República. “Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, No. 48.096, del 10 de junio de 2011.
- Congreso de la República. “Ley 1592 de 2012, por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 ‘por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios’ y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, No. 48.633, del 3 de diciembre de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. Auto 004 del 26 de enero de 2009. Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la Sentencia T-025 de 2004, después de la sesión pública de información técnica realizada el 21 de septiembre de 2007 ante la Sala Segunda de Revisión. M.P.: Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Constitucional. Sentencia C-579, del 27 de marzo de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. Sentencia C-180 del 27 de marzo de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional. Sentencia C-255 del 23 de abril de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Proceso No. 31539, del 31 de junio de 2009. M.P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Segunda Instancia 39269, 17 de octubre de 2012. Ómar Martín Ochoa Ballesteros y otros. Justicia y Paz. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Segunda Instancia 42520, 22 de enero de 2014. *Hebert Veloza García y otros*. M.P.: José Luis Barceló Camacho.
- Cortés, E. y Bernal, G. (2012). *Marco argumentativo para la violencia basada en género [VBG] en el contexto del conflicto armado colombiano*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. Proyecto Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis.
- Eco, U. (2001) *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Barcelona: Gedisa.
- Fiscal Jefe Unidad Nacional para la Justicia y la Paz (2013). *Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz*. Bogotá, 10 de enero.
- Fiscalía General de la Nación [FGN] (2012). *Directiva 001*, “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”. 4 de octubre.
- Henrard, K. (2010). “The right to equality and non-discrimination and the protection of minorities in Africa”. In: Dersso, Solomon (ed). *Perspectives on the rights of minorities and indigenous peoples in Africa*. Cape Town: Pretoria University Law Press
- Hernández, R. Fernández, C. y Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación*. 5ª ed. México: McGraw-Hill.
- Jäger, H. (1989). *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto número 3011 del 26 de diciembre de 2013, “por el cual se reglamentan las leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012”.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Decreto número 1069 del 26 de mayo de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”, *Diario Oficial*, No. 49.523, del 26 de mayo de 2015.

- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (1966). Resolución 2200 A (XXI). “Pacto Internacional de Derechos, Sociales y Culturales Derechos Económicos”, del 16 de diciembre de 1966.
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. 17 de julio.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (1989). Convenio 169. “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”. Ginebra, 27 de junio.
- Pautassi, L. C. (2007). *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, en CEPAL -Serie Mujer y desarrollo, No 87-. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Rama Legislativa del Poder Público (2011). *Gaceta del Congreso*. Senado y Cámara. Año 20, No. 690, Bogotá, 19 de septiembre.
- Ramelli, A. (2011). Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia. Bogotá: ProFis-GIZ.
- Sandoval, C. A. (2002). *Investigación cualitativa*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES / Programa de Especialización en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social.
- Stoller, R. (1968). *Sex and gender. The Development of Masculinity and Femininity*. London: H. Karnak.
- Strauss, A. y Corbin, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Tribunal Superior de Medellín – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. 110016000253200680018, del 2 de febrero de 2015. Postulado Ramiro Vanoy Murillo. M.P.: María Consuelo Rincón Jaramillo.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. 110016000253-200681366, del 07 de diciembre de

2011. Postulados Edgar Ignacio Fierro Flores y Andrés Mauricio Torres León. MP.: Léster María González Romero.

- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. No. 110016000253200680012, del 30 de agosto de 2013. Postulado Rodrigo Pérez Alzate. M.P.: Uldi Teresa Jiménez López.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. No. 110016000253 - 200782862 y 200680082, del 6 de diciembre de 2013. Postulados Armando Madriaga Picón y Jesús Noraldo Basto León. M.P.: Uldi Teresa Jiménez López.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. 11001-22-52000-2014-00019-00, del 1º de septiembre de 2014. Postulado Luis Eduardo Cifuentes Galindo y otros. M.P.: Eduardo Castellanos Roso.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. 11001600253200680008, del 31 de octubre de 2014. Postulado Salvatore Mancuso Gómez y otros. M.P.: Alexandra Valencia Molina.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. 11 001 22 52 000 2014 00027, del 20 de noviembre de 2014. Postulado Salvatore Mancuso Gómez y otros. M.P.: Léster María González Romero.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00, del 12 de diciembre de 2014. Postulado Arnubio Triana Mahecha y otros. M.P.: Eduardo Castellanos Roso.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Sentencia, Rad. 110016000253200883612-00. Postulado Orlando Villa Zapata y otros. M.P.: Uldi Teresa Jiménez López.
- Witker, J. (1996). *Técnicas de investigación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

DERECHO PENAL MÍNIMO Y VICTIMOLOGÍA AL INTERIOR DE LA CULTURA WAYÚU

Nazlly Lubo Bautista¹

Resumen

Se trata de la etnia wayúu respecto al derecho penal mínimo y la victimología, comparándolo con la legislación de usos y costumbres, la cual es oral, casuística, garantista, preventiva, resocializadora, donde no existen sanciones de privación de la libertad, porque no es punitiva, respecto de la persona que transgrede el orden establecido. Así se enuncian las definiciones y las formalidades de esas corrientes y las maneras como se han comportado a través de la historia. Luego, se articuló con la cultura wayúu y culmina con el reconocimiento de esta, por la importancia de sus aportes a la paz en la región donde rige su jurisdicción.

¹ Profesional administrativo y de gestión Grado 19. Guajira. Abogada. Especialista en derecho penal. Aportante en la Mesa Interinstitucional de Justicias en la Guajira. Miembro de la etnia Wayúu, de la Casta Epieyu.

Palabras claves

Derecho penal mínimo, victimología, clan, reconocimiento, cultura, palabreiro, matrilineal, arreglo económico, garantías, modelo de solución de conflictos, espiritualidad, castas, etnia, derecho propio, oralidad, usos y costumbres

Abstract

The nature and characteristics of the justice system of the Wayuu respect to the minimum criminal law and victimology and comparing it with the uses and customs legislation was studied; which is oral, casuistry, garantista, preventive, resocializing; where there are no sanctions of deprivation of liberty, because it is not punitive, for the person who transgresses the established order. For it began enunciating the definitions and the formalities of these flows and the ways they have behaved throughout history. Then it joined with the Wayuu culture and culminate in recognition of this, the importance of their contributions to peace in the region which governs its jurisdiction.

Key words

Minimum criminal right, clan, recognition, culture, discussion, matrilineal, economic, arrangement, guarantees, model of conflict resolution, spirituality, caste, ethnicity, their own right, orality, uses and customs

1. Introducción

Al abordar el tema del derecho penal mínimo tal como lo concibió Luigi Ferrajoli (2004), quien de manera muy descriptiva ha dicho: “Un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los ‘bienes’ penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica”. Lo que significa que el derecho penal mínimo apunta a garantizar, de acuerdo con el principio de intervención mínima, a ser la última ratio de la política social del Estado, para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del derecho penal en la vida social debe reducirse al mínimo posible, minimizando la respuesta jurídica violenta frente al delito. Dicho de una manera sencilla, hablar de derecho penal mínimo es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal el mínimo de conductas transgresoras.

Manifestó Hans-Heinrich Jescheck, en su Tratado de derecho penal,

“el derecho penal evidencia las marcadas violaciones que el aparato judicial en su afán de garantizar a los ciudadanos seguridad, se extralimitó en la legitimación de la pena, y reitera que es necesaria, para el mantenimiento del orden jurídico, como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad”.

El tratadista no desconoce, ni obvia los desenfrenos de las leyes que se han promulgado con el fin de garantizar seguridad a los asociados, considera que para el mantenimiento del orden, la pena se hace necesaria concepción respetable, pero la etnia wayúu ha señalado un procedimiento no punitivo, y resocializador y preventivo por excelencia, por ende garantista. Para comprender mejor el tema, se hace necesario definir la función de la pena, es decir, la razón de su imposición, que no puede ser otra que la protección de los bienes jurídicos. Por ello al señalar que la función de la pena es la prevención del delito, para proteger los bienes jurídicos de los asociados, no es válida esa apreciación, pues ha fallado en su aplicación, las comisiones de los delitos han ido en aumento, lo que significa que los resultados son contrarios.

“Estaríamos frente a una política criminal que sea ante todo una política general de prevención de la descomposición social y el desbordamiento del poder, antes de que estos se manifiesten en forma de delito, para afrontar la problemática social, cultural y política”. Algunas investigaciones han demostrado que la creación desenfrenada de normas penales sin comprobar sus efectos prácticos, pues el mismo Estado reconoce que el aumento de la criminalidad es vertiginoso ha servido solo para pervertir el sistema de garantías propio de un Estado de derecho” (Martínez Sánchez, 1995, p. 31).

2. Derecho penal mínimo y política criminal

Al introducirnos en el verdadero sentido de transformación que se dio al adoptar el derecho penal mínimo en nuestro país, y que ha sido ratificado por la jurisprudencia, no queda más, sino señalar que desde un análisis jurisprudencial se puede deducir que, prioritariamente en Colombia, se acoge, por lo menos en teoría, un modelo de derecho penal mínimo. Lo cual resulta paradójico con la realidad colombiana que ha criminalizado una amplia gama de diversos comportamientos, lo que se refleja en los numerosos artículos de la parte especial del Código Penal vigente y la normatividad complementaria; y preocupa que frente a situaciones vividas en zonas del

país, el legislador, por presiones sociales, asume posiciones que redundan en nuevas leyes que afectan lo que llamaríamos el sistema garantista, que se introdujo en la década de los noventa. Lo anterior, ante la ausencia de una verdadera política criminal.

En la Sentencia C-746/98, la Corte Constitucional hizo una reconstrucción de sentencias hito para los efectos de la política criminal, allí se vislumbra la posición de la corporación en diversos fallos al respecto, en donde trata de poner de presente la implementación de postulados fundamentales del derecho penal mínimo, partiendo del reconocimiento de que las medidas punitivas de que se ha servido la anterior política criminal, no han servido a los propósitos deseados. Además, siempre se va a reconocer como límite necesario para la política criminal, la constitución política, que siempre será la directriz: con sus fines y valores, que en todo caso debe respetar el legislador a pesar de la libertad de configuración que en la materia ostenta.

El fundamento de la justicia penal es la justicia social y no el derecho. El costo social de la pena es demasiado alto. La comunidad paga por ella un precio elevado. Es, además, la pena el instrumento socialmente más caro y gravoso, el más destructor e invasivo, al considerar que se ha fallado con su fin principal, cual es el de resocializar al infractor y garantizar no solo tranquilidad a los asociados, sino los derechos fundamentales al que transgredió el orden preestablecido por la norma, además queda en evidencia el Estado ante la incapacidad resolutoria de los conflictos sociales que afectan al conglomerado. Sobre ese particular los indígenas, con su valor supremo de libertad, no consideran la privación de esta como una sanción, pues existen, según ellos, otros medios que producen mayor y mejor resultado para lograr evitar acciones que afecten el orden y la sociedad en general.

Si bien es cierto que en Colombia la jurisprudencia de los altos tribunales se ha enfocado hacia una intervención punitiva mínima, reconociendo que su expansión se podría traducir en un derecho penal de contenido netamente simbólico, lo único que parece develarse con la situación actual de la normatividad penal es que el principio que resulta en verdad simbólico en la actualidad es el de última *ratio*.

Así mismo, la sociología y la criminología se han ocupado del tema que se viene examinando, y reconociendo también la libertad de que gozan las cul-

turas propias de resolver los conflictos que se susciten al interior de su comunidad, como un modo de reconocer las características propias e integrarlas de alguna manera al derecho penal ordinario. Al respecto se ha dicho:

“A pesar de que el derecho penal mínimo señala así mismo que se debe atender el Principio del respeto por las autonomías culturales que no son más que los estudios sobre la relación entre los conflictos culturales y la criminalidad, así como aquellos sobre las subculturas criminales, llevados a cabo dentro del paradigma etiológico de la criminología tradicional, y sobre los cuales se ha permitido vislumbrar un problema de gran importancia, que debe ser abordado con decisión también dentro del paradigma de la reacción social. Se trata de elaborar una visión realista y crítica del sistema penal, teniendo en cuenta el hecho de que este es una parte del proceso general de “colonización” del “mundo de vida” de grupos sociales diferentes, por parte del sistema” (Habermas, 1981, pp.47 ss),

Es importante ver cómo la doctrina se ha ocupado del tema dándole el lugar que le corresponde, a las sub culturas, porque no puede desconocerse las formas propias de resolución de conflictos, en especial cuando estas han logrado avances significativos respecto a la resolución de sus conflictos por la forma como perciben ellos las conductas, y los medios de control por ellos utilizados y desde una óptica de los valores sociales se ha puntualizado:

“existe una diferente percepción de la realidad, de las normas y de los valores sociales, parcialmente condicionada por parte de los grupos dominantes y de su cultura hegemónica. Al contrario, la ideología penal está aún en deuda con el mito durkheimiano de una conciencia social que integra a todos los miembros de una sociedad y, en particular, en el momento de la violación de las normas. No se tiene en consideración el hecho de que la percepción y la definición de ciertos comportamientos como delictivos o socialmente negativos dentro de una determinada cultura dominante encuentran a veces como correlato representaciones sumamente variadas en diferentes grupos sociales y subculturas. Estas observaciones se evidencian en los estudios sobre la percepción de los “illegalismos populares” y de las resistencias colectivas por parte de las clases subalternas” (Blasius, 1976, pp.23 y ss).

Nuestra región, naturalmente, se ha ocupado de una forma prolija del tema, atendiendo a las realidades y experiencias, que se convierten en un ordenamiento social de convivencia pacífica, aunque guarden distancias de las conductas sancionadas por la mayoría o sistema ordinarios. Por ello, se ha

señalado que el valor cultural, por ellos aplicados, no es condición necesaria de criminalidad

“Tomar en consideración la percepción específica de la realidad y de los valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una determinada sociedad. Se deriva de lo dicho un ulterior límite funcional de la ley penal, que puede ser enunciado como la falta de una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos, cuando estos pueden ser considerados como normales en subculturas bien delimitadas” (Zaffaroni, 1985, pp. 91 y ss).

Lo expuesto por los tratadistas de los que se extrajeron los anteriores apartes, son las orientaciones que se integran en el derecho penal mínimo, respecto a las minorías o grupos sociales diferentes de los que forman parte los indígenas, pero que en nuestro país se han enunciado en la Constitución, pero aún la aplicación no es real y efectiva, pues los pueblos indígenas y el wayúu no es la excepción, aun luchan por los reconocimientos en los tribunales de su jurisdicciones especial, derechos que fueron introducidos como logro y avances importante en la Constitución de 1991

Por ello al introducirnos en el análisis y razones que el legislador tuvo para adoptar un sistema, como el derecho penal mínimo, y en nuestro país tenía este que revisar las hipotéticas razones esbozadas para la implementación y se quedó corto el mismo al no estudiar las bases culturales de las comunidades étnicas sobre las cuales legisla, considerando que se asumieron posturas cómodas y facilistas, importando doctrinas de culturas diferentes, y teorías de tratadistas internacionales que, sin ser irreverente, no coinciden con las realidades de la población a la cual van dirigidas, y para ello traigo a colación la cultura wayúu a la cual pertenezco y sobre la cual me permito extraer importantes consideraciones, que necesariamente se deben valorar bajo una óptica pedagógica e instructiva.

Se realizará un análisis paralelo respecto al derecho penal mínimo: entre la legislación penal colombiana y la legislación indígena wayúu; por ser aquella teoría que pregona la implementación de un derecho penal no intervencionista y respetuoso de las garantías y derechos fundamentales de las personas, propio de un Estado constitucional de derecho. Porque considera que el derecho penal es la última ratio con que cuenta el Estado para reaccionar

ante la comisión de un delito. Teoría que ha gozado de una aceptación general dentro de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro sistema jurídico. Se entiende como un gran avance en materia de derechos humanos por lo que la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos, se ha inclinado por la aceptación de dicha teoría.

3. Derecho penal mínimo en la jurisdicción indígena

Muy a pesar de que el art. 7° de la Constitución Política reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, es decir, que cada población indígena debe ser reconocida y, además, protegida en lo que a sus costumbres se refiere. Así mismo, el art. 246 y 330 de la Constitución Política, reconoce como derecho fundamental la Jurisdicción Especial Indígena al señalar que los mismos pueblos, autóctonos, pueden ejercer jurisdicción dentro de su propio territorio de conformidad con sus normas y procedimientos. Pero para ello, apenas se están dando los primeros pasos y esperamos que prontamente no sea casuístico la colisión de competencia ante casos de dicha jurisdicción especial, como se presenta en el momento, sino de manera permanente donde los wayúu, a través de su aparato judicial, puedan asumir el conocimiento de los procesos en que los miembros de la etnia se encuentren vinculados y que la justicia ordinaria inicie proceso y, se den prontamente las pautas respecto a las oportunidades procesales, de activar el aparato jurídico de las costumbres wayúu, los tipo de delito que la justicia especial reconozca, reconocimiento y lista de palabreros. De tal forma, que esa etnia resuelva sus conflictos como lo han hecho a través del tiempo, con éxito, allí si podríamos decir que se está cumpliendo con las normas constitucionales establecidas para ellos.

En Colombia prontamente se deben materializar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos indígenas y que no sea simplemente un enunciado constitucional, para que se pueda clasificar el Estado colombiano, no como etnocentrista, sino pluralista, con la inmediata participación de todos sus actores y se les reconozca su diversidad cultural, lo que definitivamente si podría cambiar el panorama y afirmar que el derecho penal mínimo sí ha tenido injerencia y aportado a la política criminal del país.

De igual forma, para cumplir con el estudio propuesto, después de haber abordado el derecho penal mínimo, es necesario e importante definir el es-

tudio de la víctima, por ser un actor importante, ya que el positivismo criminológico polarizó la explicación científica del comportamiento criminal alrededor del delincuente, ignorando a la víctima y considerándola neutra, pasiva y estática, que nada aportaba a la dinámica y control del hecho criminal. Pero llama poderosamente la atención que se señala como moderna criminología, la atención prioritaria que va dirigida a las investigaciones sobre las conductas delictivas, la víctima y el control social. En los recientes aportes de la victimología, se ha demostrado que la víctima tenía una gran participación en los sucesos y en otras ocasiones era la causante del delito y en el análisis se puede percibir a la víctima bajo su comportamiento individual o su relación con el autor del delito. Fue Benjamín Mendelsohn, cuyos estudios se suscribieron a la pareja criminal, que demostró la recíproca interacción entre autor y víctima.

El aporte de Benjamín Mendelsohn y Von Hentig, entre otros pioneros sobre el estudio de las víctimas, va adquiriendo un progresivo interés hasta conformar una nueva disciplina científica. Cuando se define y se establece que la victimología es una ciencia joven, sobre la cual se asientan los pilares de la justicia, capaz de ordenar y equilibrar el orden social, conforme como lo señalaron en el primer simposio internacional de Jerusalén de 1973

No queda más que advertir los avances con los que en nuestro país y las culturas milenarias han tratado el tema, como se evidencia en el sistema normativo tácito consuetudinario wayúu, que se fundamenta en la víctima directa y la víctimas extensivas, que son los familiares por línea materna, quienes activan la solución de los conflictos frente a la alteración del orden de la convivencia pacífica a través del diálogo y de un instrumento humano llamado palabrero o conciliador, con características especiales, que busca el reconocimiento por la falta u ofensa recibida por la víctima. El palabrero dentro de la jerarquía en la comunidad wayúu es la autoridad moral y su labor va encaminada a traer a la memoria de los familiares del victimario o agresor, la razón de ser y los valores que componen la comunidad y las consecuencias de salirse de esa comunidad organizada, reiterándoles que no pueden desconocer esos valores que los hacen partícipes de esa comunidad étnica y que el palabrero, finalmente, después de haber realizado el análisis, en el cual la familia del victimario acepta que existió un perjuicio, remata al decirles deben pagar y se establecen el valor, las condiciones y la o las fechas

de dicho pago, que además se organiza y para lo cual se hace una fiesta donde las dos familias y amigos y allegados participan, para demostrar que todo está bien, ese pago debe ser definido, preciso y bajo la palabra cumplida, so pena del inicio de las reconocidas guerras inter claniles.

El reconocimiento del precio o pago, así como el valor tasado, se da por las consideraciones que la víctima y su linaje posean, y este es establecido en atención a la vida ejemplar personal y comunitaria llevada por la víctima, siendo esto un elemento importante para establecer el estatus social de la misma, así como los de la familia del victimario o del responsable de la acción o perjuicio.

Sin embargo, cuando no se llega a acuerdos frente a una alteración del orden establecido para la convivencia pacífica, y se genera el conflicto y se pierde la paz y los wayúu dicen “se pierden los pasos ya que no podrá transitar libre y seguro por el territorio”, es por ello que son los familiares en línea materna de la víctima los más interesados en darle solución, buscando al palabrero y este a su vez a los representantes del victimario que como ya se dijo son los familiares por parte de la madre o parte húmeda. Es de resaltar que el procedimiento de resolución de conflicto se lleva a cabo dentro de un ambiente propicio para el diálogo y los términos cortos, son ágiles y perentorios. El palabrero no necesariamente debe ser familia de la víctima porque esta función la realizan personas con capacidad de persuasión y poseedor de una sabiduría innata y profundo conocimiento de la cultura wayúu, pues son los encargados de traer a la memoria casos similares y su solución, constituyéndose en base fundamental para los arreglos como lo llaman, casi que asimilándose al sistema norteamericano netamente casuístico y oral, el palabrero, que es el encargado en la cultura wayúu, a través del diálogo de buscar una solución en un caso determinado de posible conflicto por la violación de las relaciones interpersonales y familiares, definiéndose dichas conductas como faltas u ofensas. Las faltas son alteración del orden en menor cualificación y podría decirse que son de las que se desprenden de palabras ofensivas e hirientes y las Ofensas son las acciones que perjudican y atentan contra la integridad física, bienes o territorio. Dicha figura (palabrero) obtuvo un reconocimiento de la Unesco, por ser el diálogo la forma de resolución de conflicto, en una sociedad tan convulsionada.

Como puede apreciarse durante este complejo procedimiento no existen visos de violencia, sino, por el contrario, todo este asunto se ventila de forma amigable y aun, si no se llega a los acuerdos entre las partes, se dan treguas para iniciar la acciones retaliadoras.

En estos procedimientos consuetudinarios, la palabra tiene un valor intrínseco que se traduce en respeto e inviolabilidad. No existe privación de la libertad y la única sanción existente no es impuesta por ninguna autoridad, sino que se da como consecuencia del desconocimiento de las normas de conductas que ellos desconocen y que se trasmite de generación en generación y consiste en no ofender y pagar la ofensa hecha a otro miembro de la comunidad, y se denomina destierro. Su aplicabilidad inicia en el momento mismo de desconocer sus costumbres. Deben dejar la tierra y perder el derecho a convivir con las demás castas, porque moralmente se convierte ese clan en peligroso, porque no atiende las reglas de la convivencia; social, política y moralmente se descoyuntan, porque se vuelven muy vulnerables y con esa negación se pierde la libertad, la paz y tranquilidad familiar y el derecho a permanecer en su ranchería, porque serán objeto de ataques por parte de la familia de la víctima quienes tienen derecho legítimo a vengarse por el agravio recibido, y deberán entonces pagar aun con sangre la ofensa realizada.

Luego entonces se organizan, se arman y se inicia la guerra. Por ello, la familia o casta del victimario pierde derechos innatos a la vida en sociedad dentro de la comunidad wayúu, pues debe desplazarse en busca de refugio y protección, a tierras lejanas y dejar todo, lo que significa pérdida total de su paz y bienes materiales; conflicto en que no es dado la participación de otra familia, ni para esconderlos, ni para ayudarles, porque de hacerlo se vuelve objeto activo de transgredir la ley wayúu y deberán, así mismo, pagar por el agravio a la familia de la víctima, pues no es bien visto entre los wayúu respaldar o apoyar a alguien que ha infringido las normas, y además desconocido los usos y costumbres o formas de resolución de conflictos a la manera preestablecida para todos los de la comunidad. Esa sanción es válida por negar el sistema y desobedecerlo, al no reconocer los derechos del otro, eso significa negar su etnia, sus costumbres, su cultura y su tradición.

Otro de los factores de análisis dentro del establecimiento de los derechos, es que solo por línea materna se realiza la extensión del linaje (*apushii*²), por ello los tíos maternos son los responsables de los cobros de las *majayut* cuando están en edad de organizarse y son estos los que aportan frente a un conflicto o adquisición de bienes por parte de los miembros de un tronco familiar, y no el padre biológico, o sea para un mayor entendimiento los hermanos de la madre o sea los tíos maternos, son los que actúan en el rol de padres dentro de la etnia, y frente a un conflicto de familias o negociaciones del clan, son los encargados de aportar para ello y de igual forma realizan los (*walawaa*) o pago, y son los responsables de establecer el orden en el clan familiar, además de evitar las reincidencias, por ende la reglamentación dentro de la comunidad es prevencionista. A los hijos varones de un tronco se les denomina ³*achon*, y a pesar que pueden ser reconocidos en la casta o familia materna, no heredan y los (⁴*out<payo*) son los hermanos del padre biológico, es el orden ascendente dentro de esta categoría, ambos se consideran particulares, no son familia, deben respeto y no poseen la capacidad de herencia dentro del clan.

Los conjuntos de valores entre los wayúu se denomina ⁵*kojucta actuma*, pues el punto de partida es la interpretación que hace un pueblo homogéneo que cree en la articulación del cuerpo con el espíritu, además tiene unos códigos de conductas que aunque no escritas si son conocidas y aplicadas por todos los que forman parte de la etnia y romperlas significa que hay que responder y lo hace no el agresor directo, sino sus familiares en línea materna, como ya lo habíamos señalado y los encargados de establecer el orden o sea son los encargados de la no repetición, de prevenir futuras acciones que afecten el orden, con ello igualmente se reeduca a los jóvenes y demás miembros de la comunidad a fin de mantener la paz.

Además la organización del wayúu es muy especial:

El *palabrero* es la autoridad moral que aplica el lenguaje interconectado entre los que se encuentran en conflicto; el *cacique* posee la represen-

2 Familia de la línea materna, que conserva el linaje del clan familiar

3 Familiar de la línea paterna en el orden descendiente hijo de varón quien debe respeto pero no conserva linaje o clan familiar, se considera particular frente a los descendientes de línea materna, no hereda

4 Familiar de línea paterna en el orden ascendente, familiar del padre biológico, no forma parte del clan y se considera un particular.

5 Valores que mantienen el orden social como *walawaa* (pagar falta o compensar daño) *maunaa* (cobrar).

tación diplomática, de relaciones y política desde el buen sentido de la palabra; el rastrero es el wayúu que nace con facultades sensoriales especiales que le permiten señalar e indicar la búsqueda específicas de cosas, y esas personas establecen, con precisión, donde deben construir los pozos de agua, por ejemplo, porque ellos detectan el agua en la tierra o aguas subterráneas, son muy espirituales y muy selectos.

La autoridad espiritual o *‘oula karu* interpreta los sueños y se considera vidente, predice el futuro, especie de oráculo y a través de sus conocimientos toma decisiones que todos los de la ranchería deben obedecer, esta autoridad no es por clan, sino étnica o sea de todos los wayúu, a quienes les presta los servicios de manera gratuita, ej. En se hace necesaria para los tiempo de guerra o eventos de perdidas (robo), así como la *outsuu* –mujer– u –hombre–, que son una especie de médicos tradicionales que ven más allá y tienen los sueños reveladores o premonitorios wayúu, que curan enfermedades físicas y espirituales como los ocasionados por espíritus malignos (*7yuruja*) y determinan cuando un malestar obedece a daños orgánicos o producto de espíritus malignos que se apoderan del alma o cuerpo del individuo, y prestan sus servicios a la etnia y su servicio es compensado en especie; los vigías o centinelas, que son los wayúu que permanecen en los parajes ocultos en tiempos de guerras o enfrentamientos entre clanes, cuidando el ingreso de personas a su entorno, y en caso de cualquier situación anómala un intruso, son los encargados de entregar la información al mayor o anciano para que de manera ágil ponga en alerta o simplemente tomen las decisiones convenientes y salvaguardar la pervivencia del clan, siendo muy apegados a la realidad al transmitir los hechos sin exageraciones simplemente refieren con calma y con detalles muy precisos, ellos pueden permanecer todo el día en el lugar y sin ser detectados en cumplimiento de su misión.

Podemos señalar que todas las autoridades tienen un halo de espiritualidad que les permite tomar sus decisiones y permanecer como ha sucedido en el tiempo, además son los responsables por su estatus de mantener

6 Autoridad espiritual interpreta los sueños y se considera vidente, predice el futuro, especie de oráculo y a través de sus conocimientos toma decisiones que todos los de la ranchería deben obedecer, esta autoridad no es por clan, sino étnica o sea de todos los wayúu, a quienes les presta los servicios de manera gratuita, ej. Se hace necesaria para los tiempo de guerra o eventos de perdidas (robos).

7 Espíritus malignos, diablo que se apoderan del cuerpo o el alma del individuo.

el equilibrio y la armonía. Lo anterior da muestra que ellos tienen órdenes establecidos y autoridades reconocidas y respetadas, razón por la que esa etnia, la wayúu, es la más numerosa en Colombia, ha permanecido y se ha conservado desde la época de la colonia con una fuerza intrínseca que ha ido de generación en generación, sostenida por los pilares invisibles del espíritu; la magia y la sabiduría que los caracteriza.

De igual forma al esbozar el conocimiento de la víctima, en la actualidad concebida, no podemos desconocer el reconocimiento dado recientemente en nuestro país con la Ley de Víctimas o 1448/11, y esto porque desde el derecho romano se perseguía al ofensor a través de la querrela, con el tiempo estos ajustes de cuenta pasaron a manos del Estado que monopolizó la pena y por ello el derecho penal olvidó la víctima. Como respuesta a esta omisión nació la victimología, primero como una rama de la criminología y después como una rama independiente, siendo sus precursores Benjamín Mendelsohn y Von Hentig, quienes ponen de relieve el rol de las personas como víctimas y a quienes definen a aquellas personas que sufren un daño por culpa ajena y caso fortuito y señalan igualmente la tipología de las víctimas clasificándolas como: directas e indirectas; primarias (perjuicio, físico, psicológico y económico derivado del delito), secundarias (experiencia posterior de la víctima en relación con el sistema judicial y policial, por no brindar la existencia) y terciarias, (la vive el delincuente por las circunstancias que lo llevaron a cometer el delito, su paso por la cárcel y la vivencia pos penitenciaria). Mendelsohn, por su parte realiza una clasificación de víctima, y señala a- la víctima inocente; b- la víctima de culpabilidad menor; c- la víctima voluntaria; d- la víctima más culpable que el infractor; y e- la víctima culpable que la subdivide en: 1- la víctima que actuó en legítima defensa; 2- la víctima que engaña a la policía imputando un hecho que no ocurrió y del que no fue víctima; y 3- la víctima imaginaria que es aquel denunciante con problemas mentales.

La victimología considera que se hace necesaria la reparación del daño que principalmente está en cabeza del agresor, luego pasa al Estado que no solo es económica sino que se le atribuye la asistencia pública debida a la víctima, y la asistencia mediante seguros y la compensación, siendo de difícil tasación cuando los bienes a reparar son intangibles, o morales, como tam-

bién se les ha denominado, porque frente a ellos no se puede establecer una tabulación, pues en la mismas intervienen varios factores.

4. La víctima en la cultura wayúu

Al introducirnos a la comunidad indígena wayúu es digno de mención sistema que se ha denominado **usos y costumbres** (consuetudinaria y oral), el cual ha sido la base y la permanencia del equilibrio en la comunidad, a fin de evitar injusticias, procesos que se han desarrollados a través de los tiempos enmarcándose en los procedimientos utilizados que son autóctonos y efectivos para el logro de los objetivos propuestos. Para ellos, la víctima dentro del proceso es la más importante, porque es además la que activa el proceso de resolución del conflicto, no solo la directa, si no la extensiva o sea la parentela por línea materna, que establece las condiciones y precios para entrar a la discusión propia de una conciliación a más alto nivel, se activa la figura del ⁸*maunaa* (cobro) y el ⁹*walawaa* (pago o compensación por el daño causado) así mismo, si lo comparamos con la justicia penal ordinaria y cómo ésta resuelve los conflictos; más aún, si la ponemos en contexto con la teoría del garantismo penal expuesta por el profesor italiano Luigi Ferrajoli, consideramos que existen muchos puntos de contacto, entre esta cultura wayúu y lo señalado por el derecho penal mínimo, porque es garantista, preventiva y con los más grandes avances del abolicionismo, pues no es punitiva, no existen cárceles por ende no existe imposición de pena privativa de libertad, de lo que se deduce entonces que en Colombia dicha teoría del derecho penal mínimo y la victimología, tienen vigencia no desde los años noventa, por ende no son tan novedosas como las han presentado diferentes tratadistas y aun las Altas Corporaciones en el país, pues su aplicación es milenaria en la etnia wayúu.

Las víctimas en la cultura son directas e indirectas o extensivas. Directa, quien recibe el agravio u ofensa. Indirectas o extensivas, los familiares de esa víctima por línea materna (*apushii*). En los usos y costumbres wayúu la sanción mayor es la moral, pues la simbología mística de la esta cultura es pilar dentro de la etnia, sin desconocer que como la más civilizada sociedad todo es conciliable, hasta la vida y la muerte, las mujeres aun con su some-

8 Cobro que realiza la familia materna de la víctima, a través del palabrero.

9 Pago o compensación por el daño causado, lo realiza familia materna del victimario.

timiento innato, tienen un papel importante, son las portadoras de vida, las que enseñan, y las que aportan a la economía a través de la dote cuando se formaliza un compromiso conyugal y así mismo son intocables en tiempo de guerra.

El castigo físico como tal no existe, así como la cárcel o sitio obligado de permanencia para la persona que ha infringido las costumbres y derechos, pues el castigo lo sufre toda la parentela matrilineal, a su vez el ofensor vive las consecuencias de la ruina o detrimento patrimonial de su casta y la represión de los mayores en la familia que deben garantizar a las demás castas que la persona que cometió la falta u ofensa no volverá a transgredir los usos y costumbres, además, después de haber pagado la falta u ofensa se da un cambio drástico de sus condiciones de vida, tanto físicas como sentimentales, materiales y se debilitan económicamente, pues los precios tasados son lo suficientemente drásticos y altos a fin de que la persona aprenda la lección, por ello la reincidencia es casi nula entre los wayúu.

Entre ellos no se tasan los valores como los códigos de manera prestablecida, sino por la gravedad de la acción y la afección, también se tienen en cuenta la capacidad económica del agredido y del(os) agresor(es), que afectan directamente su economía para unos positivamente y para otros negativamente, al punto que el wayúu tiene en alto valor a su libertad, pues es el bien más grande que ellos poseen y por eso la afectación al patrimonio de la familia pasa a un segundo plano con el fin de evitar una guerra.

Por lo general el castigo se traduce en una especie de reconocimiento económico: collares, animales, oro, piedras preciosas... Por ello se dice que puede ser en dinero o en especies. Aunque no existe una tabla rasa que pueda cuantificar el monto del daño a pagar, es ahí donde entra la habilidad de los palabreros para llegar a un acuerdo en el cual las partes involucradas quedan satisfechas y es motivo de festejo y reconciliación, así una vez se realiza el pago no existe sanción, pues la convivencia se restablece y ambas familias siguen en paz dentro de la continuidad, no quedan recelos, ni acciones de desconfianza porque el arreglo como lo llaman tienen carácter restaurativo, resocializados y a pesar de que las cosas nunca vuelven a ser iguales, no puede un hecho afectar el presente y futuro de una comunidad, todo tiene solución y arreglo ente ellos.

Es importante reiterar que la acción del palabrero recae no sobre la persona infractora, sino sobre la familia del agresor en línea materna, quienes serán los encargados de responder por la falta cometida por su pariente de sangre, realizan las reuniones y entre todos recogen las cuotas para realizar el pago, porque de no hacerlo y no cumplir con la exigencia de la familia de la víctima, se entra en una guerra y esos bienes no servirán para mantener la vida y la tranquilidad en la parentela: es el pensamiento wayúu.

Ante la negativa de los victimarios de aceptar la propuesta de los familiares de víctimas, se da inicio a la guerra inter clanes en ella los varones se acuartelan y se organizan, y proceden a tomar venganza, en ese momento establecen las estrategias y cada uno, de acuerdo con sus habilidades, toma posición y todos van armados. Durante la guerra no son objetos activos, ni las mujeres, ni los ancianos, ni los niños, pues, agredir a ese grupo especial, recibe el repudio general de la etnia, y en caso de que ellos, los ofendidos, venguen matando a uno de la familia de los iniciales victimarios, a este (el muerto) lo entierran caliente, o sea antes de las 12 horas de su fallecimiento y corresponde esa tarea a las mujeres del clan quienes vestidas de rojo son las que trasladadas al muerto al cementerio y nadie lo puede llorar, el velorio o nueve noches solo es posible realizarlo hasta tanto sea vengado o cuando lleguen a un arreglo con la familia agresora, que inicialmente fue la parentela de la víctima, o sea una vez se establezca el equilibrio e igualdad entre las familias en conflictos, ej.: dos muertos uno de cada familia, o pago (walawaa) de acuerdo con las ofensas recibidas y cometidas durante ese tiempo. Si no se llega a acuerdo, se continúa la guerra, que en ocasiones ha destruido castas completas. El cementerio es un lugar sagrado y lo que determina entre los wayúu el arraigo, mi territorio es donde tengo mi cementerio.

Dentro de este complejo normativo autóctono lo esencial es entender la forma sociocultural en que está organizada la comunidad wayúu. Se parte de la idea fundamental de que en esta cultura su base es el equilibrio, pues ellos centran su razón de ser, en que son iguales y como tal son portadores de derechos que se adquieren por haber nacido en el territorio, por ende, para ellos no existen límites, ni fronteras, pues aun las divisiones, como por ejemplo la tierra, están en el imaginario, sin que se dé, desde ningún punto de vista, diferencia o desconocimiento de sus derechos, nacieron libres y así permanecen, y solo un cementerio donde yacen sus mayores les da el arrai-

go, la etnia su asentamiento lo comprenden dos países (Colombia-Venezuela) por ello transitan libremente, no existen fronteras para los wayúu, la tradición se sigue con unos lineamientos que se van trasladando de generación en generación, bajo la orientación matrilineal, es decir, la línea de familia se desprende de la mujer (apushii) que significa familia de la línea materna, que conserva el linaje del clan familiar.

Lo importante para los reconocimientos y herencias se da por el linaje de sangre materna, porque se considera que el ombligo es el lazo que identifica y une a la familia y, además, es costumbrista y oral, razón por la cual no se ha unificado la escritura de *wayunaiki*, no tiene gramática, por eso se escriben conforme se pronuncian y por ellos los libros que se han escrito tienen diversa forma de escritura. No obstante, la figura central de los procedimientos de solución de conflictos es el varón, en quien reposa la autoridad del núcleo de vivienda o ranchería, denominado cacique, que es el diplomático, el de las relaciones, así como el palabrero que, reitero, es la autoridad moral, estas son dos figuras representativas en la cultura, sin olvidar las antes mencionadas que son más espirituales y su reconocimiento es dado por las características espirituales que poseen.

En cambio si vemos la forma en que el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal colombiano abordan a los infractores de la ley, nos damos cuenta de inmediato, que es violento, que afecta agresivamente la libertad de las personas y, además, la duración de los procedimientos son ostensiblemente largos y atentatorios de los derechos fundamentales en su práctica.

Pero no solo se afectan la libertad y la magnitud temporal sino que, por lo general, el Estado victimiza al victimario y re victimiza a la víctima. Al victimario porque lo somete a penas duras, se victimiza su familia al ser privado de la libertad porque si se da el caso de que la persona detenida es el sostén de su familia esta se verá privada de unos ingresos económicos para sus sustentos, con lo que viene la desintegración de la unidad familiar. Es lo que se conoce en el ámbito de la criminología como la teoría de los hogares rotos y que definitivamente no es el procedimiento adoptado por la etnia wayúu, que respeta las libertades y le da a la persona la oportunidad de resolver sus conflictos, sin tener que adoptar medidas tan crueles que, además, afectan a toda la familia. Vemos entonces que el Estado no resuelve un conflicto sino

que, por el contrario, está generando otro, y este si más dañino por cuanto recae en personas inocentes.

Diferente concepción manejan los wayúu, quienes aportan sus bienes materiales para mantener la paz y es el mismo clan o casta el encargado de resocializar al interior de su comunidad a la persona que viola los códigos de convivencia. Por el contrario, el Estado con los centros de detención carcelario a la víctima la re victimiza, porque sencillamente la saca del escenario jurídico y desconoce su condición de persona afectada al no darle una efectiva participación en la solución de su conflicto, y resocializase y dejar atrás su pasado, esto sin perjuicio de los avances jurisprudenciales al respecto. Los intereses de la víctima son canalizados a través de la Fiscalía, la participación depende de la labor investigativa que realice el ente acusador, que considero respetuosamente se encuentra en crisis y mal podría decirse que está cumpliendo con esa función tan delicada e importante, sobre todo para no continuar afectando a quien ya fue afectado y se denomina víctima.

Cosa totalmente contraria a los procedimientos en el sistema normativo wayúu en el que la participación de la víctima es activa, porque es sujeto, es la figura central para que se dé el reconocimiento del daño y es la que busca evitar el conflicto y es loable reconocer que aun con el dolor y trauma de la pérdida y el perjuicio ellos lo olvidan momentáneamente, porque lo importante es activar las acciones que corresponden enviando la palabra a través del palabrero, para sanear el hecho y llegar a acuerdos con la familia del victimario, o agresor.

Llama la atención que en el sistema wayúu no se habla de reparación, ni de indemnización, pues consideran que el valor pagado no es más que una forma de solución del conflicto, como lo hacen las sociedades más modernas y se denomina compensación o reconocimiento y con el propósito de evitar que se continúe perjudicando al otro, y que el agresor aprenda a convivir sin transgredir los usos y costumbres y pueda continuar una vida integrada a su comunidad, consideran que nunca hay reparación real y verdadera, ni indemnización que deje las cosas en su estado natural, tal como antes. Esta es una de las razones que no valoran: el precio como restaurador, porque eso nunca se da y ellos son conscientes, solo lo conciben como una forma de que el ofensor aprenda que no debe violar las normas de convivencia y por eso

se sanciona económica y moralmente a todo su entorno familiar, para que su núcleo se responsabilice a futuro de las conductas de sus miembros. Así mismo, la víctima directa sobre la que recae la ofensa, no se permite que reciba del reconocimiento pecuniario entregado por el ofensor y sus familiares, y la razón es que nadie come de su carne, ni bebe de su sangre, en el argot popular, si se le entrega parte de los dineros o bienes recibidos por la ofensa o falta, este (víctima directa) pierde la vergüenza y/o pudor porque entrarían a develarse intereses económicos a una situación que es netamente social y espiritual, y lo induciría a re victimizarse para obtener beneficio, por ello el pago o reconocimiento por la ofensa, la reciben solo los familiares maternos de la víctima y allí se clasifican, pues, los familiares aportantes, son a quienes en el momento de los reconocimientos se les da participación, entregándoles en proporción a lo que ellos hayan entregado en circunstancias anteriores, además, el aportar en la comunidad en los conflictos y adquisiciones, da estatus e importancia frente a los demás miembros del clan, sin perder de vista el equilibrio y la justicia, bajo el entendido que recibimos en la medida que damos.

5. Conclusiones

En el sistema normativo consuetudinario wayúu de solución de conflictos, está acorde con las más modernas corrientes, tal como la esbozada por el derecho penal mínimo. Sin lugar a equivocarme, el derecho penal mínimo en Colombia no se introdujo en la década de los noventa, si no hace más de quinientos años, con los usos y costumbres wayúu, de igual forma, la preponderancia dada a las víctimas recientemente y la victimología como corriente, tuvo su origen, además, con éxito en la aplicación del sistema consuetudinario wayúu, siendo pioneros no reconocidos por nuestro Estado.

La cosmovisión de los wayúu, respecto al tratamiento de la víctima, ocupa el primer rol de gran importancia, pues es la que activa la ruta de los arreglos después de cometida una falta u ofensa, y se inicia con la intervención de los palabreros quienes actúan a favor de los intereses de la víctima y cuya misión es arreglar a través del diálogo (la palabra) las situaciones que se generen en la comunidad afectación del orden social, la víctima directa, en medio del arreglo no percibe compensación, pues para el wayúu, “nadie come de su carne, ni bebe de su sangre” porque generaría actitudes inadecuadas

de conmiseración y pierde el valor y la vergüenza, que son características innatas e individuales en ellos, primando lo colectivo basados en principios de convivencia, todo este sistema se contrapone con lo que actualmente está aconteciendo en nuestro país con la Ley de Víctimas o 1448/11, que se activa su participación con una declaración de la víctima donde narra los hechos, posteriormente el estado le reconoce su condición, que le permite percibir las ayudas humanitarias que son inmediata y de emergencia, de acuerdo con lo que se llama Atención, este proceso tiene un término de no más de 10 años, ese es el primer paso y por las experiencias, las víctimas en Colombia a pesar de haber accedido a las otras acciones o condiciones de reconocimientos como es la Asistencia (alimentación, alojamiento, higiene y salud) y Reparación Integral que lo componen: Medida de satisfacción; Indemnización; Restitución; Rehabilitación y No Repetición, están (víctimas en Colombia) ancladas en la atención, proceso que inicio en el año 1997 y aun no se ha cesado la atención primaria para ellos. Lo que significa que la posición del wayúu de no entregar a la víctima directa, si no a los familiares, se convierte en una realidad también para los ¹⁰*alijunas* (no pertenecientes a la etnia), quienes se mantienen en esa deplorable condición indefinidamente y no se preocupan por establecer otras prioridades y reorganizar sus vidas y núcleos más importantes. Los hechos violentos no deben ser si no una oportunidad de cambios y trasformaciones, acompañamiento que el estado está obligado hacer, pero que la realidad dista de la verdad, pues se ha condicionado mediante la norma los procesos y procedimiento siendo extremadamente apegado a formalismos que afectan los tramites y la genuina reparación integral, que es el fin de dicha ley, la anterior percepción se desencuentra con el sistema wayúu en la concepción y procedimientos.

El Decreto 4633 de 2011 que es el desarrollo del art. 205 de la ley 1448 de 2011 “ Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención y reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas” No fue totalmente reconocida por los wayúu, porque la ley sustenta una reparación simbólica que para los wayúu no tiene precio como por ejemplo en la desaparición forzada, toda vez que lo importante es poder enterrar a sus muerto y el no hacerlo, ni cono-

cer el fin del cuerpo de su pariente, le produce una afectación psicológica y moral, individual y colectiva, además no existe valor tangible que compense ese dolor y el estado tasa unos valores que para los wayúu no representa el sufrimiento producto de la falta u ofensa. Otras de las situaciones que rechazan es la declaración rendida por la víctima, que la ley establece como inicio del proceso de reparación, porque recordar es vivir y lleva consigo recuerdos dolorosos que producen lagrimas las cuales igualmente tienen un valor intangible, y a pesar de que la ley señala la reparación simbólica para los pueblos indígenas, aun no se ha iniciado las reclamaciones por la tasa-ción que se ha establecido para ese fin, la cual es irrisoria sobre todo para la etnia wayúu, razones estas que la Ley de Justicia y Paz no ha sido aceptada al interior de la etnia, solo dos reclamaciones se han iniciado, pero los intervinientes, solicitantes, son personas aculturizadas, que viven más como alijuna que como wayúu

Las víctimas se deben concebir como personas que vivieron situación dramáticas y dolorosas, pero que pueden lograr su restauración tanto física, sentimental, emocional y espiritual, proceso que se debe trabajar y no precisamente entregando las ayudas humanitarias sin los aportes necesarios y los seguimientos (psicológicos, económicos, físicos, etc.) a fin de integrarlos a la comunidad, que igual debe estar preparada para la inclusión social y ser su sostén, moral, espiritual y afectivo, con el respaldo del Estado en todos los ámbitos donde tiene injerencia, y donde se perciban las falencias, y no el proteccionismo actual aplicado que más que beneficio a dejado una estela de inconformismo, quebrantando el tejido familiar y social, afectaciones emocionales, caracterizadas por tristeza, melancolía, depresión que han desencadenado una decepción entre las víctimas, violencia que reciben de los mismos órganos del estado y les impide convertirse en actores de desarrollo, personas útiles y sanas, aportantes en nuestro país.

El proceso normativo wayúu de solución de conflictos es bastante garantista y liberal porque puede apreciarse desde el comienzo que la forma de solucionar los conflictos se da dentro de un ambiente propicio al diálogo en donde la figura del palabrero es esencial como también la participación de la víctima. Este proceso no busca fines axiológicos sino la paz **inter clanes** a través de la composición, bien sea económica o en especie. Este procedimiento es marcadamente oral, la credibilidad del mismo se sustenta en la

seriedad con que el palabrero desempeña su labor. Al final, cuando el conflicto es resuelto el compromiso verbal es acatado y respetado por cada una de las partes.

Vemos que no hay una victimización al victimario porque es su familia en línea materna la que se encarga de resolver el conflicto para que cese todo tipo de violencia, cuya finalidad es el mantenimiento de la paz. Tampoco hay una re victimización de la víctima ya que ella es una figura central dentro del proceso de composición, la víctima no es desconocida, y se le asigna un papel central y de importancia en el conflicto.

Nótese que la Teoría del garantismo penal tiene como finalidad crear un derecho penal respetuoso de derechos fundamentales, de un procedimiento cuya figura central es la persona sometida a proceso. Como puede verse poco se habla de la víctima, sujeto que debe estar a la altura del victimario, tal como ocurre con el sistema normativo consuetudinario wayúu. Y es así porque los desarrollos del derecho penal desde la ilustración se han dado en favor de la persona que comete un delito o del modelo del procedimiento a seguir durante una investigación penal, por lo que es notable el abandono de que fue objeto la víctima.

Podríamos afirmar entonces que el sistema normativo wayúu es bastante avanzado en lo que a las partes y a la forma de solucionar el conflicto se refiere. Vemos que es un sistema en el que no se limita de forma agresiva el derecho a la libertad, no se desconoce a la víctima, es un procedimiento puramente verbal y casuístico, no tiene fines axiológicos inalcanzables y lo único que importa es el mantenimiento de la paz. Es ágil y oportuno, toda vez que el tiempo de solución del conflicto es corto a diferencia de los procesos de la jurisdicción ordinaria.

Los arreglos como así lo denominan los wayúu es lo que la justicia ordinaria denomina conciliación, que es una forma de llegar a la resolución de los conflictos a través de acuerdos entre personas civilizadas, estableciendo valores por el perjuicio recibido.

Convenimos entonces, que es un modelo que vale la pena conocer por la sencillez de sus procedimientos y, además, su aplicación se hace cada día

más necesaria, y por qué no adoptar en la medida de posible las estrategias que con éxito ellos han aplicado milenariamente.

A propósito del nuevo sistema procesal colombiano, Ley 906 de 2004, que hace una copia burda del sistema acusatorio de corte norteamericano, que algunos han creído una innovación bastante civilizada en nuestro medio jurídico y que también trae como novedad la oralidad, lo cierto es que el sistema normativo wayúu es oral y, además, casuístico y su aplicación data de más de 500 años en la Guajira.

Una cosa es copiar modelos extranjeros y traer doctrinas foráneas que se precian de ser de última avanzada, pero otra cosa muy diferente es desconocer que en nuestro país existen sistemas normativos autóctonos que nada tienen que envidiar a sistemas extranjeros, respecto a la oralidad porque, desde hace mucho tiempo, la oralidad es parte fundamental en la tradición propia entre los indígenas y muy especialmente entre los wayúu.

Nada tiene que envidiarle a la teoría del garantismo penal porque, en últimas, lo que esta teoría hace es tratar de mejorar un modelo de sistema penal ya existente en el sentido de derechos fundamentales; mientras que el sistema normativo wayúu, con sus ritualidades propias, consagra un modelo bastante garantizador de los derechos fundamentales de víctima y victimario en tanto que son personas libres y dignas y la paz es su finalidad más loable.

Así mismo, su sistema investigativo es novedoso y justo, no se vincula si no al responsable. El sistema de rastro y comunicación entre ellos siempre logra resolver sus asuntos, recayendo la responsabilidad sobre el autor del hecho, o sea, sobre el que cometió la ofensa. Además, al interrogárseles ellos no niegan su responsabilidad, como tampoco su accionar. Por ello la justicia ordinaria les impone las más altas condenas, como se evidencia en los estándares de condena que se han fijado en este departamento.

Las penas más altas las están cumpliendo los indígenas wayúu. En consecuencia, se adelantan acciones de mover el aparato jurisdiccional y actualmente se está trabajando en la Mesa Departamental Intejurisdiccional, con la que se pretende que los wayúu sean juzgados por su legislación de usos y costumbres, en su territorio, y allí mismo se realicen los procesos de integración con su comunidad y el restablecimiento social y espiritual de la

etnia. En el wayúu el origen de los conflictos se desprende de acciones u omisiones, además se clasifica con intensión o por descuido, por la palabra y por hechos.

Y es que la forma de solucionar los conflictos los wayúu han demostrado ser una cultura muy clara, precisa y efectiva, además es garantista, preventiva, resocializadora con métodos no convencionales pero eficaces, integral, ágil, donde el componente más importante para su cumplimiento es el respeto a la palabra y a los usos y costumbres y donde la oralidad y la casuística señalan un derrotero muy certero de seguir. El wayúu, no pretende imponer castigo físico, ni mucho menos encierros, porque el alma no tiene barrotes y el ser es libre y como tal debe permanecer, además considera que el sistema punitivo no ha traído sino problemas en la sociedad, porque su funcionamiento es inútil, ya que no se logra el restablecimiento social y cultural que es lo que realmente tiene valor, porque ello conlleva a la paz, armonía y la seguridad, pues el sistema de los *arijunas* (no miembro de la etnia) ha fracasado y más aun con la situación actual del sistema penitenciario colombiano, que desde años atrás está en una profunda crisis y de la cual el gobierno no ha atendido y donde el mismo sistema está siendo participe directo de las más grandes violaciones a los derechos humanos.

La cultura wayúu, a través de su sistema de justicia denominado usos y costumbre nos muestra una opción, y evidencia que el garantismo y la no violencia son posibles, para lograr y que aun el diálogo y la palabra siguen siendo mecanismos actuales para la resolución de los conflictos, por ello no es una utopía el garantismo, sino una realidad donde se hace posible la prevención al delito de una manera fácil y sencilla, además el restablecimiento social es parte de ese sistema, la víctima es parte integral de la solución de los conflictos y la sociedad, como tal, no se fractura frente a hechos reprochables, si no que se fortalecen los lazos familiares y las relaciones interpersonales.

La prevención de la descomposición social en el sistema penal colombiano no ha funcionado, dada la falta de una política criminal clara y adecuada a la sociedad nuestra, donde el desbordamiento del poder tiene efectos nocivos, situación que se contrapone a la adopción de normas consuetudinarias, como lo hace la cultura wayúu, que no busca la sanción como forma de restablecimiento del orden, mucho menos como castigo, porque para ellos el

orden no se pierde, se afecta, pero el respeto a la autoridad y la convicción de sus derechos y deberes, como miembros de una comunidad libre y fuerte les devuelve la razón de ser de su vida.

El fundamento de la justicia penal es la justicia social, y precisamente la no implementación de esta ha desencadenado violencia e inseguridad, y vulneración de derechos fundamentales, en las sociedades modernas, por ello los wayúu predicen el equilibrio como la más alta condición para la paz y la armonía, y al mismo Estado le han solicitado que no guarde diferencia con sus miembros, las ayudas, aportes y participaciones deberán hacerlo en condiciones de igualdad para toda la comunidad, son celosos de la intromisión del aparato estatal, que sin conocer y entender la cultura, de manera irrespetuosa quieren intervenir en sus decisiones, realizando intervenciones que en vez de ayudar crean divisiones inter clanes, razón por la cual se oponen a que los entes gubernamentales, ingrese a su territorio sin las concertaciones, que de no hacerlas, consideran que pone en peligro su autonomía y libertades.

Para el wayúu no existe reparación para la víctima, porque para ellos el proceso de reconocimiento, después de la ofensa recibida es un conjunto de acciones que buscan la armonía, a punto que no importando la pérdida u ofensa recibida, de manera inmediata se activa la acción de búsqueda de solución, por la vía amigable y conciliadora, considerándose la conciliación conocida en nuestro ordenamiento penal como una de las formalidades, pero solo atribuible su acción a ciertos tipo de delito, por el contrario, en los usos y costumbre wayúu la conciliación es el instrumento más importante y utilizado para toda clase de hechos y acciones vulneradores (delitos contra la vida, propiedad, sexuales).

Sobre el sistema normativo wayúu de usos y costumbres, la Junta Mayor de Palabrero como órgano máximo de orden moral y quienes poseen el conocimiento y trámite de los casos más representativos de la comunidad, actualmente forman parte de la Mesa Departamental Inter-jurisdiccional, que preside el Consejo Superior de la Judicatura y cuya finalidad es lograr la autonomía para la resolución de sus conflictos, y que sean los mismos wayúu a través de sus Usos y Costumbres quienes asuman el conocimientos de las acciones que la justicia ordinaria establece como transgresoras de la ley.

porque en su territorio ellos quieren tomar el control total, por considerar que su sistema está impregnado de la sapiencia, rectitud, respeto a la palabra, y a las tradiciones y costumbres.

6. Bibliografía

- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y razón*. 6^a d., Madrid: Trotta.
- Jescheck, Hans- Heinrich. (2002). *Tratado de derecho pnal*, Madrid. 5^a ed.,
- Martínez Sánchez, M. (1995). *Estado de derecho y política criminal*, Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez.

DERECHO PENITENCIARIO

DOSIMETRÍA PENAL Y PENAS IRREGULARES

La justicia está dada por el procedimiento que se sigue para llegar a ella.

Eduardo Alonso Flórez Aristizábal¹

Resumen

El presente artículo le ofrece al lector la oportunidad de entender de manera muy sencilla el “método de dosimetría penal” o “sistema de tasación de pena”, que rige en nuestra legislación, y que por razones de una “enemistad o apatía” hacia las ciencias matemáticas, por parte de un gran número de profesionales del derecho, resulta difícil abordar su análisis con fines académicos. Logrado ese objetivo, dirigimos nuestra atención hacia el fenómeno denominado “pena fija o única” cuya naturaleza es contraria a los principios que fundamentan al sistema de tasación penal utilizado en nuestro país, pero que, por una incongruencia legislativa -denominada de esta manera por la Corte Constitucional²- tiene aplicación en nuestro régimen penal, dejando en evidencia la improvisación, desconocimiento y falta de técnica legislativa que ha imperado durante muchos años en la implementación y puesta en marcha de una política criminal que rija y oriente el ordenamiento jurídico-penal colombiano.

1 Coordinador Académico- Córdoba. Abogado. Candidato a doctor de la Universidad de Medellín, Especialista en ciencias penales y criminológicas y en economía. Conjuez de la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, Director de la especialización de Derecho Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Montería, Docente Universitario.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de diciembre 5 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis

Palabras clave

Dosimetría Penal, Tasación de la pena, agravantes, atenuantes, circunstancias de mayor y menor punibilidad, sistema de cuartos, penas irregulares, pena fija.

Abstract

This article offers the reader the opportunity to understand easily the “criminal dosimetry method” or “penalty pricing system”, that applies in our legislation, and that for reasons of “enmity or apathy” towards the mathematical sciences by a large number of legal professionals, it is difficult to address your analysis for academic purposes. Achieved that objective, direct our attention to the phenomenon known as “fixed or single sentence” whose nature is contrary to the principles which underlie the criminal pricing system used in our country, but which has nonetheless by a legislative inconsistency - named thus by the Constitutional Court - application in our penal system, leaving in evidence the improvisation, ignorance and lack of legislative technique that has prevailed for many years in the implementation and start-up of a criminal policy that governs and orient the Colombian legal system.

Key words

Dosimetry criminal, appraisal of the penalty, aggravating, extenuating, circumstances of greater and lesser criminality, system of quarters, irregular penalties, penalty fixed.

Introducción

La dosimetría penal, a pesar de ser el aspecto de mayor trascendencia en una sentencia condenatoria, en el entendido de que con la sanción no solo se le responde al infractor de la ley penal, sino que se le cumple a toda la sociedad que espera una reacción adecuada por parte del Estado en contra de quienes lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos, paradójicamente resulta ser el aspecto de menor interés académico y, como consecuencia, el menos conocido y poco dominado por los abogados que ejercen las funciones de jueces, fiscales, defensores, procuradores y representantes de víctimas, al interior de los procesos penales.

Si bien es cierto, el fin del proceso penal es establecer la responsabilidad del procesado en la comisión de la conducta punible, de acuerdo con unos principios y fundamentos teóricos que orientan y garantizan la vigencia de un orden justo, no es menos cierto que el quantum de la pena que finalmente se impone al procesado es, en últimas, el reflejo, la materialización y la concreción de la política criminal, inclusive, es la motivación principal del derecho a la defensa, pues vemos que gracias a los beneficios de rebajas de penas por allanamientos, por preacuerdos, por colaboración, etc., el número de procesos que finalmente llega a la instancia del juicio oral, es notablemente inferior a los procesos que se terminan de manera anticipada, precisamente por la utilización de estas figuras y la intención del procesado de obtener una menor pena.

Esa falta de interés por el estudio de la dosimetría penal ha llegado al punto de reflejarse en las sentencias emitidas por nuestros jueces de la República, en una ausencia absoluta de motivación en cuanto a los fundamentos de la pena impuesta, e incluso, con el fin de no tener que adentrarse en el análisis de ese tópico, el juzgador, en no pocas ocasiones, fija como sanción la pena establecida en la ley como límite mínimo, evitando el desgaste argumentativo que le implicaría poner una pena mayor. A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia emitida hace más de 20 años, se refirió a esa actitud de los jueces, sin que a la fecha haya sido mucho lo que hayamos avanzado en la corrección de esta problemática.

Dijo la Corte en aquel momento,

“Es innegable que la individualización de la pena constituye uno de los momentos más importantes del proceso de aplicación de la ley penal, pues de ella depende en buena parte el cabal cumplimiento de la función que el derecho penal cumple en una organización social. Sin embargo, hay que reconocerlo dolorosamente, es el aspecto menos atendido en la práctica judicial, resultando en la mayoría de las veces inequitativa la imposición de la pena, ya por exceso ora por defecto, con la consiguiente falta de credibilidad social en el aparato represivo del Estado, además del desconocimiento del fin retributivo que a aquella le asignó el legislador...”³

3 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 24 de agosto de 1994. Rad. 8.485, M.P.: Dídimo Páez Velandía.

En estas páginas, haremos una explicación sencilla y concreta de nuestro “sistema de tasación de pena” que sirva de documento de consulta, y que constituya una herramienta útil para el ejercicio de las funciones de todas y cada una de las partes que intervienen en el proceso penal, entendiendo que la función de tasar la pena no es exclusiva del juez, y que la única forma de ejercer el contradictorio, en cuanto a la pena se trata, es conociendo y entendiendo la forma en que se debe concretar la sanción, y los fundamentos y requisitos legales para su tasación.

Dosificación punitiva

De acuerdo con la dinámica y con los objetivos que nos hemos planteado para la elaboración del presente escrito, iniciaremos nuestra exposición dejando de presente que, por regla general, los delitos contenidos en el Código Penal colombiano, no señalan una sanción o una pena concreta o individualizada para quien incurra en las conductas allí descritas. El legislador se limitó a señalar unos parámetros o límites mínimos y máximos dentro de los cuales el juzgador debe concretar o individualizar la pena, teniendo en cuenta una serie de criterios establecidos en otras disposiciones del mismo Código.

Es así que encontramos la descripción típica de los delitos como, por ejemplo, el homicidio, art. 103 del CP, que señala una pena de prisión de 13 a 25 años, aumentada por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, de 208 meses a 450 meses; el acceso carnal violento (art. 205 CP), cuya pena debe ser establecida por el juzgador entre 12 y 20 años de prisión; el delito de concierto para delinquir (art. 340) cuyos límites señalados por el legislador son de 3 a 6 años de prisión, aumentados por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, de 4 a 9 años y, en fin, así como en estos ejemplos, el legislador colombiano optó por señalar en los tipos penales una especie de marco punitivo, con unos topes mínimos y unos máximos, dentro de los cual el juez debe concretar, individualizar, tasar o dosificar la pena para cada una de las conductas que le corresponda juzgar.

Teniendo en cuenta que la pena deberá ser fijada al interior de unos límites, es necesario entonces, resolver una primera pregunta antes de iniciar el proceso de la tasación de la pena y cuya respuesta corresponde al primer paso para establecer una sanción, y esa pregunta corresponde a: ¿Cuán-

les son los límites, mínimo y máximo, dentro de los que se debe concretar la pena?

Utilizando los ejemplos antes señalados, podríamos afirmar que ése primer paso para establecer los límites mínimos y máximos de la infracción, se puede superar muy fácilmente, por cuanto los tipos penales en los cuales se describen las conductas punibles, en su gran mayoría, señalan esos límites y por ello bastaría, en principio, con leer el artículo respectivo (homicidio, hurto, estafa, acceso carnal violento, concierto para delinquir, etc.) para identificar esos topes punitivos.

Sin embargo, a pesar de que los límites se encuentran establecidos en el tipo penal respectivo, debemos tener en cuenta que esos parámetros mínimos y máximos, pueden verse afectados o modificados por algunas circunstancias que impliquen un aumento o una disminución de ambos límites o en solo uno de ellos, lo cual nos obliga a verificar la ocurrencia de estas circunstancias antes de entrar a responder esa primera pregunta que nos debemos hacer cuando iniciamos el trámite de dosimetría penal: ¿cuáles son los límites, mínimo y máximo, dentro de los que debe concretarse la pena?

Esas circunstancias modificadoras de los límites son los denominados agravantes y atenuantes punitivos, que se encuentran a lo largo de nuestro Código Penal y que al igual que las conductas punibles investigadas deben ser probadas en el juicio para que puedan ser tenidas en cuenta en el proceso de tasación de la pena. También encontramos los dispositivos amplificadores de los tipos penales como la tentativa (art. 27 CP), la complicidad, participación e intervención (art. 30 CP), la marginalidad, ignorancia y pobreza extrema (art. 56 CP) y la ira o intenso dolor (art. 57 CP), que igualmente disponen modificaciones de los marcos punitivos señalados para cada delito.

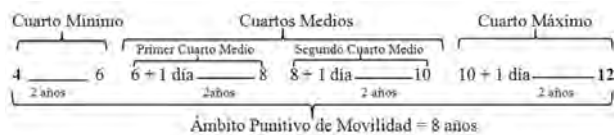
Es preciso señalar que debido a la forma de expresión y técnica legislativa utilizada en nuestro régimen penal, se hace necesario tener en cuenta las reglas de interpretación contenidas en el artículo 60 del CP, en atención a que dependiendo de la manera de redacción de la norma que ordena el aumento o la disminución de los límites, la aplicación de esas variaciones será diferente. Por ejemplo, en los casos en que la norma prevé un aumento de la pena hasta en una proporción, ese aumento se le debe aplicar únicamente

al límite máximo de la infracción, pero si la norma prevé un aumento en una proporción determinada, este aumento debe ser aplicado a ambos límites⁴.

Luego de establecido el límite mínimo y el límite máximo de la pena a imponer, es necesario calcular la diferencia que existe entre ambos extremos punitivos para identificar cuál es el perímetro o ámbito dentro del cual debe moverse el operador para efectos de concretar la sanción. Es decir, si luego de haber aplicado los agravantes, atenuantes o alguno de los dispositivos amplificadores del tipo penal, los límites finalmente resultan ser de 4 a 12 años, el operador tiene un margen, un marco punitivo o ámbito de movilidad punitivo que corresponde a 8 años, dentro del cual deberá fijar la pena.

Esta cifra resulta de la diferencia o la resta entre el límite máximo y el límite mínimo; sin embargo, la concreción de la pena dentro de ese ámbito punitivo de movilidad no está sujeta al arbitrio del juzgador, pues, existe en Colombia la implementación de la denominada “Ley de Cuartos”, que no es otra cosa que la obligación de dividir ese ámbito de movilidad, en nuestro ejemplo de 8 años, en cuatro fragmentos iguales, denominados cuartos punitivos.

Para el caso que venimos analizando nos daría como resultado cuatro fragmentos de 2 años cada uno de ellos, así: Primer cuarto, de 4 a 6 años. Segundo cuarto, de 6 años y un día a 8 años. Tercer cuarto, de 8 años y un día a 10 años y, finalmente, el último cuarto será de 10 años y un día a 12 años.



4 **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 60.** Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicarán las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, esta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.
2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, esta se aplicará al máximo de la infracción básica.
3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, esta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

Luego de la división del ámbito punitivo de movilidad en cuartos, uno mínimo, dos medios y un máximo, es el mismo legislador quien determina los criterios que debe tener en cuenta el juzgador para identificar el cuarto o cuartos donde deberá finalmente concretarse la pena. Con este procedimiento se evidencia el espíritu de la ley penal de ofrecer la mayor cantidad de garantías al condenado, fortaleciendo, entre otros, el principio de proporcionalidad en la aplicación concreta de la sanción penal.

El art. 61 del Código Penal⁵, establece como criterios para determinar el cuarto o cuartos donde debe ser concretada la pena, la existencia de circunstancia de agravación y de atenuación punitiva, sin embargo, es importante aclarar que cuando el legislador se refiere a estos agravantes y atenuantes, está haciendo alusión a las circunstancias genéricas de menos y mayor punibilidad que se encuentran enumeradas en los arts. 55 y 58 del CP⁶, respectivamente. Es muy importante que se tenga en cuenta esta

5 **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 61. Fundamentos para la individualización de la pena.** Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

6 **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 55. Circunstancias de menor punibilidad.** Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. La carencia de antecedentes penales.
2. El obrar por motivos nobles o altruistas.
3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso.
4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.
5. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.
6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible.
7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.
8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

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

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.
2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minus-

esta aclaración en la medida en que su inobservancia generaría una doble incriminación y, en consecuencia, un desconocimiento del principio del non bis in ídem, toda vez que como lo hemos señalado en este artículo, las circunstancias agravantes y atenuantes cuya ocurrencia se logre demostrar en el juicio, así como los dispositivos amplificadores del tipo penal, deben ser utilizadas para efectos de modificar los límites mínimo y máximo de la infracción básica, por ello, no es posible pretender utilizarlas de nuevo como criterio para establecer el cuarto o los cuartos donde se concretará la pena. De acuerdo con esta aclaración, el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, deberá ser entendido por el juzgador de la siguiente manera:

Artículo 61. Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan circunstancias de menor o mayor punibilidad o concurren únicamente circunstancias de menor punibilidad, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de menor y de mayor punibilidad, y dentro

valía de la víctima.

4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.
5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.
6. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible.
7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.
8. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.
10. Obrar en coparticipación criminal.
11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.
12. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.
13. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional.
14. Cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.
15. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.
16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.
17. **Adicionado por el art. 2, Ley 1273 de 2009 y por el art. 4, Ley 1356 de 2009.**

del cuarto máximo cuando únicamente concurren. (Subrayado fuera de texto.)

Siendo así las cosas, es necesario concluir que para efectos de establecer en qué cuarto o cuartos se debe ubicar el juzgador para finalmente concretar el monto de la pena, solo podrán tenerse en cuenta las circunstancias de mayor y menor punibilidad establecidas en los arts. 55 y 58 del CP y nunca las circunstancias de agravación o atenuación que son específicas para cada delito y que implican una variación del *quantum* de la pena, pues estas últimas sirven exclusivamente para modificar los límites de la infracción básica.

Es necesario hacer una aclaración en cuanto a los denominados “cuartos medios”, en el sentido de que la ley no prevé ningún criterio para que el juez se ubique específicamente en uno de ellos al momento de individualizar la sanción; no hay en el Código ninguna disposición que señale los eventos en los cuales se deba tasar la pena en el “primer cuarto medio” o en el “segundo cuarto medio”, lo que implica, necesariamente, que de existir una concurrencia de circunstancias de menor y mayor punibilidad, el juzgador tendrá que concretar la pena teniendo como límites el extremo mínimo del primer cuarto medio y el máximo del segundo cuarto medio, es decir, en el ejemplo que venimos señalando, la pena debería ser individualizada, en ese caso, dentro de los límites de 6 años y un día hasta 10 años.

Ahora bien, una vez establecido el cuarto o cuartos donde el juzgador debe individualizar la sanción, concretará el monto de la misma de acuerdo con unos criterios que también son establecidos por el legislador de manera taxativa, precisamente para salvaguardar los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que fundamentan y orientan la aplicación de la ley penal. De esta manera, en los incisos 3 y 4 del art. 61 del CP se establecen los criterios que deben ser tenidos en cuenta por el juzgador para tasar la pena dentro de los límites establecidos por el cuarto o cuartos escogidos previamente, de acuerdo con las circunstancias de menor y mayor punibilidad.

Inc. 3 y 4 artículo 61

...

“Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.”

Resulta necesario aclarar que se trata de una orden expresa dada por el legislador, precisamente para que no se utilicen criterios subjetivos o caprichosos por parte del juzgador; son estos y no otros los fundamentos de la individualización o concreción final de la sanción, sin que le sea dado al juez edificar la decisión en una exposición simplista de argumentos como la existencia de antecedentes penales, la conducta proclive al delito, el mayor o menor número de agravantes o atenuantes en los que se incurrió, la edad del procesado o de la víctima, las muestras de arrepentimiento o manifestaciones de perdón etc., criterios que con frecuencia son utilizados por los jueces para motivar y fundamentar la imposición de una pena que excede el límite mínimo establecido para el cuarto respectivo.

Finalmente, una vez fijada la pena en concreto, y en atención a una justicia distributiva, deben ser aplicadas las rebajas previstas por los denominados “beneficios penales”, que son producto de aquellas circunstancias posdelictuales, o que ocurren con posterioridad al delito, que de acuerdo con la ley penal establezcan rebajas en la sanción. Estas rebajas o beneficios penales, se aplican al quantum definitivo establecido por el juzgador y no a los límites de la pena. Nos referimos, entre otros, a las rebajas de pena por allanamiento a cargos, por preacuerdos, confesión, sentencia anticipada, reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en los delitos contra la administración pública, etc.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, a propósito del art. 11 de la Ley 733 de 2002, que ordenó la exclusión de beneficios para algunos delitos, mencionó:

“Los beneficios penales, propios de la justicia distributiva, corresponden a mecanismos que benefician la situación jurídica del procesado con base en supuestos y valoraciones procesales o sustanciales que se cumplen con posterioridad a la consumación del delito, no se identifican con los elementos que estructuran la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la responsabilidad por el punible imputado, o los grados de participación. En estas condiciones, su concurrencia no afecta los extremos punitivos mínimos y máximos previstos para el delito reprochado, inciden exclusivamente en la pena una vez individualizada”⁷.

Como conclusión del procedimiento de dosificación punitiva adoptado por la ley penal colombiana, que hemos expuesto a lo largo del presente escrito, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que en esta materia el legislador evidenció su intención clara e inequívoca de regular la imposición de las sanciones penales, con criterios de ponderación, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, evitando al máximo la subjetividad del Juez en esta labor y brindando todas la garantías posibles para que la pena impuesta corresponda a una respuesta adecuada por parte del Estado, a la particularidad y naturaleza propia de las conductas, hechos y circunstancias por las cuales se emita una sentencia condenatoria.

Penas irregulares

Ahora bien, a pesar de que es notable la intención del legislador de brindar esas garantías, debemos señalar que existen en nuestro ordenamiento penal algunas excepciones a la aplicación de este sistema de dosificación punitiva, excepciones que han significado un desequilibrio en las cargas que deben asumir algunos condenados, evidenciando una desigualdad y desproporción en el ejercicio del poder punitivo del Estado. Nos referimos especialmente a la complacencia que ha mostrado el legislador, durante varios años, con la imposición de “penas fijas” para algunos delitos, contrariando así el carácter prevalente de la dignidad humana y la fundamentación de un Estado social de derecho.

7 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 27 de octubre de 2004, Rad. 20.615, M.P.: Germán Galán Castellanos.

La imposición de una pena fija para quienes incurran en la comisión de un determinado delito, desconoce la función diferenciadora que cumple el “sistema de cuartos”, adoptado por la legislación penal colombiana, cuya filosofía no es otra que aplicar sanciones adecuadas a las situaciones concretas y subjetivas de cada individuo, y consecuente con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el delito. Es por esta razón que tanto la ley como la jurisprudencia nacional exigen que al momento de ser emitida una sentencia condenatoria, se expongan los motivos y fundamentos que se tuvieron en cuenta por el juzgador para fijar la pena, garantizando, de esta manera, un control sobre la actividad del juez y fortaleciendo el ejercicio del derecho a la defensa, en aras de la obtención de una sanción razonable, proporcional, adecuada y estrictamente ceñida a los hechos y circunstancias particulares de la conducta punible.

El fenómeno de “pena fija” tuvo su génesis en nuestro ordenamiento penal en una incongruencia normativa, producto de una ligereza del legislador al pretender sancionar con mayor severidad algunas conductas, estableciendo circunstancias de agravación que al momento de ser utilizadas producen una modificación en los límites de la infracción básica, de una manera tal que el extremo o límite mínimo llega a igualar o a superar al límite máximo de la pena. Esta situación fue puesta en conocimiento de la Corte Constitucional, a través de una demanda de inconstitucionalidad en contra del art. 384 del CP que contiene uno de estos agravantes punitivos. En respuesta a las pretensiones del demandante, la Corte decidió reglamentar el fenómeno e indicó que

“en los casos en que el doble de la pena mínima iguala o supera el máximo establecido por el legislador, lo que debe entenderse es que el legislador quiso que la pena aplicable fuera igual al máximo fijado...”⁸

De acuerdo con este pronunciamiento de la Corte Constitucional, hemos logrado identificar cinco casos que presentan este fenómeno de “pena fija”, los cuales trataremos de explicar de manera breve y con la mayor simplicidad posible, con el único fin de permitir al lector entender sin mayor esfuerzo la problemática planteada con estas penas irregulares.

El primero de ellos es en el delito de homicidio en persona protegida, art. 135 del CP⁹, cuya pena fue modificada por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, quedando sancionada con una pena de 480 meses (40 años) a 600 meses (50 años) de prisión. Este delito prevé en su inciso final, adicionado por el art. 27 de la Ley 1257 de 2008, que la pena deberá ser aumentada de una tercera parte a la mitad cuando el delito se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Ahora bien, siguiendo las disposiciones del art. 60 del CP y más concretamente la regla establecida en el numeral 4 de esa normatividad, la proporción menor, correspondiente a una tercera parte, debe ser aumentada al límite mínimo y la mitad, que corresponde a la proporción mayor, al límite máximo, sin embargo, teniendo en cuenta que en Colombia, de acuerdo con el numeral 1 del art. 34 del CP¹⁰, la pena de prisión no puede ser superior a 50 años para un delito individualmente considerado, no es posible aplicar el aumento previsto para el límite máximo en el ejemplo que estamos desarrollando, por cuanto dicho límite ya se encuentra en ese tope de 50 años. Es por ello que solo podremos hacer el ejercicio, aumentado la proporción correspondiente, únicamente al límite mínimo de la pena, es decir, que a 480

⁹ **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 135. Homicidio en persona protegida.** Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

Inciso adicionado por el artículo 27 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

¹⁰ **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 37. La prisión.** La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso.
2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente Código.
3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.

meses le debemos aumentar su tercera parte, cuyo resultado corresponde a 160 meses, arrojando de la sumatoria un total de 640 meses, que corresponden a 53 años y 4 meses.

Vemos entonces, que el límite mínimo superaría el máximo establecido en el tipo penal, sin embargo siguiendo la regla del art. 34 del CP, en cuanto a la pena máxima de 50 años, y además de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en cuanto a la aplicación de la “pena fija”, se hace necesario concluir que la pena para este delito, independientemente de que existan o no circunstancias de mayor o menor punibilidad o que el juzgador considere que se presentan algunos de los criterios establecidos en el art. 61, para efectos de concretar la pena, será siempre, y en todos los casos, de 50 años.

Caso similar ocurre con el delito de conservación y financiación de plantaciones, art. 375 del CP¹¹, cuya pena fue modificada por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, quedando sancionada, en su inciso 2º, con una pena de 64 meses a 108 meses de prisión. Ahora bien, la pena anterior se puede ver aumentada, si con la conducta descrita en el tipo penal concurre alguno de los agravantes específicos del art. 384 del CP¹² en cuyo contenido se dispone un aumento, del límite mínimo de la infracción, en el doble.

¹¹ **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 375. Conservación o financiación de plantaciones.** Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y en multa de doscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (266.66) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de plantas de que trata este artículo excediere de veinte (20) sin sobrepasar la cantidad de cien (100), la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹² **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 384. Circunstancias de agravación punitiva.** El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:

1. Cuando la conducta se realice:
 - a) Valiéndose de la actividad de un menor, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada;
 - b) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares o en sitios aledaños a los anteriores;
 - c) Por parte de quien desempeñe el cargo de docente o educador de la niñez o la juventud, y
 - d) En inmueble que se tenga a título de tutor o curador.
2. Cuando el agente hubiere ingresado al territorio nacional con artificios o engaños o sin autorización legal, sin perjuicio del concurso de delitos que puedan presentarse.
3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona o dos (2) kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola.

Siendo así las cosas, en caso de presentarse alguno de los agravantes, solo bastaría con sumarle al límite mínimo de 64 meses un monto igual a ese, lo que nos arroja un total de 128 meses, superando el límite máximo establecido en el tipo penal, que como lo habíamos señalado es de 108 meses de prisión.

En este caso, y siguiendo con las directrices de la Corte Constitucional en la Sentencia C-1080 del 5 de diciembre de 2002¹³, la pena a imponer debe ser la correspondiente a 108 meses de prisión, sin que sea posible aplicar el sistema de cuartos y mucho menos valorar los criterios de dosificación punitiva establecidos en el art. 61 del CP.

En este caso, en particular, toda persona que incurra en la comisión de este delito, deberá ser sancionada con la misma severidad, imponiéndole exactamente la misma sanción, sin que pueda el juzgador valorar circunstancias que se presenten de manera concomitante con la conducta, y que para otros tipos penales sí podrían significar penas distintas para cada caso concreto.

Dentro del mismo capítulo del Código Penal donde se encuentra el delito de conservación y financiación de plantaciones, al que nos hemos referido, se encuentran otros dos casos de penas irregulares que, finalmente, devienen en la aplicación de una “pena fija”, y que, al igual que en el caso del delito mencionado, es consecuencia del aumento punitivo señalado por los agravantes del art. 384. Ambos casos se presentan al pretender sancionar el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, establecido en el art. 376 del CP¹⁴.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de diciembre 5 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴ **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.** Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga

El primer evento se presenta al momento de aplicar la sanción establecida en el inciso 2 del art. 376, cuyos límites, luego de la modificación que le fue incluida por el art. 11 de la Ley 1453 de 2011, son de 64 meses a 108 meses, lo cual ha significado que al existir cualquiera de los agravantes consagrados en el art. 384 del CP, nuevamente nos encontramos frente a la “incongruencia legislativa”, que provoca el aumento del límite mínimo de la infracción de manera tal que supera al límite máximo de la misma, pues recordemos que esos agravantes del art. 384, prevén un aumento del límite mínimo de la infracción, en el doble, y realizando la suma requerida, encontramos que el límite mínimo señalado en el inciso 2º, pasa de 64 meses a un total de 128 meses, mientras que el límite máximo se mantiene en 108 meses, debiendo nuevamente aplicar las consideraciones de la Corte Constitucional, dejando como pena única el límite máximo, es decir, 108 meses. Lo mismo ocurre en el caso del inciso 3º del mismo art., en el cual se señala una pena de 96 meses a 144 meses, por tal razón, de llegar a presentarse cualquiera de los agravantes, la pena mínima debe ser aumentada en el doble, tal y como lo dispone el art. 384, y de esta manera el límite mínimo sufre un aumento que da como resultado una pena de 192 meses, cifra esta que supera ostensiblemente el límite máximo establecido en ese inciso 3º, correspondiente a 144 meses. En este evento, al igual que en todos los casos que hemos venido exponiendo, no tiene otra alternativa el juzgador que hacer caso omiso al procedimiento de dosificación punitiva adoptado por nuestro régimen penal, y aplicar esa única pena de 144 meses para todos los casos de similares condiciones, sin hacer ningún tipo de distinciones de acuerdo con las circunstancias de mayor o menor punibilidad o atendiendo a los criterios de ponderación establecidos en el art. 61 del CP.

Finalmente, encontramos el art. 382 del CP¹⁵ que describe la conducta punible de tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos.

sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- 15 **Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 382. Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos.** Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 1453 de 2011. El que ilegalmente introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, tenga en su poder, desvíe del uso legal a través de empresas o establecimientos de comercio, elementos o sustancias que sirvan para el procesamiento de cocaína, heroína, drogas de origen sintético y demás narcóticos que produzcan dependencia, tales como éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, diluyentes, disolventes, sustancias contempladas en los cuadros uno y dos de la Convención de Naciones Unidas contra los Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y las que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen

Este delito dispone una pena de 96 a 180 meses, y también le son aplicables las agravantes del art. 384. Por tal razón, en el caso de que concurra alguna de estas circunstancias específicas de agravación punitiva, con la conducta descrita en el tipo penal, el juzgador deberá duplicar el límite mínimo de la pena, dando como resultado un monto de 192 meses, cifra esta que resulta mayor que los 180 meses establecidos como límite máximo, lo que significa, necesariamente, la aplicación de la figura de la pena única o “pena fija”, y de nuevo se desconocen los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que fundamentan el sistema de dosificación punitiva propio de nuestra legislación pena.

Ahora bien, luego del estudio de cada uno los casos planteados y haciendo un análisis sistemático del ordenamiento jurídico colombiano, es posible afirmar que el fenómeno de las penas irregulares genera una responsabilidad estatal frente a quienes han tenido que soportar un quebrantamiento del equilibrio que existe frente a las cargas públicas, cuya consecuencia es el denominado “daño especial”¹⁶, en el entendido de que un ciudadano que es condenado con una pena fija, debe cumplir una sanción exactamente igual a aquel que “normalmente” y, de conformidad con los principios legales y constitucionales que orientan el poder punitivo del Estado, debía ser condenado a una pena notoriamente superior, situación esta que no solo desconoce los criterios de equidad y justicia distributiva, sino que constituyen una violación flagrante del derecho fundamental a la igualdad y al principio constitucional del respeto a la dignidad humana, pilares fundamentales de un Estado social de derecho.

Para concluir, debemos mencionar que la misma Corte Constitucional, en la Sentencia 1080 de 2002, si bien, dio lugar a la implementación y aplicación de la pena fija en Colombia, también es cierto que en esa misma providencia exhortó al Congreso de la República a realizar modificaciones en las normas

con el mismo fin, así como medicamentos de uso veterinario, incurrirá en prisión de 96 a 180 meses y multa de 3.000 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

16 Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 1482. Sentencia del 28 de octubre de 1976. M.P.: Jorge Valencia Arango. Las consideraciones expuestas en esa providencia fueron reiteradas por la Sala en Sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P.: Dr. Alier Hernández Enríquez. En el mismo sentido tenemos el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 10392. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros, cuyas consideraciones fueron reiteradas por la Sala en Sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P.: Alier Hernández Enríquez.

que han dado lugar a la irregularidad de las penas y cuya aplicación generan la imposición de una pena única.

En esta providencia la Corte decide no declarar la inconstitucional de la norma, por considerar que con ello excedería su función de control constitucional, adentrándose en estudios de lineamientos de política criminal, cuya facultad está exclusivamente en cabeza del Congreso, por esta razón ordenó la aplicación de la norma, de acuerdo con la interpretación que hemos expuesto, mientras el legislador tomara los correctivos necesarios, sin embargo, y luego de 14 años del pronunciamiento de la Corte, y de haberse tramitado múltiples reformas al Código Penal y de Procedimiento Penal, seguimos esperando que se ponga fin a esta irregularidad normativa.

Conclusiones

El desconocimiento y desinterés que existe sobre el tema de la tasación de las penas; por parte de la mayoría de los sujetos que participan en el desarrollo del proceso penal, incluidos los jueces de la República; es el producto del mal ejemplo que en este sentido ha venido dando el legislador, a quien hace más de una década se le conminó, por parte de la Corte Constitucional, para que corrigiera el defecto legal que produjo su falta de técnica legislativa, y que hasta el día de hoy, a pesar de las múltiples reformas que ha sufrido en este lapso nuestro Código Penal, no ha merecido ningún pronunciamiento por parte de ese órgano colegiado.

La desidia del legislador con respecto a la corrección de esta “incongruencia legislativa”, permite evidenciar esa verdad que todos sabemos, pero que muy pocos aceptan abiertamente:

“El único fin de las penas en Colombia es la retribución, entendida esta como un castigo o una venganza contra quien ponga en peligro o cause un daño a los bienes jurídicos protegidos penalmente”.

Esta es la única manera de entender que a pesar del conocimiento que tiene el legislador del error que existe en el sistema de dosimetría penal colombiano, y del llamado expreso que le hizo al juez constitucional para solucionarlo, no exista ningún interés en retomar el camino de las garantías que supuestamente deben rodear la determinación judicial de las penas en un Estado social de derecho.

Bibliografía

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 24 de agosto de 1994. Rad. 8.485, M.P.: Dídimo Páez Velandia.
- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de octubre de 1976. Expediente 1482. M.P.: Jorge Valencia Arango.
- Consejo de Estado. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. Expediente 10392, M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de diciembre 5 de 2002. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 27 de octubre de 2004, Rad. 20.615, M.P.: Germán Galán Castellanos.
- Consejo de Estado. Sentencia del 13 de diciembre de 2005, expediente 24.671, M.P.: Alier Hernández Enríquez.
- Ley 599 de 2000. Código Penal, art. 37. La prisión.
- Ley 599 de 2000, Código Penal, art. 55. Circunstancias de menor punibilidad.
- Ley 599 de 2000, Código Penal, art. 58. Circunstancias de mayor punibilidad.
- Ley 599 de 2000, Código Penal, art. 60. Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables.
- Ley 599 de 2000, Código Penal, art. 61. Fundamentos para la individualización de la pena.
- Ley 599 de 2000. Código Penal, art. 135. Homicidio en persona protegida.
- Ley 599 de 2000, Código Penal, art. 375. Conservación o financiación de plantaciones.
- Ley 599 de 2000. Código Penal, art. 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.
- Ley 599 de 2000. Código Penal, art. 382. Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos.

- Ley 599 de 2000. Código Penal, art. 384. Circunstancias de agravación punitiva.
- Ley 890 de 2004, “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”. Art. 14.

SISTEMA CARCELARIO Y PENITENCIARIO Y DIGNIDAD HUMANA

Milton Armando Gómez Cardozo¹

Resumen

El Sistema Carcelario y Penitenciario en Colombia hace muchos años ha venido fracasando en su intento de resocializar al condenado y/o procesado, con ello se conculcan flagrantemente los derechos de los ciudadanos que padecen la fuerza punitiva del Estado. Es menester recordar, cuáles son los orígenes filosóficos que legitiman esa facultad punitiva, basada en la dignidad humana del soberano procesado o condenado. Resaltar que el derecho penal y el sistema penitenciario y carcelario no son un instrumento de venganza colectiva institucionalizado, sino que, por el contrario, es la herramienta que la sociedad civilizada ha creado para la defensa del ordenamiento jurídico legítimamente constituido. Se citan en especial las ideas de Louk Hulsman, basada en una visión “desde debajo” de la vida social, en contra de la que realiza “desde arriba” la maquinaria estatal que no se siente parte de los problemas, sino solo una solución, de acuerdo con la propuesta de Hulsman, de intentar comprender la realidad social desde el punto de vista de los individuos, por el contrario, se parte del marco conceptual burocrático que asume el sistema penal no de acuerdo con las definiciones de la realidad. Se plantea, entonces, una propuesta de la “cárcel que soñamos”, un escenario

1 Profesional administrativo y de gestión grado 19-Atlántico. Abogado. Magíster en derechos humanos y democratización, especialista en derecho administrativo y constitucional. Docente universitario.

constitucionalizado, garante y respetuoso de los derechos humanos de la comunidad carcelaria. Es imperioso crear nuevas instituciones o reformar las existentes, sugerimos la creación de un ente que integre el Sistema Nacional de Resocialización, conformado por instituciones que tendrían como deber establecer los mecanismos que garanticen: el acceso a la justicia, reparación de la víctima y la defensa de la sociedad, bajo el modelo del Estado social y democrático de derecho.

Palabras clave

Facultad punitiva del Estado, criminología crítica, democracia constitucional, dignidad humana y soberanía popular, política pública penitenciaria, Sistema Nacional de Resocialización

Abstract

Many years ago the system prison in Colombia has come failing in its attempt of resocializing to the convicted, breaking of this way the citizens rights who suffer the punitive power of the state. It is important to remember the philosophical origins that legitimizing the punitive power based on human dignity of the convicted. It is important to stand out that law criminal and the system prison are not collective revenge instrument but rather is the method that civilized society has created to defend the formed legal system. It is specifically referred to the Louk Hulsman the ideas based on a vision from below of social life against the state machinery from above which does not feel part of the problems but only one solution. according to Hulsman proposal try to understand the social reality from the point of view of individuals and not according to the definitions of reality and bureaucratic framework that assumes the penal system. It then arises a proposal for the "jail dream," a scenario in constitutional guarantees and respects the human rights of the prison community. It is imperative to create new institutions or reforming existing. We suggest the creation of an entity within the National System Resocialization, consisting of institutions that have a duty to establish mechanisms to ensure the Access to justice, reparation to the victim and the defense of society, on the model of social and democratic state of law.

Key words

Legitimacy of the punitive power of the state, critical Criminology, constitutional democracy, human dignity of the popular sovereign, Prison public policy, National system of rehabilitation

1. Introducción

En un debate en una corporación pública, referido a la problemática en la planeación de la política pública carcelaria y penitenciaria, se lanzó una expresión, “la cárcel que soñamos”; no obstante, en la réplica uno de los cabildantes se lamentó por la cita, decía que como se puede soñar con una cárcel, para él algo aberrante, por el contrario, había que pensar en educación: colegios, universidades..., para que no hubiera necesidad de recluir a ningún ciudadano en una cárcel.

Este argumento nos ha despertado una inquietud sobre la realidad de las cárceles en Colombia, tomando como fuente la experiencia personal y de profesionales como el doctor Edgar Devia De las Salas en el monitoreo que hace la Defensoría del Pueblo en las cárceles en el Departamento del Atlántico.

El presente artículo no pretende hacer un estudio exhaustivo sobre la pena, ni sus orígenes, ni justificación; igualmente, tampoco se trata de hacer un debate sobre la existencia de las cárceles; entendemos que la cárcel es un mal necesario para una sociedad en evolución como la nuestra. Ante esa realidad a lo que se aspira en el presente trabajo, es hacer un repaso desde el punto de vista constitucional de las condiciones que deben regir una cárcel en un Estado social de derecho como el que rige a Colombia. Por otro lado, servir como documento provocador de un debate más amplio desde las instituciones, la academia y la sociedad en general centrado en la realidad de las cárceles y la responsabilidad política que nos atañe a todos en el mejoramiento de las condiciones que hoy la aquejan.

Ante la réplica del cabildante, no se pretende controvertir que la educación es una de las tantas y diversas soluciones para prevenir la delincuencia, puesto que es el camino más adecuado para elevar el espíritu de los ciudadanos a una humanización, entendiendo por esta, la búsqueda de la razón,

el respeto por el otro y la conciencia de convivencia pacífica en la sociedad, respetando las condiciones de un Estado constitucional.

Se dice que la adecuación del comportamiento de la persona a lo dispuesto en el tipo penal y, por ende, la omisión o cumplimiento a lo preceptuado en la norma penal, es causal o requisito para aplicar, previo el debido proceso, la sanción penal a través de la potestad punitiva del Estado. Esa facultad está en la carta política, que como ley fundamental debe ser acatada por la sociedad civilizada, al respecto se enunciarán algunas doctrinas que se han elaborado para justificar la necesidad de que el ciudadano y la ciudadana se sometan a la Constitución.

La Corte Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional de las cárceles en Colombia, se enunciarán las reglas mínimas que regulan la normatividad interna e internacional, así como algunas estadísticas de la población carcelaria y el estado actual de las cárceles. Como en su calidad de soberano del país un ciudadano debe soportar las actuales condiciones en que se encuentran las cárceles en Colombia, situación que le resta o nulifica la legitimidad del proceso de detención y de resocialización en Colombia.

La democracia constitucional implica la defensa de los derechos de las minorías, una vez la mayoría decide, a través de la Asamblea Constituyente, los elementos normativos constitucionales: valores, principios, derechos y deberes, irradian todo el ordenamiento jurídico y es a ellos a los cuales se debe el poder público; los servidores del ejecutivo, legislativo, judicial y los órganos de control están sometidos a ese sistema normativo y dentro de él deben ejercer sus competencias. Por ello, es menester hacer un análisis de los ímpetus de venganza de la mayoría, frente a la necesidad de un tratamiento civilizado, científico del procesado y condenado dentro del proceso penal.

La política penitenciaria en su estado actual ha fracasado, por ello debe ser objeto de análisis y revisión, se trazará un esbozo de lo que son las políticas públicas y alternativas para tratar de incidir en la agenda pública y re direccionar las políticas públicas carcelarias y penitenciarias en Colombia.

Cuáles serían los interrogantes para resolver en este trabajo, el cual se plantea desde el punto de vista del derecho constitucional: ¿Las cárceles en

Colombia son un instrumento legítimo para castigar a la persona humana?, ¿existe un sentimiento de venganza de la sociedad frente al procesado y penado por el sistema penal? y ¿cuáles serían las características de la cárcel que soñamos?

2. Facultad punitiva del Estado

Es pertinente abordar desde diferentes perspectivas la pregunta inicial, ¿Las cárceles en Colombia son un instrumento legítimo para castigar a la persona humana? La primera es como se legitima la potestad del Estado para castigar.

Luigi Ferrajoli (1995) se plantea la pregunta «¿por qué castigar?», para él hay una confusión entre “...función y fin, o bien entre el ser y el deber ser de la pena, y en la consecuente asunción de las explicaciones como justificaciones o viceversa”, la cual es utilizada por quienes defienden la idea de justificación de la pena “teorías de la pena”, plateándola como un fin de la pena: teorías absolutas o relativas, teorías retributivas o utilitarias, teorías de la prevención general o de la prevención especial o similar.

Ferrajoli propone buscar un equilibrio entre la justificación y los límites del derecho penal y recurre, entonces, a un parámetro utilitario:

“...más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, hay que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados”.

El fin justificador:

“...el de la prevención, más que de los delitos, de otro tipo de mal, antitético al delito que habitualmente es olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Se alude aquí a la mayor reacción (informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal) que en ausencia de penas manifestaría la parte ofendida o ciertas fuerzas sociales e institucionales con ella solidarias.”

Así cree evitar que el delincuente se convierta en el fin primario del derecho penal, indica que la pena no solo sirve para prevenir los injustos delitos, sino que también injustos castigos. Al respecto indica Ferrajoli:

“...la pena es primero el producto de la socialización y segundo el de la estatalización de la venganza privada, concebida a su vez como expresión del derecho natural ‘de defensa’ que pertenece a cada hombre para su conservación en su

‘estado de naturaleza’. Empero, es sobre esta idea que se ha basado a menudo la tesis de la continuidad histórica entre pena y venganza”.

Afirma que el derecho penal y con él la facultad punitiva del Estado nace cuando la relación bilateral entre ofensor y ofendido es sustituida por una relación trilateral, agregando a la dupla una tercera posición o como imparcial a una autoridad judicial. El derecho penal entonces está llamado a cumplir una doble función preventiva; prevención de los delitos y a la prevención general de penas arbitrarias o desproporcionadas. Para nuestro estudio podríamos agregarle “indignas”.

Luego nos parece importante analizar ¿Por qué el hombre y la mujer en un sociedad atentan contra los derechos de sus congéneres?, al respecto el doctor Edgar Devia De las Salas, inspirado en Cesar Beccaria, plantea que no podemos obviar que el hombre es un mamífero, que en su estructura y formas es carnal, que trasciende a virtudes espirituales, comunitarias y personales. Lo que lo ubica en una ambivalencia permanente, la lucha entre el “yo instintivo” y el “yo racional” para llegar al ideal de humano, ser social controlando por momentos sus impulsos egocéntricos, a fin de acoger los parámetros comportamentales y de lógica convenidos con sus congéneres; la ciudadanía.

Alejar de los instintos individualistas, que en momentos particulares de la vida lo llevan a sobreponerse a su “yo racional” en aras de garantizar su necesidad de conservación, sobrevivencia, placer, ambición, lujuria, venganza, etc.; cuya tendencia cotidiana dependerá de qué tan sólidas son las virtudes espirituales y comunitarias de cada hombre y mujer.

Las **virtudes espirituales** son aquellas motivaciones extrasensoriales y altruistas, que impulsan a amar al prójimo, las cuales se pueden encontrar casi que exclusivamente en el “yo racional”; como **virtudes comunitarias** son aquella motivación convencional de respetar los derechos de los demás con todas las características de la personalidad que de ella se derivan, la cual puede ser encontrada solo en el “yo racional”; y como **virtudes personales** aquellas que surgen de la necesidad egoísta de sobrevivencia, auto conservación, emociones, ambición, venganza y demás, que no dejan de ser virtudes puesto que sustentan el amor propio, pero que deben mantenerse en los límites tolerables, lo que implica que pueden encontrarse casi que exclu-

sivamente en el “yo instintivo”, reconociendo al “yo racional” en la asimilación de esos límites.

Precisamente cuando el “yo instintivo” se sobrepone al “yo racional”, puesto que las **virtudes personales** exceden lo tolerable, se hace necesario plantear un instrumento de control social punitivo, a fin de garantizar la seguridad de la comunidad, establecer una adecuada percepción de justicia pero, sobre todo, para encausar el comportamiento de ese ciudadano en el “yo racional”.

Ese “yo racional” lo podemos encontrar en el pensamiento de Rousseau, la transición del hombre naturalmente instintivo carente de la idea de lo que es justo e injusto, al hombre racional y sociable, bajo un nuevo concepto de libertad; idea que se refuerza en su obra el *Contrato social*:

“...La transición del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad de que antes carecían. Es entonces cuando, sucediendo la voz del deber a la impulsión física, y el derecho al apetito, el hombre, que antes no había considerado ni tenido en cuenta más que su persona, se ve obligado a obrar basado en distintos principios, consultando a la razón antes de prestar oído a sus inclinaciones” (Rousseau, 2007).

Pero no siempre el hombre y la mujer actúan bajo esos principios, por el contrario, adecuan su comportamiento a lo dispuesto en el tipo penal y, por ende, la omisión al cumplimiento de las normas constitucionales, es causal o requisito para aplicar, previo el debido proceso, la sanción penal a través de la potestad punitiva del Estado.

Esa facultad punitiva está en la Carta Política art. 250, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento por medio de denuncia y a su vez los jueces a administrar justicia. Ya en el orden constitucional hay una normativa que prescribe la posibilidad de que el Estado someta a un ciudadano al trámite procesal penal.

El primer aspecto por resaltar es que el Estado es una invención humana, regida por una ley fundamental: la Constitución. El art. 3 constitucional, dice que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el po-

der público. Quiere decir que los internos de una cárcel colombiana son los soberanos del país y son del Estado. Ese es el principal punto que justifica que el ciudadano se someta a la Constitución, por cuanto él mismo le da la legitimidad a ella y al Estado. Al respecto se han elaborado varias teorías: contrato social, la axiológica, supremacía orgánica y la teoría pura del derecho.

La primera atribuida a Juan Jacobo Rosseau en el Contrato social menciona el proceso de moralización del hombre, como ya se dijo, solo es ciudadano el que se aleja de las pasiones e instintos y trasciende a una conciencia colectiva para buscar la felicidad, con el respeto por el otro y la convivencia armónica de la sociedad, entonces en la Constitución está expresado ese contrato.

La segunda, la teoría axiológica, en donde, entre otros, Ronald Dworkin afirma que la Constitución es superior porque en ella se diseña un conjunto de valores y principios, dice:

“...El razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios” (Dworkin, 2007).

Pretende Dworking, establecer una relación íntima entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral; a partir de los cuales se aplica el derecho, desde el preámbulo se consagran unos contenidos mínimos, fines del Estado, principios, derechos y deberes, por medio de los cuales se interpreta el derecho, con el objeto de que sirva como mecanismo de control social, generando seguridad en la relaciones sociales.

La supremacía orgánica, implica que la constitución como norma fundamental crea unas instituciones superiores, con fundamento en su mayor jerarquía, y por ello la sociedad está bajo su tutela. De la misma manera Hans Kelsen plantea la superioridad jerárquica de la Constitución convirtiéndose en fundamento de las normas inferiores y a la vez parámetro de ámbito de aplicación de las mismas; en ese sentido cualquier tensión entre una norma y otra será superada dando prelación a la Constitución política (Kelsen, 1960).

La facultad punitiva del Estado, no es ajena a los dos pilares de la modernidad, la razón y los derechos humanos (Guadarrama González, s.f.), la primera nos obliga a ejercer juicios hermenéuticos integrales y sistemáticos sobre el caso en cuestión, y la segunda descansa en que todo acto del Estado debe velar por la garantía y respeto por la dignidad humana, valor fundamental de los derechos humanos. Se plantea que el fin de la pena descansa actualmente en dos ideas fundamentales la prevención especial positiva y la negativa.

La Corte Constitucional en la Sentencia C- 312/2002, trazó la potestad punitiva del Estado y su política criminal y las restricciones a los derechos fundamentales están justificadas constitucionalmente por:

“garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

La Ley 65 de 1993, con sus reformas establecidas en la nueva Ley 1709 de 2014, desarrolla los valores, principios y derechos constitucionales. Sin embargo, es inocultable la grave crisis que afronta el Sistema Carcelario y Penitenciario, pero que afecta en mayor grado a los mismos “beneficiarios” de ese sistema, que son los reclusos.

Son innumerables los problemas que aquejan las cárceles, comenzando por el hacinamiento que solo en el Atlántico, para diciembre de 2015, se encontraba en el 99%, convirtiendo en lamentables ejemplos a la Cárcel Modelo que tiene capacidad para 450 personas y soporta 860 (INPEC), sin olvidar que para el 27 de enero de 2014, fecha en que ocurrió el fatídico suceso en el que fallecieron 17 personas en el Pasillo 7 del Patio B, ese centro de reclusión tenía 1117 internos; así mismo, la Penitenciaría del Bosque tiene capacidad para 640 reclusos, soporta alrededor de 1800 internos, sin olvidar igualmente la tragedia ocurrida el 15 de junio de 2014 en la UTE de la Penitenciaría donde fallecieron 5 internos (*El Herald*).

En los establecimientos de reclusión, se pueden observar los graves problemas de salubridad, fallas en las redes de aguas residuales y en las redes eléctricas, la decadencia en la atención en salud de estos seres humanos, infraestructura en estado de abandono, insuficiente personal de guardia y del grupo interdisciplinario para la atención humana del recluso, escasas oportunidades laborales y de estudio, constantes quejas por afectación a

la vida y a la integridad personal, pero ante todo la decidía en la inversión por parte de las autoridades públicas, pese a las tragedias antes anunciadas.

El sistema penal ha agravado considerablemente las penas en la mayoría de los delitos, inclusive de aquellos que en el pasado no eran susceptibles de medida de aseguramiento, como lo dispone la Ley 890 de 2005 y la Ley 1453 de 2011; así mismo, se ha limitado el acceso a subrogados y beneficios a aquellas personas que hayan cometido una específica categoría de delitos, tal como lo consagra la Ley 1098 de 2006 y 1257 de 2008. Esto conlleva a que necesariamente aumente el número de personas que deben sujetarse al Sistema Carcelario y Penitenciario en las condiciones ya descritas.

Retomando la pregunta inicial ¿Las cárceles en Colombia son un instrumento legítimo para castigar a la persona humana?, debemos decir que no, pues todas las teorías que justifican el fin de la pena, su fundamento constitucional y las leyes que la reglamentan, como es el caso de la Ley 65 de 1993 (Ley 65 de 1993), consagran un reconocimiento expreso a derechos fundamentales, consagrados en la Constitución y en los convenios y tratados internacionales de DD.HH., los mismos no se materializan en la vida de los reclusos.

Las condiciones que hoy reinan en las cárceles y penitenciarias del Departamento y del país, motivan fuertemente la asunción del “yo instintivo” de la persona que se encuentra privada de la libertad, en aras de garantizar su necesidad de supervivencia, auto protección, ambición y venganza, alejándose paulatinamente de la conciencia de sociabilización y, por tanto, del respeto a las reglas convencionales que tanto reconoce el “yo racional”. No es posible que en medio de tales vicisitudes una persona logre encausar su “yo racional”, y si sucede solo será en contados casos porque así individualmente lo dispuso y no porque necesariamente el Sistema le prestará toda la ayuda que requiera.

Con esto, se traslada la carga de la resocialización al recluso, con los problemas que hoy en día conlleva el Sistema Penitenciario y Carcelario, implica una agravación de la pena que la hace desproporcionada y arbitraria, sin contar con el auspicio de su juez natural; condiciones contrarias a las tesis antes descritas, por cuanto el individuo estará dispuesto a cumplir la pena que corresponde a su falta (tasada por el juez) sin que exceda su sufrimiento

a lo necesario y sobre el cual no se perdería la percepción de justicia y humanidad.

Estos hechos nos trasladan a una primera conclusión, que las buenas intenciones de la Constitución y la ley para legitimar un sistema penal y la privación de la libertad en condiciones dignas no son suficientes. Se hace necesario, entonces, analizar qué derechos deben materializarse aun en el cumplimiento de una pena y cómo debe hacerse, sin que se perciba al hombre como un medio, sino como un fin. Por tanto, la afirmación inicial sobre la cárcel que soñamos, es legítima ante la ineficacia de las políticas penitenciarias para atender en debida forma a la población carcelaria.

Recordemos que la facultad punitiva del Estado, está basada en la razón y los derechos humanos; todo acto del Estado debe velar por la garantía y respeto por la dignidad humana. No es otra cosa que el garantismo (Ferrajoli, 2011), que supone una serie de requisitos pétreos, elevados a principios axioma, para condenar a una persona, el debido proceso los encierra a todos, principio de legalidad, derecho a la defensa, juez natural, debido proceso, contradicción, doble instancia...; cuando se toma una decisión que limita los derechos fundamentales, como es el máspreciado para un ser humano, su libertad, el Estado ejerce el máximo poder que se ha conferido por el soberano popular, por ello, la sociedad toda no debe dar la espalda al sistema penal, por el contrario estar vigilante que todas las acciones que están en cabeza del Estado sean legítimas.

El derecho penal, constituye una protección subsidiaria, frente a la amenaza o lesión de bienes jurídicos o valores constitucionales, impone penas acudiendo al principio de necesidad, pero como última ratio de la actividad estatal. La prevención especial positiva, es el análisis que pretende que la pena garantice que dentro de la psiquis del individuo que ha sido condenado se incida, a través de procedimientos de resocialización, para que no vuelva a cometer delitos, está ligada a la reincidencia, se procura con ello reducir el riesgo para la sociedad por parte del delincuente, mediante la reeducación. La prevención especial negativa, busca alejar al delincuente de su área de influencia para que no cometa más delitos, proteger a la sociedad.

Desde la investigación preliminar, los actos urgentes, programa metodológico, imputación, medida de aseguramiento, el juicio, la sentencia, y la eje-

cución de la pena, hacen parte de la facultad punitiva del Estado, una verdadera máquina de castigo, Zafaroni (1998, p. 170) citando a Vaccaro, dice:

“...el sistema penal siempre selecciona a quienes se rebelan contra los intereses de los grupos dominantes y a quienes no se domestican para las pautas de una sociedad...”

El Estado al sancionar la norma que crea el tipo penal, produce al delincuente, y la función principal del derecho penal es precisamente evitar la arbitrariedad del Estado, ser un dique, para que no pase la injusticia, pero pareciera que en nuestro medio ello tuviera lugar hasta la sentencia, incluso hasta la medida de aseguramiento; porque una vez el procesado o condenado llega a la cárcel, ahí desaparece el Estado social y democrático de derecho.

El derecho penal mínimo y el carácter fragmentario del derecho penal obligan a la partes en el proceso de desarrollar todas sus actuaciones, reconociendo permanentemente que están juzgando a uno de los soberanos del país, y él hace parte de la sumatoria de fuerzas que establecen el Estado constitucional, que legitima la posibilidad de que el estado castigue a una persona, por ello se deben agotar todos los controles: éticos, sociales, culturales, familiares..., antes de recurrir al derecho penal; esta es la idea del derecho penal mínimo (Ferrajoli, s.f.).

3. Sanción penal o venganza

Ante la presentación de una acción de tutela por parte de la Defensoría del Pueblo, un interno, miembro del Comité de Derechos Humanos decía al servidor que la interpuso, que iba a recibir rechazo de la comunidad porque actuó en favor de los presos. Esta situación nos lleva a reflexionar sobre la segunda pregunta, ya en mucho aludida en la numeral anterior, ¿Cómo alejar el sentimiento de venganza de la sociedad frente al procesado y penado por el sistema penal?, ya se ha dicho que la idea es que el Estado sea un tercero en la relación víctima e imputado, que se apegue a la Constitución y a la ley para dirimir, sin apegos o prejuicios, el hecho que se pone a su consideración.

No obstante la imagen que tiene la mayoría de la sociedad de la cárcel y de la pena, es la venganza, ya sobre ella hablaba Platón, hace más de dos siglos:

“Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito, a no ser que se quiera vengar de forma poco razonable como animal. Quien, en cam-

bio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”.

Otros autores son más audaces y plantean el abolicionismo del derecho penal y con él la cárcel, el cual califican como una visión anascópica o “desde abajo” de la realidad propuesta por Louk Hulsman (Aniuta, 2012), basada en la vida social, en contra de la visión catascópica, que realiza “desde arriba” la maquinaria estatal que no se siente parte de los problemas, sino solo una solución (que, además, como se puede constatar sociológicamente, no es tal solución, y es la peor salida). Se debe, de acuerdo con la propuesta de Hulsman, intentar comprender la realidad social desde el punto de vista de los individuos y no de acuerdo con las definiciones de la realidad y el marco conceptual burocrático que asume el sistema penal.

Louk Hulsman, uno de los pensadores de la criminología crítica europea, advierte los defectos de las políticas criminales. De su pensamiento destacamos (Aniuta, 2012):

- El abolicionismo, seno de la criminología crítica, denominación más radical de deslegitimación del sistema carcelario y de la propia lógica punitiva.
- La eliminación de los delitos sin víctimas, como los relacionados con drogas, prostitución, etc. la importancia de la recuperación del peso del “fuero interno”, alejado de la coerción estatal, la necesidad de recuperar criterios morales no represivos.
- Lo represivo no resuelve los conflictos, los principios de justicia son la reconciliación y la reimposición de la paz, los que se aceptarían luego en todo el movimiento de la “justicia restaurativa”, un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión devenga fundamentalmente innecesaria.
- Su propuesta de “deconstruir la definición de delito” encaminada a un deseo de resolución de “problemas sociales”. El delito no tiene realidad ontológica, es solo el producto de la política criminal que también construye de esta forma la realidad social. “Los problemas son reales, pero el delito es un mito”. Un “mito” que tiene consecuencias reales, cuales son las de crear nuevos y más graves problemas.
- Se requiere de un nuevo y mejor vocabulario. Se propone, en cambio de delito, recuperar otras palabras, como “santuario”, “reparación”, “conflicto”, y “situación

problemática”, con el objetivo de diseñar nuevas “alternativas” a la forma en que el sistema penal define los hechos.

- No debería ser necesario tampoco hablar de “criminología”. Los problemas del sistema penal son la descontextualización de las situaciones problemáticas y su reconstrucción; las partes involucradas en el problema no pueden influir en su resolución o continuación, una vez que se lo define como “delito” y de él se hacen cargo los “expertos” del sistema penal. El resultado de ello, además de no satisfacer a ninguna de las partes involucradas en el problema, genera nuevos problemas, como la estigmatización, la marginación social, etcétera.

Todos estos elementos aunados a los anteriores, unos por la legitimidad de la pena y la cárcel y otros sobre su terminación; nos hacen reflexionar sobre una nueva forma de abordar el problema de las cárceles, combinando las ideas que nos ayuden a ampliar el panorama, donde se entienda la necesidad de atender a los privados de la libertad y analizar las posibles causas del delito y dar un tratamiento eficaz en busca de la resocialización del interno.

Zafaroni narra lo que él llama el eco de Nietzsche (Zaffaroni, 2009):

“la pena es venganza. Todo esfuerzo por asignarle un objetivo noble a la pena devuelve el eco de las palabras sabias del más loco de los filósofos, definiendo a la pena como venganza y a la redención como liberación de esta. Solo un demoledor de ruinas como Nietzsche podía; además, percatarse de que la venganza provenía de la idea de tiempo lineal; que era venganza contra el tiempo, porque nadie puede hacer que lo que fue no haya sido”.

Sigue diciendo Zafaroni:

“El tiempo como flecha es la clave de la venganza y de la pena como Lügen’lvort. Es imposible seguir ocultando que el viejo y buen derecho penal liberal -al igual que su versión actualizada del retribucionismo liberal- son el reclamo de una venganza razonable con una única medida también temporal”.

Es inocultable la sensación de venganza cuando ocurren hechos nefastos, en donde un sujeto amenaza o vulnera un bien jurídico tutelado por el Estado, estamos en una sociedad en formación, en donde el “yo instintivo”, sigue vivo en las mentes y corazones de los ciudadanos y ciudadanas, luego hay que seguir en la pedagogía de la cultura de la legalidad, un buen comienzo es la constitucionalización de las relaciones y escenarios sociales; uno de ellos nuestras cárceles.

4. La cárcel que soñamos

No es legítimo mantener a un privado de la libertad en condiciones indignas en un centro carcelario, la omisión de la sociedad ante esta problemática nos hace pensar que la mayoría o no sabe o no le preocupa la suerte de los internos en las cárceles; esto nos lleva a formular la pregunta, ¿Cuáles serían las características de la cárcel que soñamos?; es pertinente recordar que estamos en la democracia constitucional, Luigi Ferrajolli, ha planteado que dentro de la democracia hay varias dimensiones: sustancial, política y formal. La primera está constituida por los derechos fundamentales de los ciudadanos, causa y razón de la existencia del Estado, por tanto están supra ordenados a los poderes públicos, por ello no están en discusión, al incorporarse en el texto constitucional, ya el debate sobre ello se agotó, por ello la carta constitucional es la norma fundamental:

“De aquí se desprende una noción cuatri-dimensional de la democracia como modelo normativo. Las dos primeras dimensiones son “formales”, puesto que tienen que ver con la forma democrática (el “quién” y el “cómo”) de las decisiones, y con los derechos-poder de autonomía política y civil que la aseguran. Las otras dos son “sustanciales”, y tienen que ver con la sustancia de las decisiones (el “qué” no está permitido decidir o dejar de decidir) y con los derechos sustanciales de libertad y sociales que la garantizan. En este sentido, el garantismo explicado en sus cuatro dimensiones (política, civil, liberal y social, dependiendo de la clase de los derechos garantizados) es la otra cara del constitucionalismo y constituye el presupuesto jurídico de la democracia” (Ferrajolli, s.f.).

Luego la mayoría frente a los derechos fundamentales no es absoluta, se realiza entonces una acción afirmativa, frente a la minoría, las garantías primarias están en manos de la Constitución y los órganos que la defienden, los jueces, y no en manos de la mayoría. Los privados de la libertad son una minoría olvidada por el Estado.

La respuesta a la tercera pregunta es que la cárcel que soñamos debe ser una cárcel constitucional, ya la Corte en la Sentencia C-312 de 2002, dijo:

“...La labor del Estado de ejecutar una política criminal no termina en la imposición de la pena por parte del juez. Por el contrario, esta política se materializa también durante todo el período en el cual la pena se está cumpliendo...”

“...El cumplimiento efectivo de la pena, y la garantía de los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad durante el período de su ejecución, suponen la organización de una labor compleja por parte del Estado. Esta labor, a su vez, requiere el ejercicio concurrente de una actividad coercitiva y administrativa de los centros de reclusión, asignada al ejecutivo, y de una función judicial, encaminada a garantizar la realización efectiva de los principios y fines de la pena, encargada a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Otra Sentencia, la C-261 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, dice

“La idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o sus consecuencias, resocializadoras. El Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la resocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización (...) La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer ese desarrollo”.

En la Sentencia T-153 de 1998, la Corte asume la vocería de la población reclusa indicando el rol de juez constitucional:

“La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos”.

Desde 1998 la Corte Constitucional, que ha ido reafirmando su jurisprudencia, en una de las más recientes, la Sentencia T-388 de 2013, hace uso del mecanismo de estado de cosas inconstitucional, para referirse al tema concreto de los derechos de la población carcelaria; define el hacinamiento como la causa por medio de la cual se generan graves problemáticas en las cárceles, carencia de servicios públicos, imperio de la violencia, la extorsión, corrupción y la carencia de oportunidades y medios de resocialización de los reclusos.

Sobre la detención preventiva la Corte dice que se debe aplicar como medida extrema, de acuerdo con los estándares internacionales, PIDCP y las reglas mínimas sobre personas privadas de la libertad, conocidas como reglas de Tokio; las mismas reglas indican que antes de imponer la pena de prisión

en establecimiento carcelario, es imperioso considerar las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima.

Ya desde 1998, la Corte consideraba inexcusable la ausencia de jueces de ejecución de penas en los centros penitenciarios. Define las causas del estado de cosas inconstitucional de las cárceles, en el hacinamiento, la infraestructura, la falta de personal del Inpec, y la imposibilidad de adelantar procesos de resocialización (estudio, trabajo...).

Los derechos de la población carcelaria y los deberes del Estado están ratificados en lo dispuesto en el Código de Procedimiento penal y la Ley 65 de 1993, en consonancia con los tratados internacionales que ha asumido Colombia, incorporados en virtud del bloque de constitucionalidad:

- Respeto a la dignidad humana, consiste en no ser víctima de tratos crueles, degradantes o inhumanos, ser visitado por un médico oficial y/o particular, adecuada alimentación, facilidades de trabajo y estudio, intérprete, notificación personal de la providencia, prohibición de violencia física, psíquica o moral.
- Garantía de la presunción de inocencia, división entre sindicados y condenados. Existencia de detención preventiva, retención y vigilancia de sindicados. Igualmente se deben establecer categorías de separación de reclusos por género, edad, la reincidencia, calidad de miembro de la fuerza pública o servidor público.
- El fin de la pena es la resocialización de las personas condenadas, este objetivo se alcanza mediante el examen de personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación bajo un espíritu humano y solidario. Debe ser personalizado, progresivo y programado, contando con un grupo profesional interdisciplinario.
- La función de la pena es retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, en coherencia con el modelo de Estado social de derecho y la dignidad humana, el escenario debe propender porque al recluso se le brinde la posibilidad de reinserirse en la sociedad.
- El análisis del sistema penitenciario y carcelario debe girar en torno a la pregunta sobre si cumple la función resocializadora, que no consiste en imponer valores a los reclusos sino brindar medios para que haciendo uso de su autodeterminación establezca un camino de reinserción al conglomerado social.

Han pasado 16 años de este pronunciamiento en donde la Corte señaló:

“...Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción...”

La Corte dice que la actitud de los gestores de las políticas públicas frente a las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, los reclusos son marginados por la sociedad, pues no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Dice textualmente la Corte Constitucional:

“...Las demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana. La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos...”

Es el juez constitucional quien debe asumir la vocería de las minorías olvidadas, los grupos que no tienen acceso a los organismos políticos, en este sentido debemos reflexionar sobre el rol de la sociedad en este aspecto, no se puede dejar solo al juez constitucional. En este sentido, muchas veces hemos escuchado a las administraciones de las entidades territoriales decir que el problema de las cárceles es nacional, que corresponde al Inpec, a la Unidad de Servicios Penitenciarios, al Ministerio de Justicia, la misma Corte dice:

“... Con todo, el problema de la infraestructura carcelaria no es solamente de las entidades nacionales. El artículo 17 del Código Penitenciario y Carcelario establece que también a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá les corresponde “la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva...”

Se deben construir centros de detención diferenciados, indígenas, mujeres, sindicatos..., la presunción de inocencia, las reglas de Tokio, recomienda que antes de imponer una pena de prisión es importante considerar “las ne-

cesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima”.

Como hemos podido analizar la conclusión es que el resultado de la política penitenciaria y carcelaria no cumple con los presupuestos constitucionales colombianos, ni los estándares internacionales y es una lamentable y aberrante violación de los derechos fundamentales, no solo de los internos, al igual lo sufren la guardia, personal administrativo, sanitario, operadores judiciales, en fin todo el que transita por un centro de reclusión.

La cárcel que soñamos entonces, podría concretarse en la idea de dignidad humana. Procedimentalmente podríamos hacer un plano y elaborar unos cuantos protocolos de atención judicial, psicológicos, trabajo social... No, acá tenemos un problema de incidencia de política pública que garantice los derechos humanos, al respecto traemos un análisis que hace Gerardo Pisarello, donde plantea una reconstrucción democrática, participativa y multinivel de los derechos humanos, implica la consideración de reconstruir sus garantías, entendidas como mecanismos o técnicas predispuestas para su protección.

Se parte de una reconstrucción unitaria del concepto y fundamento de los derechos humanos, desde la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos: civiles, políticos y sociales, tanto en términos axiológicos como estructurales. La dignidad humana es unitaria, no se puede fragmentar; desde esta perspectiva, la garantía de la fundamentalidad de un derecho civil político o social aparecería estrechamente ligado a la desmercantilización y a la desburocratización de las relaciones económicas y políticas.

La asunción de un carácter poliédrico de los derechos fundamentales permitiría asumirlos, igualmente, como derechos a la vez positivos y negativos, en parte prestacionales y en parte no prestacionales, costosos y no costosos, determinados e indeterminados, con un contenido exigible exconstitución y con un contenido de configuración legal, con una dimensión subjetiva con una estructura de mandatos y principios rectores y con una estructura de derechos justiciables, esa caracterización haría posible plantear, bien el perfeccionamiento conjunto de garantías, bien el reconocimiento de la equivalencia potencial en sus mecanismos de protección (Pisarello, 2007).

En segundo término, debería tratarse de una reconstrucción compleja, de las garantías de los derechos, tanto por lo que respecta a los sujetos encargados de protegerlos como en lo relativo a las escalas en las que dicha tutela puede tener lugar. Lo que se trataría era de señalar la existencia de muchos órganos que pueden y deben contribuir e intervenir en su protección desde los órganos legislativos y administrativos y los entes de control, como las defensorías del pueblo.

Finalmente, en la reconstrucción democrática de las garantías de los derechos, Pisarello habla fundamentalmente de los derechos sociales, debería ser más participativa y menos institucionalista. Más allá de las diferentes mediaciones jurídico-institucionales que pueden establecerse las garantías de cierre en materia de derechos solo pueden ser garantías sociales, es decir, formas de tutela que involucren a los propios titulares de los derechos en la defensa y conquista de los mismos (Ferrajolli, 2006, p. 94).

Pisarrello dice, “no hay derechos sin deberes, pero tampoco hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar” (Pisarrello, 2007). Aunque existan las garantías constitucionales, políticas y jurisdiccionales para dotar de eficacia los derechos, todo programa constitucional resultaría incompleto, irrealista y, en última instancia, fútil, sin la existencia de múltiples espacios de presión popular en condiciones de asegurarlos socialmente a través de los poderes estatales, pero también más allá del Estado y, llegado el caso, en su contra.

Las garantías extrainstitucionales o sociales, son aquellos instrumentos de tutela o defensa de los derechos, que sin perjuicio de las mediaciones institucionales, depende directamente de sus propios titulares, aunque normalmente consisten en el ejercicio de derechos civiles y de participación. Los principios democráticos defienden la participación en cualquiera de sus expresiones, la protesta se concebiría como una vía legítima de defensa del principio del Estado social y democrático de derecho, así como la actualización de las normas constitucionales e internacionales incumplidas de manera grave y sistemática (Gargarella, 2005).

En síntesis, podemos decir que la cárcel que soñamos no solo debe ser soñada por los internos o la guardia, toda la sociedad debe contribuir a su consolidación, nos quejamos de la situación carcelaria, pero a muy pocos les preocupa realmente, solo si se sufre en carne propia o porque algún familiar

o allegado cae en ella, o si hay una tragedia como la que ocurrió en Barranquilla se visibiliza el drama humanitario, por ello es necesario penetrar la agenda pública, despertar la necesidad de que las políticas públicas, los gobernantes, los recursos se dirijan al mejoramiento de las cárceles, cuáles son esos mecanismos.

En nuestro concepto la cárcel no funciona, por la nula ejecución de una política penitenciaria resocializadora, y la entramada burocracia que se cierne sobre la política pública penitenciaria, el INPEC, cumple básicamente una función de custodia, pero desatiende la parte más importante la resocialización, que no es otra cosa que avivar el “yo racional”, en el individuo.

5. Política penitenciaria y carcelaria

Dewey (1927) (Cuervo, 2007-2008) define las políticas públicas como “lo público y sus problemas”. Se refieren a la forma en que se construyen y definen determinadas problemáticas, y la manera como llegan a la agenda de política pública. Así mismo, estudian el cómo, por qué y para qué los gobiernos adoptan determinadas medidas que les permite decidir intervenir o no.

Todo lo que hace el Estado y el gobierno son políticas públicas (Cuervo, 2007). El autor, en su ensayo, nos trae las siguientes definiciones: para Meny & Thoenig (1992) (Cuervo, 2007, p. 73) Una política pública es “un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o en espacio geográfico”.

Las políticas públicas tienen una dimensión adjetiva y sustantiva: la primera consiste en la forma de entender los problemas de la sociedad, cuya solución es un factor determinante para la legitimación del Estado y el gobierno; la segunda, la dimensión sustantiva, es la política pública como instrumento en concreto (salud, medio ambiente, empleo, entre otros).

André Roth (2002) (Cuervo, 2007, p. 157) propone varios modelos por medio de los cuales explica cómo los problemas ingresan en la agenda, entendiéndose por esta los problemas que son priorizados para ser ejecutados los recursos públicos. Como hemos visto en la agenda nacional las cárceles están relegadas. El establecimiento prioriza otros temas, que son considerados más relevantes. Se desconoce o desestima el hecho de que las cárceles hacen parte del sistema de justicia, y una sociedad sin justicia está destinada a la violencia generalizada.

La violencia en Colombia es urbana, los más graves conflictos suceden en las ciudades. El operador jurídico, al conocer de los casos una vez el ente investigador activa la facultad punitiva del Estado en algunos de ellos y cuando se cumplen los presupuestos legales el juez debe judicializar, pero si no se cuenta con una estrategia eficaz para procesar el origen de la conducta desviada, una vez en la cárcel, el o la imputada, acusada y condenada quedan a merced de sus compañeros de infortunio; con los cuales perfecciona, en la mayoría de los casos, sus prácticas delictivas.

La tarea entonces es cómo incidir en la agenda pública para que se mejoren las condiciones de las cárceles en nuestro país, al respecto hay varios métodos o modelos:

Modelo de mediatización. Modelos de intermediación de los medios de comunicación. Para la cárcel que soñamos los medios son importantes y han venido haciendo el trabajo, debatiendo, informando la tragedia humanitaria de la cárcel en el Atlántico, pero a la vez han desarrollado la idea inmediatista de que la cárcel es el único mecanismo eficaz para perseguir el delito. Es necesario entrar en un proceso de sensibilización de los medios que amplíen las posibilidades de cómo enfrentar las conductas punibles.

Modelo de movilización. Modelo de intermediación directa de la ciudadanía en ejercicio de su poder soberano. En la mayoría de los casos se apela a la protesta, los guardianes están en huelga, los internos han hecho igualmente protestas, pero no son comunes las masivas movilizaciones, la idea aquí es que el ciudadano asuma directamente la vocería de sus intereses y necesidades.

Modelo de agenda judicial. Dentro de una democracia, la rama judicial cumple una labor de garante del cumplimiento de las leyes en el Estado social y democrático de derecho. Las sentencias de los jueces constitucionales se han dado, en algunos casos han incidido y en otros como lo hemos visto no han logrado impactar positivamente el problema.

Modelo de oferta pública. El poder legislativo tiene una función preponderante en el proceso de formación de las políticas públicas. En Colombia hay leyes para todo y para todos y todas, pero en muchas ocasiones su contenido

no trasciende a lo material, se queda en lo formal, y las cárceles son un ejemplo de ello.

Hay otros modelos que muy difícilmente operan si no hay un cambio de mentalidad de la sociedad hacia la cárcel, pues el fin de la misma se ubica en la venganza y no en convertirla en un escenario de resocialización. Están:

Modelo de mediación. Es la intermediación de los políticos. Este modelo ha fracasado, bien dice los internos que el trabajo en las cárceles no da votos.

Modelo de anticipación. Ocurre cuando algún sector de la sociedad prevé la ocurrencia de un desastre, aquí ni las tragedias han motivado el cambio de política.

Modelo de agenda internacional. En el concierto internacional los estados asumen compromisos a través de los instrumentos internacionales. Colombia ha ratificado la mayoría de convenios y no se pierde una cumbre, pero no se ha logrado un giro en su política carcelaria.

Modelo de agenda nacional. A través del Sistema General de Participaciones, se irradian, desde el gobierno nacional, programas para obtener recursos a nivel de entidades territoriales, alcaldías y gobernaciones.

Modelo de acción corporativa silenciosa. Se desarrolla a través de la influencia que tienen sectores de poder en la elección de los problemas que van a hacer parte de la agenda pública; comúnmente se conoce como cabildeo o *Lobbing*. Nadie hace *lobby* por las cárceles.

La tarea no es fácil, hay que reconocerlo, es necesario entender que la pena no es una venganza, es la facultad que tiene el Estado para tratar de proteger los bienes jurídicos tutelados, los derechos, es una consecuencia al irrespeto de los deberes del ciudadano, enmarcados en los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución.

Necesariamente hay que soñar con la utopía, que ha sido la herramienta fundamental del desarrollo de la humanidad, se requiere de una cárcel constitucional, donde el Estado social y democrático de derecho sea fuerte, pero no la fuerza de la desigualdad, indignidad, fuerte en garantías de derechos, en educación, procesos de resocialización, ejemplo de convivencia pacífica, un laboratorio donde se estudie el porqué del delito, las causas y se trate

al procesado, al soberano popular, dándole la oportunidad de replantear su falta y reintegrarse pacíficamente a la sociedad una vez cumpla su pena, fortalecido en su “yo racional”.

6. Conclusión

Alternativas para la resocialización

Ya se dijo que la facultad punitiva del Estado está dirigida principalmente a la resocialización del condenado, en tal sentido las políticas públicas deben estar dirigidas a establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas individuales y colectivas que permitan la organización. Una propuesta podría ser, la puesta en marcha de un sistema integrado de resocialización y reintegración social por parte del Estado, dirigido a las personas sindicadas y condenados de conductas descritas en el Código Penal; ya sea en condición de imputadas, acusadas o sentenciadas, con medida de seguridad, sometidas a mecanismos alternativos a la internación carcelaria.

Hay que asumir una responsabilidad temprana dentro del trámite judicial, hay una idea de que solo se puede resocializar a partir de la sentencia condenatoria. Uno de los ejemplos más claros es el de los postulados a la Ley 975, quienes son atendidos por la ACR, solo a partir de la sentencia, como es un proceso tan largo, muchos de ellos han cumplido la pena de los ocho años y salen del centro de reclusión y no han sido intervenidos en el proceso de reintegración social.

Es importante rescatar como política pública la experiencia que ha acumulado la Agencia Colombiana para la Reintegración, que ha diseñado una ruta de reintegración, que comprende ocho dimensiones: personal, productiva, familiar, habitabilidad, salud, educación, ciudadanía y seguridad. Las cuales son objeto de un acompañamiento del desmovilizado, en la mayoría de los casos, gozando de su beneficio de libertad mientras se dan los presupuestos de la Ley 1224 de 2010.

Lo anterior, puede ser previo análisis y adecuación trasladado al proceso penal, adecuado a los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión. El Sistema Integrado de Resocialización administrará el proceso dirigido a los vigilados y/o procesados que estén cobijados con medidas de

aseguramiento y/o condenados en centro carcelario y/o no privativas de la libertad.

Para el cumplimiento de esta función se debe crear un ente que podría denominarse Sistema Nacional de Resocialización, entidad que tendría como deber establecer los mecanismos que garanticen: el acceso a la justicia, la reparación de la víctima y la defensa de la sociedad, bajo el modelo del Estado social y democrático de derecho. Con las siguientes finalidades:

- **Resocialización y reintegración.** El Sistema Integrado de Resocialización adoptará todas las medidas necesarias para lograr el cumplimiento de la función preventiva de la medida de aseguramiento y/o condena, con el objeto de lograr la función resocializadora de la pena mediante la realización de programas que propendan por el aprendizaje de una profesión, deporte, arte u oficio, que contribuyan a la reintegración social de los vigilados.
- **Proyecto de vida.** En el cumplimiento de las medidas de aseguramiento se capacitará al vigilado en procesos psicológicos de autoevaluación del proyecto de vida adulto, sociológicos y de instrucción pedagógica que permitan una vida conforme a las normas, así como para el desarrollo de una conciencia del deber moral y la responsabilidad social.
- **Capacitación.** Se propenderá por el mejoramiento de la educación de todos los vigilados con los programas educativos que sean ofrecidos. La prestación del servicio de educación a los y las analfabetas y a los internos jóvenes será obligatoria, la instrucción de los internos deberá coordinarse con las instituciones que hagan parte del Sistema Integrado de Resocialización.
- **Inmediatez e individualización del tratamiento de resocialización.** El cumplimiento de la medida de seguridad se regirá por los parámetros fijados a cada tipo penal, y teniendo en cuenta las condiciones especiales de cada vigilado. La inmediatez de la resocialización y reintegración exige la individualización del tratamiento para cada procesado de conformidad con el protocolo de resocialización del procesado.

La idea central es dividir la responsabilidad en las funciones que han sido asignadas el INPEC, una es la custodia, vigilancia y seguridad de las cárceles y otra las políticas de resocialización, la primera seguiría en cabeza del INPEC, y la segunda se le asignará a una unidad creada exclusivamente para la resocialización, tomando el modelo de la ACR, para ellos se crearía la figura

del vigilado, que sería toda persona que en virtud de decisión judicial sea obligada a someterse a cualquier mecanismo de vigilancia, bien sea como medida de aseguramiento autónoma o como medio para controlar el cumplimiento de la detención preventiva en vigilancia, o la prisión domiciliaria. La condición de vigilado se podrá detentar al mismo tiempo que la de procesado o condenado según el caso.

En algunos casos, cuando el tipo penal lo permita se recluirá al procesado e incluso condenado en centros de atención para la resocialización, los cuales tendrían una vocación de educación y control en condiciones de libertad vigilada, en donde podría el procesado, o condenado, pernoctar.

La víctima debe ser convocada al momento de la aplicación de la pena, advirtiéndole pedagógicamente cuál es la finalidad de la sanción, que no es otra que la defensa del orden social justo; pero como destinatario de la conducta desviada tiene un rol importante en la reparación, desde el punto de vista de la justicia restaurativa; se podría plantear la magnitud de la afectación del bien jurídico tutelado, y a partir del núcleo esencial del mismo avanzar a una sanción holísticamente reparadora, donde se tengan en cuenta los intereses individuales de la víctima y la defensa del orden social colectivo, enmarcado en la Constitución. Iniciativas que deben ser objeto de debate público del cual como ciudadanos activos y responsables no nos podemos sustraer.

7. Bibliografía

- Anitua, G.I. (s.f.). *Louk Hulsman y la política criminal tolerante*, en <http://neopanopticum.wordpress.com/2012/08/26/hulsman-louk-la-criminologica-y-el-concepto-de-delito>.
- Corte Constitucional en Sentencia C- 312/2002.
- Corte Constitucional en Sentencia la C-261 de 1996.
- Corte Constitucional en Sentencia T- 153 de 1998.
- Constitución Política 1991.
- Cuervo, J.I. (s.f.). "Notas conferencia maestría derechos humanos y democratización". Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Cuervo, J.I. (2007). "Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana)", en *Ensayos sobre políticas públicas*, 1ª. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dworkin, R. (2007). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- *El Herald*, (24-03-2014). <http://www.elheraldo.co/judicial/>
- Ferrajoli, L. (1995). «El derecho penal mínimo». En *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., pp. 25-48.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (s.f.). *Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías*, en [http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLI_espa%F1ol\(1\).pdf](http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLI_espa%F1ol(1).pdf)
- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta, el primer derecho*, Buenos Aires: Asd-Hoc.
- Guadarrama González, P. (s.f.). *Posturas de Nietzsche y Marx ante la modernidad*, en [Http://biblioteca.filosofia.cu/php/export.php?format=htm&id=2568&view=1](http://biblioteca.filosofia.cu/php/export.php?format=htm&id=2568&view=1)
- INPEC. <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas>.
- Kaufmann, A. (2007). *La filosofía del derecho en la postmodernidad*. Bogotá: Editorial Temis.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria.
- Ley 65 de 1993, "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario"
- Pisarello G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta.
- Rousseau, J.J. (2007). *El Contrato Social*. Bogotá D.C.: Panamericana Editorial.

- Zafaroni, E.R. (1998). *Criminología aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Zafaroni, E.R. (2009.). “La pena como venganza razonable”. Lectio doctoralis en Udine. Universidad de Castilla La Mancha. Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.

INFORME
DE LA IV BARRA CARIBE

IV BARRA CARIBE

EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA EN EL POST ACUERDO: UN CAMINO HACIA LA PAZ

Comité organizador. Barra Académica de Santa Marta



Los coordinadores académicos con la Directora Nacional de Defensoría Pública, doctora Alexandra Cárdenas Castañeda.

La ciudad de Santa Marta fue el escenario para recibir a los defensores públicos y coordinadores académicos del Caribe, que se congregaron el pasado 20 de noviembre de 2015 en el Centro de Convenciones Casa Grande.

La Regional del Magdalena abrió sus puertas a más de 400 personas que se congregaron masivamente para asistir a tan importante evento, ratificando una vez más la necesidad e importancia de continuar con esta iniciativa del doctor Donaldo Danilo Del Villar Delgado, en la Barra Académica del Atlántico, que viene expandiéndose por todas las regiones del país, abrazada con en el más loable sentido de pertenencia por todos los coordinadores académicos y defensores públicos de la Costa, y que este año (2016) llega a su quinta versión, evento que tendrá lugar en la ciudad de Valledupar.

Estos acontecimientos institucionales no solo ratifican la razón de ser de la Defensoría del Pueblo, la función y su misión específica de continuar los procesos de formación y actualización de sus funcionarios y contratistas en temas de actualidad y tendencia jurídica, indispensables para un mejor desarrollo en la tarea de la prestación del servicio de la defensa pública.

El núcleo central de la IV Barra Caribe giró en torno al rol de la Defensoría Pública en el post acuerdo, como camino hacia la paz, en atención de la realidad temporo-espacial que enfrenta el país ante un posible acuerdo de paz, que encierra y genera una serie de circunstancias trascendentales en los escenarios sociales, políticos y jurídicos; por tanto, se convirtió en tema obligado para articular las diferentes conferencias y ponencias que se presentaron por los conferencistas invitados, coordinadores académicos y defensores públicos que nutrieron esta jornada con sus valiosos aportes.

La programación realizada satisfizo las diferentes áreas de acción y desempeño de los defensores públicos, entre los invitados especiales se contó con la participación de los doctores Giovanni Rodríguez, magistrado de la Sala Laboral Tribunal Antioquia y Alicea Conea, subdirectora nacional de la Unidad de Tierras, quienes disertaron respectivamente sobre la “Incidencia de la prueba en el reconocimiento pensional”, y “La defensa pública en el proceso de restitución de tierras como garantía de derechos y acciones de reconciliación”, respectivamente.

También se contó con la participación de los coordinadores académicos quienes presentaron las siguientes conferencias:

Donaldo Danilo Del Villar Delgado: Presos sin Condena. A propósito de la Ley 1760 de 2015.

Juan Pabón Arrieta: Interpretación jurídica en el litigio estratégico.

Claudia Helena Serje Jiménez: Axiología de los derechos humanos frente al feminicidio.

Alait Freja: Reconocimiento de perjuicios morales en el proceso de justicia y paz.

Juan Francisco Pérez: Los delitos conexos al delito político.

Jorge Montes: El pensamiento de un defensor frente al derecho a la paz y a la necesidad de terminar la guerra.

Iván Otero: Derecho de gentes.

En el marco de la IV Barra Caribe también se hizo la presentación del libro: Hacia un Estado social de justicia restaurativa, por parte del autor, doctor Bernardo Carreño, representante de víctimas de la Regional Magdalena, y se socializaron las ponencias de los defensores públicos de la Guajira y Magdalena: “Jurisdicción especial indígena”, de Deis José Siosi y “Acciones populares en contra de providencias judiciales”, de Fabián Guerrero.

Destacamos la valiosa presencia de los doctores Esiquio Sánchez Herrera, vice defensor nacional del pueblo, y de Alexandra Cárdenas, directora nacional de la defensoría pública, quienes inauguraron y clausuraron respectivamente la IV Barra Caribe. En sus intervenciones evaluaron y exaltaron el evento en razón de su nutrida asistencia, impecable organización y calidad de las conferencias presentadas; cumpliéndose y superándose así los objetivos y propósitos fijados por la coordinadora académica de la Regional Magdalena doctora Claudia Helena Serje Jiménez, organizadora y anfitriona del evento.



Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia



**Defensoría
del Pueblo**
C O L O M B I A

Calle 55 No. 10-32
Tel. 57+1 314 4000
57+1 314 7300
Bogotá, D. C., Colombia

www.defensoria.gov.co
info@defensoria.gov.co