



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Las contribuciones del juez penal a la política criminal colombiana para la optimización de derechos fundamentales

Diana Carolina Flórez Bayona

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Doctorado

Bogotá, Colombia

2021

Las contribuciones del juez penal a la política criminal colombiana para la optimización de derechos fundamentales

Diana Carolina Flórez Bayona

Tesis doctoral presentada como requisito parcial para optar al título de:

Doctor en Derecho

Directora:

Ph.D. María Cristina Patiño González

Línea de Investigación:

Dogmática Especifica Instituciones Jurídico Penales

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Doctorado

Bogotá, Colombia

2021

A mi hija Alicia, quien llegó con tanto amor, precisamente en el mismo momento en el que fui admitida para cursar el Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia.

A mi esposo Alexander, quien me acompañó con ánimo y paciencia en este camino.

A los dos, quienes son el reflejo de mi sonrisa.

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Nombre

Fecha 20/01/2021

Agradecimientos

Agradezco a mi esposo y a mi hija, a quienes he dedicado esta tesis.

Agradezco a mis padres, quienes siempre han estado conmigo, son ese ejemplo de sencillez, amor, alegría y transparencia.

Agradezco a mis hermanos, quienes me apoyaron con sus conocimientos profesionales, su ánimo y sonrisa cada vez que lo necesité.

Agradezco a Ricardo, sin ninguna duda mi *sensei*.

Agradezco a la Universidad Nacional, mi escuela y mi recinto admirado de conocimiento.

Agradezco a la Fiscalía General de la Nación, que fue mi casa por 13 años, donde aprendí y crecí tanto.

Agradezco a OPDAT, agencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, mi gran familia laboral.

Agradezco a los jueces penales de Bogotá que participaron en la encuesta realizada, como también a los fiscales y jueces que fueron entrevistados en el desarrollo de esta investigación.

Agradezco a la Dra. María Cristina Patiño González, mi directora de tesis, por sus aportes, presencia e interés académico en esta investigación.

Agradezco a Gabriel, Natalia, Laura, Víctor, y a cada persona que aportó en este proyecto, por su gran apoyo.

Agradezco a mis amigos, muchos, todos aquellos con quienes hablé tanto de este proyecto, y también en especial a Romeo con quien no hablé, pero siempre estuvo presente.

Resumen

Las contribuciones del juez penal a la política criminal colombiana para la optimización de derechos fundamentales

La presente investigación tiene como objetivo general determinar por qué en la construcción de una política criminal coherente en Colombia se deben incluir las contribuciones de los jueces penales para efectivizar en su integridad el Estado social de derecho, creando pautas para la optimización de derechos fundamentales. Para ello, los objetivos específicos fijados fueron: (i) identificar la función que debe desempeñar el juez penal en el modelo procesal acusatorio de un Estado social de derecho; (ii) analizar cómo puede el juez penal contribuir constitucionalmente con la optimización de derechos fundamentales a través de sus decisiones; (iii) establecer el enfoque idóneo de la relación entre la política criminal, el modelo de Estado social de derecho y el Sistema Penal Acusatorio; (iv) identificar vínculos entre las decisiones del juez penal y la política criminal en el marco de un Estado social de derecho; y (v) precisar de qué manera las decisiones judiciales penales crean pautas de optimización de los derechos fundamentales que deben ser incorporadas en la construcción de una política criminal coherente.

Esta investigación de tipo documental optó por una metodología mixta, con un enfoque cualitativo y cuantitativo, además de la aplicación de métodos lógico-deductivos, inductivos y estadísticos.

Palabras clave: juez penal, Estado social de derecho, Sistema Penal Acusatorio, derechos fundamentales, política criminal.

Abstract

The contributions of the criminal judge to the Colombian criminal policy for the optimization of fundamental rights

The general objective of this research is to determinate why in the construction of a coherent criminal policy in Colombia the contributions of criminal judges must be included in order to make effective the whole concept of social Rule of Law, thus creating guidelines for the optimization of fundamental rights. In doing so, the specific objectives set were: (i) identify the role that the criminal judge should play in the adversarial procedural model of a social Rule of Law; (ii) analyze how the criminal judge can contribute constitutionally to the optimization of fundamental rights through their decisions; (iii) establish the ideal approach to the relationship between criminal policy, the model of social Rule of Law and the Accusatory Criminal System; (iv) identify links between the decisions of the criminal judge and criminal policy within the framework of a social Rule of Law; and (v) specify how criminal judicial decisions create guidelines for optimizing fundamental rights that must be incorporated into the construction of a coherent criminal policy.

This documentary-type research opted for a mixed methodology, with a qualitative and quantitative approach, in addition to the application of logical-deductive, inductive and statistical methods.

Keywords: criminal judge; social Rule of Law; Accusatory Criminal System; fundamental rights; criminal policy.

Contenido

	Pág.
Resumen	IX
Lista de figuras	XIII
Lista de tablas	XVI
Introducción	1
1. El Estado social de derecho, el sistema procesal penal de tendencia acusatoria y la función judicial	9
1.1. Evolución histórica de los diversos modelos estatales	10
1.2. Caracterización del Estado social de derecho	21
1.3. El Estado social de derecho en la Constitución Política de 1991	31
1.4. Raigambre superior de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho	40
1.5. Permeabilización de la Constitución Política en el derecho penal dentro del Estado social de derecho	54
1.6. Caracterización del Sistema Penal Acusatorio en el marco del Estado social de derecho... ..	61
1.7. El rol constitucional del juez penal como optimizador de derechos fundamentales	68
Conclusiones	74
2. La optimización de derechos fundamentales por medio de las decisiones del juez penal en Colombia	77
2.1. El impacto del garantismo en el proceso penal colombiano	77
2.2. Los métodos de interpretación en el Estado social de derecho	95
2.3. De la solución del conflicto a la optimización de derechos fundamentales mediante la decisión judicial	105
2.4. Optimización de derechos fundamentales en el proceso penal con fundamento en la aplicación del test de proporcionalidad	119
2.5. Análisis de decisiones frente a la optimización de derechos fundamentales	125
Conclusiones	146
3. El Estado social de derecho, el sistema procesal penal de tendencia acusatoria y la política criminal	151
3.1. Política criminal: origen, desarrollo y caracterización	151
3.2. Importancia fundamental de la política criminal dentro del Estado social de derecho ..	164
3.3. Caracterización de la política criminal en el Estado social de derecho	170
3.4. Funcionamiento de la política criminal en el Estado social de derecho	178

3.5. Funcionamiento de la política criminal en Colombia, a la luz del Sistema Penal Acusatorio	182
3.6. Estado actual de la política criminal en Colombia	193
3.7. Conexión entre las instituciones, el Consejo Superior de Política Criminal y la política criminal en general	227
Conclusiones	228
4. Relación entre las decisiones judiciales que optimizan derechos fundamentales y la política criminal colombiana	231
4.1. Relación entre la función de la decisión judicial penal y la política criminal.....	231
4.2. Relación entre los fines de la función judicial penal y la política criminal	241
4.3. Principales pautas judiciales para la optimización de derechos fundamentales como aportes en la política criminal colombiana.....	256
4.4. Conocimiento y participación de los jueces penales de Bogotá en la política criminal colombiana	285
Conclusiones	311
5. Las contribuciones del juez penal a la política criminal del país.....	315
5.1. La necesidad de transformación de la justicia.....	315
5.2. El compromiso del juez penal ante la transformación de la justicia	331
5.3. La implementación del Sistema Penal Acusatorio, ¿respuesta efectiva a la crisis?.....	341
5.4. Importancia de los giros interpretativos en el operador jurídico.....	352
5.5. Síntesis de las pautas orientativas de la propuesta	364
Conclusiones	374
6. Conclusiones generales	379
Lista de Anexos.....	385
Bibliografía	389

Lista de figuras

	Pág.
Figura 3.1: Destino de los proyectos de ley en materia penal presentados entre 1992 y mayo de 2020.	180
Figura 3.2: Entrada de noticias criminales vs. egreso y terminación, 2011-2019.	195
Figura 3.3: Tendencia de casos resueltos mediante sentencia vs. casos llevados a término por principio de oportunidad o conciliación, 2011-2019.	196
Figura 3.4: Tendencia de casos resueltos mediante sentencia, por conciliación y por principio de oportunidad, 2011-2019.	197
Figura 3.5: Tendencia de casos resueltos por principio de oportunidad, 2011-2019.	197
Figuras 3.6 y 3.7: Tendencia de casos resueltos por principio de oportunidad, 2011-2019.	199
Figura 3.8: Porcentaje de sentencias condenatorias y absolutorias entre 2011 y 2019.	200
Figura 3.9: Formas como se llegó a sentencia condenatoria entre 2011 y 2019.	200
Figura 3.10: Personal del sistema penal colombiano, 2011-2018.	202
Figura 3.11: Personal del sistema penal colombiano entre 2011 y 2018 vs. entrada y egreso de noticias criminales cada año.	204
Figura 3.12: Medidas de aseguramiento privativas y no privativas de la libertad entre 2008 y 2019 vs. solicitudes de medidas de aseguramiento por parte de la Fiscalía.	205
Figura 3.13: Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad impuestas entre 2008 y 2019	206
Figura 3.14: Medidas de aseguramiento privativas y no privativas vs. solicitadas por la Fiscalía	207
Figura 3.15: Medidas de aseguramiento privativas y no privativas otorgadas vs. casos en los que no se impuso medida.	207
Figura 3.16: Casos en los que la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento; casos en los que se otorgó en establecimiento carcelario, en los que se otorgó detención domiciliaria y en los que se otorgó medida no privativa de la libertad en Bogotá; casos en los que no se otorgó medida, 2014-2019	208
Figuras 3.17 y 3.18: Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad otorgadas en Bogotá, 2014-2019	210
Figura 3.19: Sentencias condenatorias, principios de oportunidad otorgados y sentencias por acuerdo o negociación con la Fiscalía vs. acusaciones e imputaciones realizadas en Bogotá, 2014-2019	211
Figura 3.20: Delitos con mayor número de acusaciones en el circuito de Bogotá, 2014-2019....	212
Figura 3.21: Delitos con mayor número de condenas.	212

Figura 3.22:	Delitos con mayor número de medidas de aseguramiento.....	213
Figura 3.23:	Delitos con mayor número de medidas de aseguramiento intramural.....	213
Figura 3.24:	Delitos con mayor número de medidas de aseguramiento domiciliario.....	213
Figura 3.25:	Delitos con mayor número de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.....	213
Figura 3.26:	Número de personas privadas de la libertad (PPL) en establecimiento carcelario para febrero de 2020, por zonas de país, discriminando entre sindicados y condenados, y entre hombres y mujeres.....	215
Figura 3.27:	PPL para febrero de 2020, discriminadas por zonas del país, sindicados vs. condenados.....	215
Figura 3.28:	Porcentaje de PPL en establecimiento carcelario, condenados vs. sindicados, febrero de 2020.....	216
Figura 3.29:	PPL en establecimiento carcelario, condenados vs. sindicados, por zonas del país, febrero de 2020.....	217
Figura 3.30:	Porcentaje de PPL en establecimiento carcelario, condenados vs. sindicados, por zonas del país, febrero de 2020.....	217
Figura 3.31:	PPL en establecimiento carcelario, 2014-2019.....	218
Figura 3.32:	PPL en establecimiento carcelario entre 2015 y 2019, por los delitos que más reportan personas privadas de la libertad.....	219
Figura 3.33:	Sindicados privados de la libertad en establecimiento carcelario por delitos con mayor número de PPL, 2015-2019.....	221
Figura 3.34:	Condenados privados de la libertad en establecimiento carcelario por delitos con mayor número de PPL, 2015-2019.....	221
Figura 3.35:	Promedio nacional de PPL según el tiempo que llevaban privados de la libertad en establecimiento carcelario en calidad de sindicados para diciembre de 2018.....	222
Figura 3.36:	Capacidad total de los establecimientos por zonas del país vs. PPL, discriminando sindicados de condenados, febrero de 2020.....	224
Figura 3.37:	Capacidad total de los establecimientos por zonas del país vs. PPL, febrero de 2020.....	224
Figura 3.38:	Cantidad de establecimientos penitenciarios y carcelarios, y porcentaje de hacinamiento, febrero de 2020.....	225
Figura 3.39:	Capacidad de establecimientos carcelarios en Bogotá vs. PPL, febrero de 2020....	225
Figura 3.40:	Hacinamiento carcelario entre 2011 y 2019.....	226
Figura 4.1:	Jueces participantes en la encuesta.....	292
Figura 4.2:	Conocimiento de los jueces penales de la política criminal de Colombia.....	293
Figura 4.3:	Aspectos de la política criminal conocida por los jueces penales colombianos.....	294
Figura 4.4:	Nivel de conocimiento con respecto a la política criminal.....	295
Figura 4.5:	Nivel de aplicabilidad del conocimiento con respecto a la política criminal....	296
Figura 4.6:	Obtención de conocimiento de la política criminal por un medio diferente a las instituciones estatales.....	297
Figura 4.7:	Optimización de derechos fundamentales.....	298

Figura 4.8:	Conocimiento sobre la estructura de la política criminal.	301
Figura 4.9:	Participación en el Consejo Superior de Política Criminal.	301
Figura 4.10:	Posición frente la participación de los jueces a través de sus decisiones en la política criminal	303
Figura 4.11:	Participación frente la construcción de la política criminal.	307
Figura 4.12:	Consulta del delegado que los representa en el Consejo Superior de Política Criminal	308
Figura 4.13:	Capacitación o socialización por parte de instituciones estatales en materia de política criminal	309
Figura 4.14:	Reuniones destinadas a tratar tema de política criminal.	310

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 3.1: Clasificación de los proyectos de ley en materia penal presentados entre 1992 y mayo de 2020	179
Tabla explicativa 4.1: Afirmaciones y respuestas realizadas por los jueces.	303

Introducción

La presente investigación versa sobre el papel que representa el juez penal desde sus contribuciones a la política criminal colombiana para lograr una mayor optimización de los derechos fundamentales dentro del Sistema Penal Acusatorio. Fueron dos los motivos que generaron la elaboración de este trabajo: el primero de ellos tiene origen en el año 2004, cuando fue instaurado el procedimiento penal vigente, momento que coincide con mi ingreso en los avatares del mundo judicial penal y académico constitucional, brotando desde allí, hasta ahora, mi interés por explorar este novedoso cambio a la oralidad que se produjo a raíz de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal [CPP]), más adecuado a los postulados de la Constitución de 1991 y progresivo respecto al modelo de Estado liberal de derecho estipulado en los artículos 1 y 2 de la anterior Constitución de 1886, para incorporar plenamente el nuevo modelo social de derecho (Const., 1991, art. 1). Este tránsito enfocó sin duda la atención en la *dignidad humana* como valor esencial de la persona y de sus derechos fundamentales, estableciendo a la Constitución Política como Norma de normas (Const., 1991, art. 4), lo cual implica su carácter vinculante sobre toda disposición inferior, que deberá en consecuencia ser interpretada a la luz de los principios, valores y derechos allí contemplados¹.

El segundo motivo fue el de generar un aporte para la construcción de una política criminal más coherente en Colombia, otorgándole un papel preponderante al juez penal, con una visión más activa², apostando con ello a derrotar el actual y persistente panorama de desconfianza ciudadana y mora judicial, a partir del cambio que se fue gestando con el paso del sistema penal mixto de rasgos preponderantemente inquisitivos (Ley 600 de 2000) a la reforma constitucional, y la

¹ En otras palabras, el artículo 4 impone que toda actividad estatal debe plegarse a los postulados superiores de la norma jurídica fundamental, posición ratificada por la Corte Constitucional en sentencia posterior (SU-747, 1998).

² Valga acotar que, en armonía con los preceptos constitucionales, se entiende al juez penal como el encargado de impartir justicia ante hechos de carácter delictivo, y es por ello que debe dirigir la actuación procesal de tal forma que se garantice el respeto a los derechos fundamentales de partes e intervinientes, asegurando que el ejercicio de la justicia sea eficaz y que se haga prevalecer el derecho sustancial (CPP, art. 10, inc. 1).

consecuente expedición de la Ley 906 de 2004, como cuerpo normativo de un sistema penal con características especiales y propias de tendencia acusatoria (Corte Constitucional [CC], C-591, 2005).

Fundamentalmente, el artículo 2 de la Carta Política determinó que uno de los fines esenciales del Estado es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (inc. 1), lo cual compromete obviamente al juez penal, tanto en función de control de garantías como de conocimiento, en su ejercicio interpretativo, de tal modo que el mismo no se reduzca a la letra de la norma, sino que se hace necesaria aquí una aproximación hermenéutica a la luz de los cánones constitucionales, sin desatender la optimización de derechos fundamentales, desde que existe la posibilidad de efectivizarlos positivamente, con un actuar que resulte además contributivo con los propósitos del Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, pese a la existencia de este marco normativo, hoy en día se constata en nuestro país que no existe una clara y difundida política criminal³, lo cual se refleja, por ejemplo, en el desarrollo de las audiencias públicas y orales, cuando no se adoptan medidas acordes a los lineamientos de dicha política, y lo que simplemente ocurre es que, al permitirse el acceso a los medios de comunicación y a representantes de la sociedad⁴, como forma de asegurar el derecho a la información y el control social de las decisiones judiciales en un marco democrático (CPP, arts. 9 y 18), en muchas ocasiones determinados sectores terminan ejerciendo presión mediática, basada en populismos punitivos, para producir solo cambios estructurales mediante reformas legales, sin que esto implique un análisis de fondo de los lineamientos adecuados para lograr una política criminal coherente con la garantía efectiva de los derechos fundamentales.

³ En una conferencia ante el Senado de la República, en el marco de la cátedra del Centro de Altos Estudios Legislativos (CAEL), Gómez Jaramillo (2016) expuso la necesidad de plantear una política criminal acorde al contexto real de nuestro país, estructurada de forma coherente con los lineamientos establecidos constitucionalmente.

⁴ Esto sin desconocer que existen ciertos supuestos en los que el legislador exceptúa la publicidad de las diligencias, si así lo considera necesario, según se desprende del tenor literal del artículo 18 de la Ley 906:

Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

Para decantar el *problema* de este trabajo de investigación se partió inicialmente de revisar el tránsito histórico de los modelos estatales en el país, hasta el establecimiento del Estado social de derecho en 1991, y sus relaciones con la política criminal de Colombia⁵, para pasar luego a analizar la coordinación, difusión y desarrollo que de la misma se da por medio del Consejo Superior de Política Criminal⁶, ello sin dejar reconocer que, pese a todo, persisten a hoy problemáticas en torno a fenómenos de violencia y criminalidad, así como altos niveles de hacinamiento carcelario⁷. A partir de esto se plantea un estado de cosas problemáticas centrado en *dos cuestiones principales* abordadas en esta tesis: en primer lugar, los jueces penales constitucionales no están yendo más allá de cumplir su función como si fueran jueces de un Estado liberal de derecho cuando basan sus decisiones solo en una lectura literal de la ley, omitiendo la integración hermenéutica de los postulados superiores, vinculatorios del derecho penal, y restando con ello importancia a la efectivización de los derechos fundamentales de las partes⁸; y en segundo lugar, a pesar de la

⁵ Definida esta como un conjunto de respuestas adoptadas por el Estado, necesarias para afrontar conductas calificadas como reprochables o perjudiciales socialmente, con el propósito ulterior de salvaguardar “los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (CC, C-646, 2001, Política Criminal-Concepto amplio).

El Ministerio de Justicia la considera como una política pública para enfrentar fenómenos caracterizados como delitos por la ley penal, con estrategias que se orientan a su prevención, control, investigación y sanción, así como a la atención a las víctimas y al tratamiento de los condenados (Ministerio de Justicia, s.f.). Finalmente, las instituciones académicas y grupos de investigación han hecho también aportes reconocidos a la conceptualización de la política criminal en Colombia desde el punto de vista constitucional, desde iniciativas como el Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado, los trabajos de Farid Benavides (2016) y del Grupo de Derecho de Interés Público (GDIP, 2011) al interior de la Universidad de los Andes y la Red Internacional de Política Criminal Sistémica *Extrema Ratio* de la Universidad Nacional.

⁶ Organismo especializado de carácter colegiado (Presidencia de la República, Decreto 2055 de 2014), que funge como asesor del Gobierno nacional en la implementación de dicha política (Congreso de la República de Colombia [CRC], Ley 65 de 1993, art. 167, modificado por el art. 91 de la Ley 1709 de 2014). Está conformado por diecinueve miembros, entre los que se encuentran tres representantes de la Rama Judicial, a saber, el residente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el residente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y el fiscal general de la nación.

⁷ Fenómeno que ha dado lugar a una triple declaratoria de estado inconstitucional de cosas; la más reciente caracterizó al hacinamiento y su correlativa violación masiva de derechos humanos como reflejo de una política criminal irreflexiva, reactiva y populista (CC, T-762, 2015). Esto también ha producido estudios como los del Observatorio de Política Criminal del Ministerio de Justicia (s.f.), el informe publicado en *Ámbito Jurídico* (2011) o el séptimo informe elaborado por la Comisión Civil de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013 y al Estado de Cosas Inconstitucionales en Materia Carcelaria en 2020, tras las visitas a nueve cárceles entre 2019 y 2020.

El hacinamiento carcelario demuestra el desconocimiento de alternativas a las que puede acudir el juez penal para no enviar a prisión sin incurrir en prevaricato, dado que una gran proporción de las personas privadas de la libertad corresponden a indiciados, más no condenados, situación que puede estar derivada de la flexibilización del control judicial al momento de decidir acerca de la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad (Corporación Excelencia en la Justicia [CEJ], 2014).

⁸ A partir de la caracterización *liberal* del Estado de derecho asociada al imperio de la ley y la protección de las libertades y derechos individuales, el tránsito hacia el modelo *social* de derecho implica que el Estado

representación por parte de tres miembros de la Rama Judicial en el Consejo Superior de Política Criminal, existen aún desfases entre las decisiones de los jueces penales y la política criminal, dado que las pautas judiciales que optimizan derechos fundamentales no son tomadas en consideración en su contenido por este órgano asesor para verificar los aspectos cruciales que allí se tratan, tales como privación de libertad, enfoque de género, violencia intrafamiliar, entre otros. En este sentido, se dejan de lado medidas que efectivizan prerrogativas iusfundamentales, en situaciones que superan el caso concreto y funden sus raíces en problemáticas estructurales como las de hacinamiento carcelario.

Contextualizado este escenario problemático dual, la *pregunta de investigación* planteada es:

¿Por qué las providencias de los jueces penales se deben considerar en la formulación de lineamientos de la política criminal colombiana como pautas para la optimización de derechos fundamentales y realización efectiva de los principios del Estado social de derecho?

A fin de dar respuesta a la pregunta de investigación decantada, el trabajo se estructura en cinco capítulos: el primero aborda las consecuencias derivadas del tránsito conceptual desde el Estado *liberal* de derecho hasta el Estado *social* de derecho, en aras de mostrar cómo este último modelo constituye un marco legal y político para la implementación de un sistema penal y una política criminal de corte garantista basada en los principios fundamentales de dignidad, legalidad e igualdad real. Este escenario permite una nueva perspectiva sobre la función del juez penal en el modelo procesal de tendencia acusatoria, a la luz de los mandatos de la Constitución Política de Colombia, en la medida en que se valora en este juez la amplia posibilidad que tiene de realizar contribuciones en temas de política criminal, a partir su conocimiento sobre la aplicación de medidas alternas que optimicen derechos fundamentales de los individuos.

El segundo capítulo estudia las maneras como puede el juez penal optimizar tales derechos fundamentales por medio de sus decisiones, valiéndose de distintas herramientas legales de análisis y ponderación, para lo cual se afirma la necesidad de mayores niveles de argumentación jurídico-

abandona su rol de mínima intervención para asumir acciones orientadas a la garantía y positiva efectivización de tales derechos, por lo cual, siguiendo a Fiss (2007), esta investigación defiende el rol constitucional de los jueces, incluido el penal, en el entendido que su labor no se agota en la resolución de conflictos, sino que demanda la construcción de significados operativos de los mismos valores supremos constitucionales.

constitucional que permitan decidir, por ejemplo, en casos de colisión de derechos, la forma en que cada uno cede del modo más idóneo, generando impactos positivos en sectores amplios de la sociedad.

Posteriormente, en el tercer capítulo se busca establecer la relación entre la política criminal de Colombia con el modelo de Estado social de derecho y el Sistema Penal Acusatorio, y la manera de optimizar esa relación, para responder de manera pronta y eficaz a las necesidades específicas de la sociedad en materia de justicia. Se ponen de manifiesto los cambios requeridos en la perspectiva del proceso penal, y se señala la importancia de las figuras alternas de negociación y resolución, como los preacuerdos y principios de oportunidad, para la garantía de los derechos fundamentales de todas las partes en el proceso, particularmente víctimas e imputados. Por último, se hace un llamado a la colaboración articulada y coherente entre las diversas instituciones jurídicas y penales del Estado, así como a la conformación de grupos interdisciplinarios de trabajo, a fin de proyectar esfuerzos conjuntos que contribuyan a la implementación de una política criminal más efectiva.

En el cuarto capítulo se determinan las relaciones entre las decisiones judiciales que optimizan derechos fundamentales y la política criminal de Colombia, ahondando en el recurso a mecanismos como el análisis de contexto y las estrategias investigativas, además de poner de manifiesto las características del mencionado trabajo interdisciplinario orientadas a la adecuada socialización de los lineamientos de política criminal en los despachos judiciales, así como la forma de incorporar en este esquema el conocimiento y la participación de los jueces penales. A partir de esto queda en evidencia la necesidad de una mayor articulación entre función judicial penal y política criminal en el país, pues, pese a la comprobación de que pocos jueces consideran sus decisiones como posibilidades de aporte a la política criminal del país, la existencia de algunos que sí admiten esto permite proyectar la posibilidad de realizar mayores contribuciones a la misma, estableciendo así hitos en la interpretación de la ley penal para la optimización de derechos.

Finalmente, en el quinto capítulo se destaca la figura del juez penal colombiano, tanto el de conocimiento como el juez en función de control de garantías, en tanto funcionario que contribuye a la construcción de política criminal a través de decisiones que hacen efectiva la integridad del Estado social de derecho y permiten optimizar principios constitucionales fundamentales. Esto despliega la propuesta de inclusión del juez en la formulación de dicha política en el país, en tanto él es quien conoce a fondo sus lineamientos y puede actualizarlos, no solamente desde el

conocimiento preciso de la ley, sino desde su base experiencial y propositiva. Para la realización de este proyecto se propuso la realización de un piloto formativo entre los jueces del Circuito de Bogotá, como una primera experiencia a ser replicada posteriormente con el resto de jueces del país, para establecer a partir de este ejercicio los elementos de una política criminal mucho más fundamentada e integradora, incorporando elementos de profundización en constitucionalidad del Estado, giros interpretativos legales y perspectivas de inteligencia emocional.

La metodología de trabajo fue *mixta*⁹, incorporando enfoques *cualitativos* y *cuantitativos*, con un enfoque dogmático-sociojurídico¹⁰. El diseño aplicado fue exploratorio-secuencial-derivativo, con la recolección y análisis de datos en dos fases:

1. En la primera fase se recolectaron y analizaron datos de tipo cualitativo, a partir de fuentes primarias y secundarias¹¹, respecto a temas como Estado social de derecho, funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio, derechos fundamentales y política criminal en Colombia. Esta fase documental fue llevada a cabo con una combinación de métodos: lógico-deductivo, inductivo y sistemático, más una técnica de codificación y evaluación temática propia de este componente cualitativo.

2. En la segunda fase se trabajó con datos de tipo cuantitativo, a partir del listado de jueces penales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá y de la encuesta de preguntas abiertas y cerradas dirigida a ellos. Con métodos estadísticos de muestreo probabilístico se definió un diseño muestral, dando un estimador representativo de 49 jueces a entrevistar respecto a la política criminal, con una confianza del 90 % y un error muestral del 10 %, mediante un algoritmo que generó además una lista aleatoria de jueces para ser encuestados (Särndal, Swensson y Wretman, 1992), particularmente respecto a tres temas: conocimientos acerca de la política criminal en Colombia, mecanismos implementados para la optimización de los derechos fundamentales, y aportes hechos a la política criminal. Mediante interpretación estadística, los datos fueron traducidos a porcentajes,

⁹ En tanto se integra como una aproximación multimetódica (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

¹⁰ Entendiendo que el problema de investigación se encuentra vinculado con problemas de hechos, de determinación de valores y de los fines de un conjunto normativo, necesarios para establecer su sentido y alcance (Courtis, 2006). La orientación sociojurídica averigua sobre lo que sucede de hecho en la realidad, intentando determinar comportamientos de los miembros de un grupo del orden jurídico vigente (Fariñas, 1998).

¹¹ Normas, doctrina, jurisprudencia, resoluciones de principio de oportunidad, sentencias condenatorias, documentos de prensa, páginas de internet, entrevistas, respuestas de derechos de petición presentados a entidades públicas y privadas, y otras.

los cuales fueron luego graficados; las respuestas abiertas fueron a su vez interpretadas bajo una lectura cualitativa. Con ciertos márgenes de error, las respuestas dadas permiten generalizar conclusiones para toda la población de jueces penales en Bogotá.

Sobre el alcance de esta investigación: es *exploratorio*, considerando que su perspectiva es innovadora al indagar sobre la participación del juez y su influencia en las decisiones de política criminal de Colombia; es *descriptivo*, porque se abordan fenómenos sociales y jurídicos, como el tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho y la importancia de optimizar derechos fundamentales en el desarrollo del Sistema Penal Acusatorio, además de conceptos fundamentales e información de entidades estatales para analizar tendencias sobre aspectos como los proyectos de ley sobre política criminal, el principio de oportunidad, los preacuerdos y las medidas de aseguramiento, y los índices de funcionamiento de la justicia y del hacinamiento carcelario; finalmente, es *explicativo*, porque pretende generar comprensión sobre la necesidad de cambios en la generación de la política criminal y la posición del juez penal en ella. La investigación tuvo algunas limitaciones, como solicitudes de respuesta no atendidas, o imposibilidad de aumentar la base muestral de encuestados, que afectan en un punto el margen de error en los argumentos, si bien no perjudican la tesis general.

El significado final de este estudio es la identificación respecto a la necesidad de atribuir un papel contributivo al juez penal en Colombia, de modo que sus decisiones optimizadoras de derechos fundamentales sean consideradas en la construcción de los lineamientos de la política criminal y posteriormente utilizadas como pautas orientativas en el actuar judicial. Para ello sería pertinente ejecutar un plan de acción desde el Ministerio de Justicia, junto con el Consejo Superior de Política Criminal, mediante un programa de formación, seguimiento y control permanente, que incorpore aspectos de profundización en la constitucionalidad del Estado social de derecho, giros interpretativos en el marco de lo legal y aplicación de inteligencia emocional, entre otros.

1. El Estado social de derecho, el sistema procesal penal de tendencia acusatoria y la función judicial penal

En este capítulo se pretende precisar las consecuencias derivadas del tránsito conceptual desde el Estado *liberal* de derecho hasta el Estado *social* de derecho, así como la función del juez penal en el modelo procesal de tendencia acusatoria, a la luz de los mandatos de la Constitución Política de Colombia. El análisis se centró sobre todo en la evolución de los distintos modelos estatales en torno al origen del constitucionalismo moderno, haciendo énfasis en el concepto de *Constitución* más que en el de *Estado*. Con todo, en esta tesis se discute sobre el modelo de Estado social de derecho porque constituye el marco normativo a partir del cual se estudia la problemática investigativa.

En este tránsito, se plantea inicialmente un seguimiento a la evolución histórica de los diversos modelos estatales hasta la formulación misma del Estado social de derecho, analizando a partir de allí su caracterización como concepto general y su modelación particular en Colombia a partir de los principios de la Constitución Política de 1991. Más específicamente, se trata de identificar los principales aspectos que atienen a los derechos fundamentales en dicho modelo estatal, revisando el fenómeno de la *permeabilización* de la actual Constitución Política en el derecho penal colombiano y analizando el funcionamiento del sistema penal de tendencia acusatoria, con el fin de especificar el rol constitucional del juez penal en este modelo social de derecho como optimizador de derechos fundamentales.

1.1. Evolución histórica de los diversos modelos estatales

El Estado social de derecho consagrado en la Constitución colombiana de 1991 se entiende como el marco legal y político idóneo para la formulación de un aparato penal garantista y apegado a la ley, materializado en la estructura del Sistema Penal Acusatorio, que vele por la salvaguarda de los derechos individuales y sociales más fundamentales. Sin embargo, pese a lo estipulado en la Carta Política, la realidad es que actualmente nuestro país experimenta diversas crisis de orden legal, muchas de las cuales tienen su origen en factores asociados a la desconfianza en el aparato judicial, tales como la excesiva dilación de los procesos o el abierto desconocimiento del principio de presunción de inocencia, con los consecuentes prejuicios de inoperancia que eso conlleva. Por ello, para poner de relieve el papel actual de la justicia penal en la formulación de políticas y modos de acción que efectivicen la garantía de los derechos fundamentales, realizamos un primer repaso a los diversos modelos estatales que han ido apareciendo en el tránsito a la Modernidad, así como a las diversas concepciones que sobre el poder y ejercicio del derecho han acompañado a dichos modelos.

La revisión bibliográfica en relación a este tema evidencia la manera como las tipologías del Estado han ido evolucionando —y junto a esto, también el derecho penal se ha ido transformando— permitiendo en su desarrollo el reconocimiento de derechos, de la “seguridad [jurídica] a través de leyes fundamentales y leyes penales y de las garantías brindadas a la sociedad a través de una justicia penal constitucional” (Flórez, 2015, p. 141)¹.

En el contexto de los orígenes del constitucionalismo moderno, un primer elemento importante se encuentra en la Constitución medieval de las sociedades feudales, si bien se entiende que tal concepto en su comprensión actual es hijo de la lucha contra los absolutismos, para entender estos últimos se requiere valorar las formas particulares de organización del poder durante el Medioevo, desde el declive del Imperio romano a finales de los siglos IV y V hasta el surgimiento de los

¹ En este trabajo investigativo, seleccionado por su relevancia en el tratamiento de temas jurídicos de interés nacional como parte de la primera publicación de la serie Escritos y Debates Contemporáneos sobre el Derecho, del programa de doctorado de la Universidad Nacional, se hizo un estudio preliminar en torno a la figura del juez y su papel en la política criminal colombiana, en el cual pude analizar algunos de los avances en la evolución del modelo de Estado; no obstante, se constata a partir de allí que estos avances no han resultado plenamente efectivos, situación que impulsa la propuesta de esta tesis sobre nuevos horizontes en el desarrollo de la justicia penal.

primeros Estados modernos a partir de la segunda parte del siglo XV (García, Jaramillo, Rodríguez y Uprimny, 2018).

Por *Constitución medieval* se entiende entonces una configuración efectiva del poder durante la Edad Media, caracterizada principalmente por la existencia de limitantes *de facto* de los poderes públicos, gracias a reglas consuetudinarias propias de las prácticas políticas. Dichas reglas no podían ser modificadas ni derogadas por los poderes feudales imperantes, ya que se asumían como preexistentes a estos en un orden jurídico dado (Fioravanti, 2001), de modo que el derecho se consultaba en el pasado y no se establecía hacia el futuro; en otras palabras no se pensaba en derecho legislado².

Ahora bien, estos límites al poder estuvieron siempre en la base de la tradicional distinción entre el *rey* y el *tirano*. Un ejemplo de ello es mencionado por Tomás de Aquino (1225-1274), uno de los autores medievales más representativos, quien sostiene:

Si la sociedad de los libres es dirigida hacia su bien común, se da un régimen recto y justo, como corresponde a los libres. Si, por el contrario, el gobierno se dirige no al bien común de la sociedad, sino al bien individual del que gobierna, se dará un régimen injusto y perverso [...]

La intención de cualquier gobernante debe dirigirse a que cuanto él se encarga de regir procure salvación. [...] El bien y la salvación de la sociedad es que se conserve su unidad, a la que se llama paz. [Luego] “un régimen será tanto más útil cuanto más eficaz fuere en conservar la unidad de la paz”. Y llamamos más útil a lo que conduce mejor a su fin. (Aquino, 1995 *versión*, pp. 8-15)

Así pues, respecto de los mencionados límites al poder, existió un ideal del gobierno mixto o de Constitución mixta³, en la medida en que se esperaba que los gobiernos monárquicos ejercieran el

² Sobre este tema Rivera (2011) complementa: “Se trata además de un gobierno según las leyes. Es decir, el momento de la dirección política no consiste tanto en crear normas, que es la más alta expresión de la soberanía moderna, cuanto en dirigir la comunidad según las leyes” (p. 189).

³ Esta Constitución mixta se entiende como un concepto premoderno, objeto de teorización por pensadores de la Antigüedad, la Edad Media y el Renacimiento. Respecto al funcionamiento de esta Constitución, Rivera (2011) sostiene:

poder procurando el bien de la comunidad, si bien se aclara que la sociedad feudal no puede pensarse como una entidad más o menos homogénea, sino como una colección de múltiples poderes que buscaban a su modo imponerse como el supremo, por lo que este ideal de Constitución mixta vino a ser “la expresión institucional del carácter plural y diverso de la sociedad medieval” (García et al., 2018, p. 64).

Salvadas todas las diferencias con los modelos políticos actuales, ya desde aquellas épocas se generaron discusiones sobre la legitimación del poder. Frente a ello, Foucault (2000) señala que:

Desde la Edad Media, la teoría del derecho tiene como papel esencial fijar la legitimación del poder: el problema fundamental, central, alrededor del cual se organiza toda esta teoría, es el problema de soberanía. Decir que el problema de soberanía es el problema central del derecho en las sociedades occidentales, significa que el discurso y la técnica del derecho tuvieron la función esencial de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia. (p. 35).

Posteriormente, a inicios del siglo XVI las instituciones feudales y sus fundamentos doctrinales se vieron cuestionados por la consolidación de monarquías absolutistas, producto de la crisis de la Constitución medieval⁴, cuyo origen se asocia principalmente a dos eventos. Primero, los cambios demográficos y las cambiantes dinámicas del Bajo Medioevo, que alcanzaron su punto álgido

Lo mixto de la Constitución se refiere a las diferentes partes del cuerpo, así como a la modalidad de la participación de estas heterogéneas partes en el gobierno o a la mezcla de modalidades de acceso a los cargos. Ciertamente, nos encontramos muy lejos de la igualdad abstracta de los modernos, de los individuos libres e iguales que se encuentran en la base de las instituciones políticas [...]. El gobierno o régimen político premoderno depende de sujetos reales, diferentes e irreductiblemente heterogéneos, que, por lo general, se identifican con agrupaciones y cuerpos intermedios situados entre el individuo y la comunidad política. (p. 189)

Un ejemplo de este concepto político lo presenta Tomás de Aquino en la Suma Teológica, donde “combina el Antiguo Testamento y la política de Aristóteles para presentarnos al Gobierno de Israel como primer ejemplo de constitución mixta, [en una] mezcla de conceptos cristianos y paganos [que] supone, como se sabe, un rasgo específico de la Edad Media” (p. 178).

⁴ Se entiende que dicha Constitución medieval se expresa a través del mencionado arreglo mixto, que no es un texto o catálogo precisamente, sino una configuración real del poder representado por los monarcas. Ahora bien, en principio se trató solamente en esta constitución medieval de la limitación de los poderes, pero se fue ampliando su significado en procura del bien de la comunidad y de otros fines sociales (García et al., 2018).

durante la Peste Negra del siglo XIV, luego del *óptimo medieval* de los siglos previos, cuyos efectos sobre la economía y la sociedad resultaron devastadores. Segundo, en el mismo siglo XVI la Reforma protestante quebró la unidad religiosa europea, y los conflictos subsecuentes cuestionaron el fundamento divino como legitimación del poder político, dando lugar como respuesta a una forma exacerbada de concentración del poder que monopolizó el uso de la fuerza, impidiendo así que los particulares se valieran de ella. En ese sentido, las monarquías absolutistas materializaron el planteamiento teórico más extremo de la soberanía⁵ en los gobiernos de Carlos V del Sacro Imperio Romano Germánico, Luis XIII y Luis XIV de Francia, y Pedro I y Catalina II de Rusia (García et al., 2018).

En la teoría política, el tránsito de la Constitución medieval al Estado absolutista tuvo como referente teórico a Nicolás Maquiavelo (1469-1527), quien retomó la idea de Constitución mixta, adecuándola en su contenido al de *República*⁶ como forma superior de gobierno, dado que modera el conflicto entre la aristocracia y el pueblo, materializando el principio de *civile equalità* que alude a la proporción en las condiciones de vida de los integrantes de la sociedad:

Pues en toda ciudad se encuentran estas dos inclinaciones distintas: el pueblo desea no ser dominado ni oprimido por los grandes, y los grandes desean dominar y oprimir al pueblo; de estas dos inclinaciones opuestas nace en las ciudades uno de estos tres efectos: o principado, o libertad, o anarquía⁷. (Maquiavelo, 1980 *versión*, p. 105)

⁵ Base del funcionamiento de las monarquías absolutistas en Occidente, el Estado absolutista surgió desde mediados del siglo XV, en la época en que se generó:

[...] en un país tras otro, un repentino y simultáneo resurgimiento de la autoridad y la unidad políticas. Desde lo más hondo del tremendo caos feudal y de las convulsiones de las guerras de las Rosas, de la guerra de los Cien Años y de la segunda guerra civil de Castilla, las primeras monarquías “nuevas” se irguieron, prácticamente al mismo tiempo, durante los reinados de Luis XI en Francia, Fernando e Isabel en España, Enrique VII en Inglaterra y Maximiliano en Austria. (Anderson, 2001, p. 17)

Como factores estructurantes de este fenómeno se señalan, de un lado, el reagrupamiento contra el campesinado luego de la terminación de la servidumbre; de otro lado, de manera secundaria, el apogeo de la burguesía urbana, la cual se encargó del desarrollo de las manufacturas preindustriales.

⁶ Es importante recordar que Maquiavelo no creó el término República, el cual existía desde Roma como res pública, gracias a la distinción entre derecho público y privado: “Rome is the birthplace of the distinction between private and public law through the concept of res publica” (Zoller, 2008, p. 94). No obstante, a Maquiavelo sí se le atribuye la paternidad del concepto de Estado, como se explicará en los párrafos siguientes.

⁷ Los tres efectos reseñados en este párrafo deben ser comprendidos en el contexto de la obra *El príncipe* y aluden a las formas del Estado. En otros términos, el principado, la libertad y la anarquía son expresiones de

Es en este contexto en el que Maquiavelo encabeza la revisión de la doctrina político-constitucional medieval, acudiendo al Estado como categoría general que engloba las diversas formas de organización política, de modo que incluye en sus márgenes conceptuales:

[...] tanto a la república como al principado, al imperio, al reino o a la Confederación, ya que en realidad su insistencia respecto a esta curiosa clasificación —República o Principado, por otra parte única en la historia de las ideas políticas—, no representa sino un claro reflejo de las dos formas tradicionales de ejercicio del poder público: la hereditaria y la adquirida. En consecuencia al colocar al Estado, como género, frente a dos especies: la República y el Principado, automáticamente empleó un vocablo encaminado a definir el orden establecido. (Echandí, 2009, p. 170)

Es a Maquiavelo a quien se le atribuye primeramente el introducir la noción de Estado dentro de la teoría política, superando la mera cuestión terminológica para establecer la comprensión del poder político como algo unificado y permanente (Passerin D'entreves, 2001; Echandí, 2009).

En su obra, Maquiavelo acudió al término *lo stato*, es decir lo estable e inmóvil. En este sentido, Echandí (2009) explica:

¿Qué significó exactamente para él el Estado? El Estado no se trató de un nuevo concepto encaminado a definir un nuevo orden de cosas. Por el contrario, en la palabra *Estado* —en italiano *lo stato* o sea lo inmóvil o lo establecido—, Maquiavelo encontró un término preciso para sintetizar sus controvertidos puntos de vista acerca de las bases y procedimientos idóneos para la conservación del poder público. El concepto de Estado, de acuerdo con su evolución histórica, tiene un significado preciso como se acaba de ver y comprende la organización política suprema de un pueblo. Pero el término, considerado en sí mismo y tomando en cuenta su etimología, tiene un sentido mucho más amplio y general. Quiere decir el status en que se encuentra una sociedad, un individuo o una cosa. (p. 168)

las diversas organizaciones de poder, cuya configuración depende de las correlaciones de impacto de ambas tendencias —el pueblo con su interés de no ser oprimido y los grandes con su deseo de oprimir al pueblo—.

Es por ello que, para asegurar la perdurabilidad de tal Estado, Maquiavelo consideró legítimo el ejercicio del poder a través del uso de medios no necesariamente virtuosos por parte del regente: “Procure, pues, el príncipe conservar su Estado y los medios serán siempre tachados de honrosos y ensalzados por todos” (Maquiavelo, 1980, p. 122). Sin embargo, es necesario señalar que este poder que detenta el gobernante dentro de un Estado absolutista no es absoluto, debido a que exhibe un doble límite: por debajo, relativo a la manutención de los organismos políticos tradicionales, y por encima, atinente a su vinculación a la ley moral (Anderson, 2001).

En relación al periodo europeo de los Estados absolutistas, comprendido entre el siglo XVI y el XVIII, para autores como Henshall (1993) y Marquardt (2013), la hipótesis del absolutismo es vista de manera más crítica, en tanto hace invisibles las estructuras protoconstitucionales⁸ del Antiguo Régimen, con su división horizontal y vertical de poderes⁹. Respecto al protoconstitucionalismo europeo, se ha señalado que este “empezó a consagrar ciertas garantías individuales, especialmente sobre la protección de la persona en el proceso penal” (Marquardt, 2013, p. 103)¹⁰.

Ahora bien, es a través de las revoluciones ilustradas —como la francesa y la estadounidense— que el Estado absolutista transitó hacia el Estado de derecho. Es allí cuando nacieron constituciones que velaron por proteger los derechos y libertades de los individuos, tales como la

⁸ En relación a los elementos fundamentales del concepto de proto-estatalidad, Marquardt (2018) aclara que se le debe dar un uso cuidadoso al concepto de *Estado*:

No se debería extender generosamente la terminología del “Estado” a algunas jefaturas tribales, solo porque fueron militarmente exitosas y conquistaron tres jefaturas vecinas y mostraron así algunas primeras características proto-estatales, pues el concepto de “Estado” perdería todo contorno y significado justificable; con “Estado” el presente libro se refiere a organizaciones políticas con un tamaño, una complejidad y una figuración mínima. (p. 41)

⁹ Para García Pelayo (1983), tal división constituye uno de los elementos definitorios del sistema feudal:

Así, el feudalismo en su sentido típico ideal se caracteriza, de un lado, por una división vertical de poderes que, comenzando con el rey y siguiendo la cadena feudal, se extiende a través de sus vasallos y subvasallos, cada uno ejerciendo su señorío sobre determinadas tierras y personas, sin que el superior pueda intervenir en la esfera del inferior más que dentro de los límites prefijados en el pacto feudo-vasallático y, de otro lado, por una división horizontal, puesto que el poder del reino, en su nivel superior, estaba distribuido entre el rey y los grandes vasallos o *capite tenentes*. (p. 7)

¹⁰ El autor desarrolla más ampliamente este concepto al explicar que:

La ley penal más prestigiosa de la época, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, conoció una multitud de derechos fundamentales procesales inviolables. Entre otros, se incluyó la protección frente a capturas arbitrarias [contemplados en la Constitución colombiana en sus artículos 11 y 218], cuyo origen se asocia erróneamente con el posterior *habeas corpus* inglés de 1679. A la garantía de un debido proceso conforme a la ley perteneció el derecho a la notificación de la causa de la acusación, la oportunidad de una defensa adecuada, la imparcialidad de los jueces y jurados, la prohibición de pruebas de inocencia por medio de ordalías [juicios de Dios: pruebas del *agua* y del *fuego*] y la proscripción de preguntas sugestivas. (Marquardt, 2013, p. 103)

libertad de culto, de expresión, de reunión, entre otros¹¹. Partiendo de las ideas de Hobbes, Locke y Rousseau¹², quienes consideraron al contrato social como un acuerdo de individuos que es previo a la existencia del Estado, y en el cual radica el poder, en estas revoluciones burguesas se realizó una aguda crítica a la visión teocrática del poder sustentada en la unión entre la Iglesia y el Estado, así como a la concepción de poder ilimitado del monarca absoluto, para depositar la confianza en un nuevo modelo de Estado constitucional y de derecho.

En este punto, existen dos perspectivas distintas respecto a cuáles fueron las revoluciones más determinantes para el nacimiento del Estado de derecho constitucional, pues mientras que para un primer grupo de autores resultan fundamentales los eventos de Inglaterra, Estados Unidos y Francia, otro grupo considera como más relevantes los hechos en Hispanoamérica, incluyendo a Francia y Estados Unidos, por lo cual aparece un punto de disenso crítico en la lucha presentada en Inglaterra.

En el primer grupo, García et al. (2018)¹³ delimitan su objeto de estudio a dos momentos puntuales de la evolución de la historia y teorías constitucionales, correspondientes al proceso de

¹¹ Como ejemplo puede citarse la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, la cual consagra: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

¹² En su obra *Leviatán*, publicada en 1651, Hobbes hace un planteamiento del contrato social como un compromiso común, mediante el cual los individuos renuncian a sus derechos naturales al unísono en procura de un bienestar mayor. Según Mejía (2005):

Sin duda, el capítulo fundamental de todo el *Leviathan* es el XIV, pues allí confluye toda la teoría antropológica conceptualizada anteriormente y de él se deriva todo el ordenamiento jurídico posterior del “bienestar común”, es decir, del Estado. En ese sentido, el capítulo sirve de plataforma giratoria para justificar las extensas disquisiciones anteriores sobre la naturaleza del hombre y el planteamiento político consecuencia del “pacto de unión” que allí se fundamenta. (p. 7)

El mismo autor asegura que Locke retomó la idea de contrato social introducida por Hobbes, pero con importantes variaciones, en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, publicado en 1690:

[...] Locke, a diferencia de Hobbes no está tan interesado en fundamentar el procedimiento del contrato social con tanta minuciosidad como la del autor del *Leviathan*, sin duda porque aquel ya era prácticamente un hecho en su momento, sino mejor en deslegitimar toda pretensión de gobierno de la monarquía y sentar las bases firmes de un estado representativo y mayoritario. (p. 12)

Rousseau, finalmente, desarrolló sus ideas en términos asociativos en *El contrato social*, obra de 1762. Para él, se trata principalmente de:

Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada una a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social. (Rousseau, 1992 versión, p. 22)

¹³ Aunque en su libro los autores reconocen el proceso de constitucionalización autónomo de América Latina, centran su estudio en las revoluciones inglesa, estadounidense y francesa, arguyendo para ello que:

surgimiento del constitucionalismo moderno, en Francia durante la segunda mitad del siglo XVI y en Inglaterra en el siglo XVII, y a la promulgación de las primeras constituciones escritas en Estados Unidos y Francia a finales del siglo XVIII.

En este mismo sentido, Kriele (1980) señala que en la lucha contra el absolutismo en Inglaterra se introdujeron políticamente los argumentos esenciales que brindaron la base de legitimidad al Estado constitucional, los cuales constituyen la raíz histórica real de este último. Para este autor, la comprensión del Estado constitucional pasa por considerar el trasfondo histórico que precedió a la guerra civil inglesa (1642-1649), referido a la lucha entre el absolutismo y el Estado constitucional.

En el segundo grupo encontramos a autores como Marquardt (2018), quien considera que el sistema de valores no responde a una cultura jurídica específica, sino que más bien es el producto de la “gran transformación” que tuvo lugar hacia el año 1800, aquella que surgió con las revoluciones ilustradas de Norteamérica, Francia e Hispanoamérica, entre 1776 y 1825. Asimismo, este autor reconoce el intento de “civilizar la revolución de la soberanía del largo siglo XIX mediante fines y derechos intocables, la legitimación precisa de poder, las reglas de limitación del mismo y los principios de organización tridimensional con pesos y contrapesos” (Marquardt, 2018, p. 311)¹⁴.

[...] esta delimitación no supone desconocer los aportes [hechos] desde otras experiencias distintas a la francesa y a la inglesa, aunque lo que sí afirmamos es que si no se tienen en cuenta los debates y acontecimientos que se dieron en estos países [...], muy difícilmente se pueden comprender los conceptos básicos de esa forma de constitucionalismo. Además, históricamente hablando, fue en Estados Unidos y en Francia donde se dieron, con un mínimo nivel de vigencia efectiva, los primeros ensayos de formalización en documentos jurídico-normativos de los conceptos centrales del constitucionalismo moderno. Esto no significa negar, de un lado, que haya habido antecedentes de este tipo de ensayos y que, de otro lado, casi inmediatamente después en otras partes se procedió también a promulgar constituciones escritas en donde se hacen adaptaciones importantes del constitucionalismo moderno, aunque sobre los presupuestos y la estructura que se habían desarrollado en aquellos dos países. (García et al., 2018, p. 35)

En su apoyo citan a autores como Grimm (2006), para quien el constitucionalismo moderno nació y se desarrolló en Inglaterra, pero se perfeccionó en otros lugares, toda vez que, siguiendo a Beaud (2003), Fioravanti (2001) y Varela (1998), dicho perfeccionamiento tuvo lugar gracias a la promulgación de las constituciones escritas en Estados Unidos y Francia, donde se incluyeron los debates presentados en Inglaterra. Con todo, para Kriele (1980), la llave del Estado constitucional se encuentra en la lucha de los ingleses contra el absolutismo, oposición derivó en la guerra civil de 1642-1649.

¹⁴ El autor describe el constitucionalismo moderno como un *sistema de valores*, con un proceso histórico de transformaciones y complejos ciclos de retroalimentación, que se difundió de manera general en el continente europeo y en otras partes del planeta por medio de movimientos de adopción y transculturación.

En últimas, lo que aquí se destaca es la manera como las revoluciones ilustradas (de Inglaterra, Francia, Estados Unidos e Hispanoamérica) aportaron en la evolución fáctica del Estado de derecho. Sin embargo, respecto a la conceptualización teórica del mismo encontramos de nuevo dos grupos de opiniones.

Una primera línea de autores (García Pelayo, 1951; Villar, 2007) considera que el concepto moderno de Estado de derecho surge en el ámbito jurídico-político alemán de los siglos XVIII y XIX, con raíces de claro corte liberal. Estos autores adoptan la definición *científica* del Estado de derecho que apareció primero en *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, obra del jurista Robert von Mohl publicada en 1859.

En contra de esta postura, Bingham (2018) señala que comúnmente se le reconoce al profesor Albert V. Dicey el crédito de acuñar el término *Estado de derecho*; “sin embargo, es justo decir que, aunque haya acuñado el concepto, no inventó la idea que subyace en este” (p. 27)¹⁵. Adicionalmente se señala que, en 1866, Lord Justice Blackburn sentenció que el hecho de que una persona juzgara su propia causa, era “contrario al estado de derecho general” de cualquier país (Allison, 2007, p. 130).

Independientemente a estas dos corrientes, se reconoce la existencia de antecedentes históricos remotos que hacen referencia a la idea del Estado de derecho, desde los tiempos de la Ilustración, en el Medioevo e incluso en la Antigüedad griega y romana (Villar, 2007). Por ejemplo, Tamanaha (2004) rastrea dicho concepto hasta Aristóteles, quien habla del gobierno de las leyes como la mejor opción frente al gobierno de los ciudadanos, explicando que, incluso, el guardián de la ley debe obedecerla.

Por su parte Lynch (1987) resalta la originalidad del proceso constitucional latinoamericano, el cual estuvo marcado en primera línea por las aspiraciones independentistas: “El objetivo inmediato de la Independencia era la liberación del dominio imperial; era esta una libertad de dimensiones desconocidas para el pensamiento europeo” (p. 68). En similar sentido, Portillo (2010) reconoce la autenticidad del proceso constitucional latinoamericano, pues para él la conclusión de que “en el ámbito hispano el constitucionalismo fue un fracaso hasta hace nada, no sería sino una respuesta fácil que busca satisfacer la perspectiva de la Modernidad que se viene reproduciendo desde la Ilustración en la cultura occidental” (p. 129).

¹⁵ En idéntico sentido, Villegas (2013) afirma: “Dicey puso en evidencia los cambios más importantes que se habían producido, hasta esa fecha, en el modo de entender el derecho constitucional británico a causa, sobre todo, de las profundas transformaciones verificadas en el régimen jurídico e institucional del Reino Unido” (p. 726).

De manera similar, Uprimny (2013) refiere que “las concepciones normativas sobre el Estado de derecho se estructuran a partir de la distinción desarrollada desde la filosofía clásica, por autores como Aristóteles, entre gobierno de leyes y gobierno de personas” (p. 170). De conformidad con esta diferenciación, el Estado de derecho viene a ser el tipo de Estado donde la ley constituye la norma suprema y todas las autoridades se someten a ella, actuando por ello de manera previsible y menos arbitraria, lo cual repercute en la seguridad jurídica y la libertad de los individuos.

No hay que olvidar que, en este contexto, el Estado de derecho surge como respuesta al autoritarismo del Estado absolutista, planteándose así como respetuoso tanto de la ley como de las libertades del ciudadano. Al respecto, Matteucci (1998) sostiene que el constitucionalismo debe entenderse entonces desde los procesos de conformación del Estado absolutista en Europa, ya que es ese tipo de Estado la entidad que el mismo constitucionalismo enfrenta. En una línea similar se ha establecido que:

El Estado liberal o de derecho se sustentaba especialmente en los postulados de un contrato social pactado entre los individuos que daba primacía a los derechos naturales del hombre, al evidenciar que, como creación política, el mismo se justificaba en la medida en que protegiera los derechos de los miembros de la sociedad. Cobraron entonces especial valía las libertades individuales, así como la noción de derechos subjetivos y, con base en los postulados del naturalismo racionalista, se construyó lo que sería la génesis de la teoría de los derechos humanos, en cuanto a las facultades del individuo, previas al Estado y a la sociedad, que únicamente vienen a ser reconocidas y concedidas por el poder. (Barreto, 2011, p. 47)

Esta perspectiva permitió el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales e influyó para que se adoptaran nuevos rumbos en el poder político y en la forma en que el Estado maneja sus relaciones con los ciudadanos, destacando el papel del individuo y la garantía de sus derechos como persona. En este cambio de modelo estatal se alteraron profundamente las estructuras de funcionamiento del poder penal, situación derivada del surgimiento de leyes en las que la prioridad fuera el ser humano.

De acuerdo con Villar (2007), algunos de los elementos más representativos del Estado liberal de derecho, constituido como ente común (*res publica*), en su labor de asegurar la libertad y la

propiedad del ciudadano y la promoción del bienestar individual, son: (i) la Constitución escrita, en la cual se hace constar con claridad los fines del Estado, se consagran los derechos humanos y se brinda seguridad jurídica, tendencia marcada por Francia y EE.UU., si bien el constitucionalismo inglés demuestra que el Estado de derecho no necesariamente se manifiesta a través de la Constitución escrita, sino que, como ya apuntaba Dicey desde el siglo XIX, la predominancia del espíritu de la ley en el derecho inglés se denota en que la vigencia de los principios generales de su Constitución viene dada por los casos concretos juzgados ante los tribunales, mientras que en las constituciones foráneas, aparentemente, la garantía de los derechos deviene de los principios generales de la Constitución; (ii) la separación de poderes, postulada por Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, quien a su vez se basó en el modelo de *checks and balances* inspirado por Locke, aunque esto no es una discusión exclusiva de esa época, toda vez que había sido abordada en tiempos antiguos por Platón y Aristóteles¹⁶, quienes discutieron sobre los mecanismos que permitían poner límites al poder para garantizar la libertad de los ciudadanos; (iii) el principio de legalidad, consistente en que la administración no puede tomar medidas que desconozcan la ley (Villar, 2007), de lo cual se desprenden otros principios, tales como el de primacía de la ley y el de reserva legal, no solo referidos a la propiedad y a la libertad, sino a otros derechos, por ejemplo el de locomoción; (iv) el principio de garantía de los derechos fundamentales, cuya función primordial es imponer límites al Estado en preservación del individuo ante la arbitrariedad de las autoridades; (v) la seguridad jurídica y la protección de la confianza de los ciudadanos en el Estado, específicamente refiriéndose a la figura del legislador que expide normas precisas y a la de los jueces que realizan interpretaciones respetuosas de la ley, y en esa misma línea, el principio de irretroactividad de las leyes, el cual rige en el ámbito del derecho penal y protege a los ciudadanos para que no se les castigue *a posteriori* por un comportamiento que al momento de su realización no estaba prohibido (Mir Puig, 2011).

En la última fase, el Estado *liberal* de derecho transita hacia el Estado *social* de derecho, surgido como un elemento dentro de una transformación más amplia de constitucionalización y

¹⁶ Platón, con un enfoque realista, expone en *Las leyes* sus postulados teóricos en torno a la organización política y social de su tiempo. Por su parte, Aristóteles en el libro II de la *Política* se encarga de analizar y criticar las teorías aceptadas y las constituciones materiales prestigiosas de su época. Siguiendo a Hermosa (2014) se tiene que “el centro común en el que convergen las líneas de las diversas críticas parciales, que es a la vez el problema que está en el centro de la reflexión política aristotélica, lo constituye la cuestión de la conservación de la polis” (p. 39).

democratización, conocida como *la quinta ola de transformación*¹⁷, tras el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando se incorporaron de manera definitiva los fines sociales al Estado (Marquardt, 2018).

Hasta este punto se hizo un seguimiento de la evolución histórica de los diversos modelos estatales previos a la formulación del Estado social de derecho, como forma de apreciar las grandes transformaciones y cambios en cada etapa constitucional que vienen a fundamentar los necesarios avances propios del juez penal en nuestra época. Procedemos entonces a continuación a realizar una caracterización más específica de este modelo de Estado.

1.2. Caracterización del Estado social de derecho

Con respecto a este modelo particular, es preciso señalar inicialmente que su formulación dogmática se atribuye al jurista alemán Hermann Heller, quien en 1933 consignó el concepto en su obra *Staatslehre* para reflejar la diferencia entre un Estado sujeto al derecho y una dictadura, además de señalar que el Estado de derecho por sí solo resulta insuficiente para efectivizar el principio de la igualdad, dado que el legislador no suele tomar en consideración las relaciones de poder, lo que en la práctica se traduce en que el derecho termina por favorecer a quienes más lo detentan. Por el contrario, en el Estado *social* de derecho sí se tienen en cuenta estas relaciones de poder y las desigualdades inherentes a ellas, promoviendo de este modo una igualdad legal real (Villar, 2007).

Ahondado en la noción de Estado social, Heller (1974) explica que el sentido del Estado se encuentra en sus obligaciones con sus asociados, y en la misión que tiene que cumplir como factor de conexión de la actividad social. Esto significa, en sentido estricto, brindar a la comunidad el bienestar y las garantías necesarias para una convivencia armoniosa y justa.

¹⁷ Marquardt (2018) identifica las siguientes olas de constitucionalización, previas al establecimiento del Estado social: i) entre 1776 a 1825, ola que es calificada de transformación originaria y ubicada principalmente en las Américas con sus procesos de independencia; ii) entre 1848 a 1865, correspondiente al “alto liberalismo americano y europeo” (p. 455); iii) entre 1870 a 1911, atinente al “alto nacionalismo” (p. 459); y iv) entre 1917 a 1940, con el modelo constitucional socialdemócrata. Cabe indicar que el análisis de este autor no se agota en el Estado social, toda vez que identifica otras olas de democratización y constitucionalización, posteriores, por supuesto, a la mencionada quinta ola. No obstante, esta tesis se centra fundamentalmente en este modelo de Estado, por ser el acogido en la Constitución Política de 1991 en su canon 1, convirtiéndose por esta vía en la piedra angular del ordenamiento jurídico colombiano.

Aunque Alemania constituye el lugar origen de la construcción teórica del Estado social de derecho, fue Francia el primer país que, tras la Segunda Guerra Mundial, de manera explícita incorporó la fórmula de *Estado social* en su Constitución de 1946¹⁸, retomándola con posterioridad en su Carta de 1958¹⁹; igualmente, la República Federal de Alemania en el texto constitucional de 1949²⁰, artículo 20, inciso 1, estableció que Alemania era un Estado federal, democrático y social.

¹⁸ El 13 de octubre de 1946, se aprobó vía referéndum popular la Constitución de la Cuarta República Francesa, la cual determinó la estructura política del Estado, caracterizada por el reconocimiento amplio de los postulados del derecho del trabajo y de la previsión, y por un decidido rumbo socializante, siendo, hasta cierto punto, una Constitución socialista reformista.

¹⁹ La Constitución francesa de 1958 se formuló en el contexto de la grave crisis ocasionada por la situación de la guerra independentista de Argelia. Díez-Picazo (2008) refiere este contexto histórico en los siguientes términos:

Bajo el telón de fondo de la inestabilidad gubernamental, [y] el temor fundado de que se produzca un golpe de Estado [...], el presidente de la república, René Coty, decide llamar “al más ilustre de los franceses” a la jefatura del Gobierno. El general Charles De Gaulle, que estaba retirado de la política activa desde 1946, impone sus condiciones: plenos poderes durante seis meses para hacer frente a la crisis, y una reforma constitucional que ponga fin a lo que él considera defectos congénitos de la IV República. Ambas condiciones son aceptadas [...]; el 3 de junio es aprobada una ley de plenos poderes, en virtud de la cual se autoriza al Gobierno a legislar mediante ordenanza —es decir, mediante disposiciones gubernamentales con rango de ley— durante un período de seis meses; y, también el 3 de junio, es aprobada una ley constitucional que suspende transitoriamente la eficacia del art. 90 de la Constitución de 1946, precepto regulador de la reforma constitucional. En su lugar, esta ley constitucional de 3 de junio de 1946 prevé un diferente procedimiento de revisión de la Constitución, estableciendo además ciertas bases o condiciones a las que la revisión deberá sujetarse. (p. 21).

²⁰ A propósito de los orígenes y la vigencia prolongada de la Constitución alemana de 1949, Unger (2009) expresa que:

La Ley Fundamental o *Grundgesetz* entró en vigor el 23 de mayo de 1949 como la llamada constitución de la República Federal de Alemania, también conocida, en aquella época, como Alemania Occidental. [...] Esta Ley Fundamental fue originalmente considerada una constitución provisoria, pero desde entonces han pasado sesenta años; por tanto, lo que fue concebido como una solución temporal a los problemas de la época ha evolucionado de tal manera que hoy es considerada la constitución más liberal, exitosa y estable de la historia alemana. Este acontecimiento conlleva a algunas interrogantes: ¿En qué se basa este éxito? ¿Cuáles son las razones de la estabilidad y del reconocimiento de esta constitución?

Las causas son numerosas: entre ellas se encuentra el amargo recuerdo del Tercer Reich. Basándose en este momento histórico tan traumático para Alemania, se desarrolla el deseo de un estado socialdemócrata con énfasis en el estado de derecho. Otra razón que conlleva al éxito de esta constitución —aunque es una razón material mas no política ni jurídica— es el enorme avance económico que había logrado Alemania Occidental. Un aspecto aún más significativo que los anteriores es el enfoque a la protección y garantía de los derechos humanos que concede la Ley Fundamental alemana. El aspecto central de la Ley Fundamental es el ser humano. Las garantías conferidas en esta constitución, en relación a los derechos fundamentales de los seres humanos, han permitido el libre y protegido desarrollo de los intereses y habilidades de ellos. Un factor trascendental en este contexto ha sido que los derechos fundamentales otorgados mediante la Ley Fundamental han sido diseñados como derechos subjetivos exigibles en los tribunales independientes;

Por otra parte, Asensi (2014) establece una postura más amplia, cuando afirma que:

La fórmula de “Estado social y democrático de derecho” empezó a acuñarse a principios del siglo XIX de la mano de socialistas utópicos como Owen (1771-1858)²¹, coincidiendo con los momentos iniciales del movimiento obrero inglés. Su plasmación en los ordenamientos, sin embargo, no se materializó hasta la revolución de París de 1848, en el contexto de una grave crisis económica del capitalismo acompañada de un desempleo masivo. Adquirió entonces un contenido concreto: la reivindicación del derecho al trabajo. (p. 27)

A renglón seguido, expresa que la Constitución de Weimar (1919) fue el primer texto constitucional en incorporar asuntos del Estado social. Respecto a este tema, algunos autores identifican el Estado social con el Estado de bienestar. Ejemplo de ello es Agudo (2013), quien afirma explícitamente que “tras la Segunda Guerra Mundial se hace realidad, fundamentalmente en Europa Occidental, un modelo de Estado de derecho al que se conoce como Estado social o Estado del bienestar” (p. 19). Asensi (2014), por su parte, considera que esta identificación no es absoluta:

A menudo se emplean términos tales como “Estado social”, “Estado del bienestar”, “Sociedad del bienestar”, o simplemente “políticas sociales”, con un significado similar. En un sentido más preciso y técnico, sin embargo, la categoría de “Estado social” se debe reservar para designar un modelo constitucional que tiene características específicas. En el Estado social, el entramado mismo de la Constitución está configurado por principios y normas que regulan la vertiente social y colectiva del Estado. En cambio, cuando se habla de “sociedad del bienestar”, “Estado de bienestar”, etc., se está haciendo referencia, genéricamente, a la existencia de políticas públicas orientadas a satisfacer necesidades sociales, sin que tales políticas tengan su correlato en el ordenamiento constitucional. (p. 25)

es decir, que la protección de los derechos fundamentales va mucho más lejos que la mera formulación de principios generales o buenas intenciones. (p. 301)

²¹ Robert Owen (1771-1858), dedicó gran parte de su vida a establecer:

[...] proyectos para establecer un modelo ilustrado de organización industrial, con objeto de atenuar muchos de los problemas causados por la revolución industrial, sus experimentos de organización comunitaria como base de una regeneración internacional y sus planes para organizar un movimiento laboral británico, con un gran sindicato nacional unificado. Muchas de sus ideas fueron adoptadas y transformadas por partidarios, los “owenistas”, que creían que la estructura económica y social podía modificarse de conformidad con las leyes de la ciencia social. (Gordon, 1993, p. 279)

Como se verá más adelante, en la sentencia T-406 de 1992 la Corte Constitucional estableció que el Estado social goza de una dimensión cuantitativa, en tanto dentro del Estado de bienestar se realizan gastos y aportes en cifras a obras, y una cualitativa, por el reconocimiento de derechos fundamentales, entre los que se incluyen prerrogativas de carácter social. La primera de estas dimensiones tiene como génesis el Estado de bienestar, mientras que la segunda suele identificarse con el Estado constitucional democrático. De allí que se afirme que en el derecho nacional no existe total identidad entre el Estado social y el de bienestar, sino que este último es incorporado a aquel en su consagración normativa.

Respecto a la noción *social* del Estado, esta corresponde a un modo de organizar el poder político que exige la responsabilidad de los poderes públicos con miras a garantizar el bienestar básico y la protección de los ciudadanos, lo cual incluye la efectivización de los derechos sociales y la materialización de la igualdad entre los asociados, así como la conservación de la seguridad económica y la provisión de los servicios sociales; en síntesis, el Estado social se hace responsable de la *procura existencial* (Agudo, 2006).

Dicha concepción de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) fue empleada por primera vez en 1938 por el iuspublicista alemán Ernst Forsthoff²², como actualización de la idea de *servicios públicos* en el pensamiento legal de la Alemania de preguerra, y ha evolucionado con el tiempo para terminar refiriéndose a la actividad estatal de garantía de aquellas prestaciones que resultan para la subsistencia del individuo en las sociedades modernas, dados los cambios operados en las condiciones vitales y sociales actuales, como consecuencia de la transición hacia la sociedad industrializada (Magaldi, 2007)²³.

La exigencia de la procura existencial impone la responsabilidad al Estado de implementar los mecanismos en la sociedad que pongan en marcha todas las medidas necesarias para asegurarle a

²² En la advertencia preliminar de su obra, Sosa (2008) manifiesta que:

También Forsthoff, aunque su relevancia ha quedado acotada al mundo de los juristas, es un escritor constantemente revisitado y alguno de sus hallazgos, como es el caso de la *Daseinsvorsorge* (o procura existencial), se ha convertido en una expresión elevada a patrimonio común de legisladores, profesores o jueces. (p. 7)

²³ En la misma línea que Agudo, Magaldi señala en un artículo reciente que la obra de Forsthoff es considerada “como el trabajo que sienta las bases teóricas de la Administración prestadora en Alemania” (Magaldi, 2020, p. 150).

las personas las condiciones de existencia que por sí mismas no se pueden proveer (García Pelayo, 2005), esto, por supuesto, no desde la consideración de que las personas no pueden ser autonómicas, capaces de valerse por sí mismas, sino desde la comprensión de que, en un Estado industrializado, se requiere de contrapesos jurídico-sociales para evitar los inevitables desbalances de poder entre quienes poseen los medios de producción frente a las clases más desposeídas y desvalidas legalmente.

Así, junto con la categoría de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) aparecen otros dos conceptos que explican el rol del Estado en la sociedad industrializada. Frente a la tradicional administración estatal de intervención (*Eingriffsverwaltung*), se opone ahora la Administración prestadora (*Leistungsverwaltung*), que en sintonía con los procesos de industrialización y urbanización asume nuevas funciones, las cuales consisten en “garantizar las necesidades de apropiación del individuo que son imprescindibles para una existencia digna y adecuada en el nuevo contexto de una sociedad industrial” (Magaldi, 2020, p. 160). Justamente, estas funciones hacen parte de la responsabilidad jurídica de la Administración (*Daseinsverantwortung*) en su función prestadora. Aunado a lo anterior, se precisa que la procura existencial abarca a todos los ciudadanos:

[...] materializándose en una serie de prestaciones y medidas al hilo siempre de la concreta coyuntura económica y social. Este nuevo campo de acción lleva a que el Estado abandone su actitud pasiva —típicamente liberal— con el objetivo de regular y orientar el proceso económico. (Agudo, 2013, p. 21)

Esto significa que el Estado asume un rol innovador, caracterizado por una mayor acción e intervención y una menor pasividad en la protección del individuo. Desde esta postura se desprende una nueva visión humanística²⁴, que diferencia contundentemente los fines del Estado

²⁴ Es preciso establecer que desde tiempos inmemoriales el derecho persigue fórmulas que aseguren la dignidad humana; así lo expresa Zaffaroni (2007):

Humanitas o la dignidad del ser humano, la centralidad de este como persona, el respeto a su esencia, es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre *humanitas*, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de este una persona, para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas. (p. 192)

liberal respecto a los del Estado social de derecho; este aspecto constituye uno de los planteamientos centrales de esta tesis, en la medida en que a partir de allí se proponen mayores posibilidades para el juez penal en Colombia de realizar aportes propios dentro de la política criminal.

Otra faceta de la concepción social del Estado corresponde a la incorporación de derechos sociales al ordenamiento jurídico, junto con los tradicionales derechos civiles y políticos, y a la implementación que se realiza de estos directamente en la Constitución Política (Villar, 2007). Sin embargo, la denominación social no se agota con dicha incorporación, sino que requiere que la configuración total del aparato estatal se piense a favor de la idea del Estado social, a partir del reconocimiento inicial y la garantía efectiva de los derechos fundamentales (García Pelayo, 2005).

Ahora bien, frente a las características principales del Estado social de derecho, es preciso indicar que existe una complejidad correlativa entre el sistema político y las demandas sociales, junto con las prestaciones a cargo del Estado para satisfacerlas, correlación que se expresa a través del conflicto social²⁵. Dicho conflicto social, originario del modelo de Estado aquí caracterizado, se identifica con las tensiones existentes entre los dueños capitalistas de los medios de producción y la clase obrera trabajadora; sin embargo, con el transcurrir de los años no solo se atienden las tensiones de clase, sino que también son escuchadas las demandas sociales de sectores nuevos y diversos. En ese sentido, el conflicto en el Estado social ha experimentado una evolución conceptual:

En una primera fase, la ampliación de la base social del Estado, consecuencia del crecimiento urbano derivado de la industrialización, produjo la aparición de los grandes partidos de masas y organizaciones sindicales. A partir de la Segunda Guerra Mundial aparece una segunda fase en ese proceso, caracterizado por una diversificación más compleja y fragmentada de la sociedad. Los antagonismos sociales no se expresan ya solo a

En esa misma medida, esta tesis parte de la concepción de que el Estado social de derecho, en la historia del constitucionalismo patrio, viene a ser la fórmula política que en mayor medida salvaguarda la dignidad humana de todos los asociados.

²⁵ Este fenómeno es reconocido por el constitucionalismo social y es en efecto constitucionalizado:

Si el constitucionalismo liberal se asocia en Europa a una Constitución que separa la sociedad del Estado, el constitucionalismo social, basado en el pacto capital-trabajo, reconoce en cambio que, dentro de los límites delimitados por el citado pacto, el conflicto es consustancial a esta forma de Estado. (Asensi, 2014, p. 32).

partir de identidades vinculadas a conflictos de clase, como en la etapa anterior, sino en la proliferación de intereses específicos y particulares, capaces de condicionar, no obstante, los procesos de decisión públicos con creciente eficacia. (Asensi, 2014, p. 32)

En esta forma de Estado vinculado a la sociedad, una de las consecuencias más notorias es la interrelación entre ambas partes, con el primero regulando las dinámicas sociales de la segunda en aras de conseguir ciertos objetivos, por ejemplo, brindar seguridad social y económica, disminuir la desigualdad y reducir la pobreza (Agudo, Rascón y Salazar, 2003). Por supuesto, para que dicho objetivo se realice de manera armónica es necesario que dicha interrelación se configure mediante un modelo *consensual*, es decir, que se base en y potencie el acuerdo y el consenso como elementos necesarios para que la acción política sea realmente efectiva (Lijphart, 1987).

Lo anterior significa que el Estado ejerce tareas de configuración social para cumplir con sus obligaciones (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, 2001), las cuales están contenidas en una norma que las define y que hace que este postulado sea de obligatorio cumplimiento. Así lo expresa Agudo (2013), al referirse a la protección multinivel del Estado social:

[...] la cláusula del Estado social ha de interpretarse como una norma definidora de fines del Estado, que obliga al legislador a actuar en términos de configuración social. La idea fundamental de la cláusula del Estado social propone, pues, que el bien común no resulte automáticamente de la libre concurrencia de las fuerzas sociales y de los individuos, sino que el mismo requiere que el Estado, con su autoridad, arbitre una compensación de intereses. En este sentido, el Estado social ha de perseguir una justicia diferenciadora en función de criterios, objetivos y necesidades sociales. (p. 20)

Además de caracterizarse por ser un sistema en el cual la sociedad goza de bienes y servicios, también esta “toma parte activa, a través de sus organizaciones, en las decisiones del Estado, en sus políticas redistributivas, y de todos los servicios que presta” (Rodríguez e Ibarra, 2009, p. 10). De allí que el fomento a la cultura, el respeto por el medio ambiente y la participación de la ciudadanía

en las cuestiones que más le preocupan se contemplen también como aspectos integrantes de un Estado social, democrático y de derecho²⁶.

Retomando la idea de conflicto social en el marco constitucional, no solo este resulta reconocido por la Constitución, sino que también es garantizado normativamente a través de tribunales constitucionales, activos y vigilantes, como guardianes de esta Carta cardinal y de su catálogo de derechos fundamentales (Asensi, 2014). A este respecto, Salcedo (2015) anota en su estudio, a modo de introducción:

La garantía de los derechos fundamentales en nuestro moderno Estado constitucional se encuentra esencialmente asegurada a través de la inserción en la propia norma fundamental de un catálogo de derechos y libertades y a través del establecimiento y previsión de mecanismos de garantía de los mismos por parte de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional. (p. 2)

A su vez, Villar (2007) mantiene una opinión diversa en lo que atañe a la preponderancia de las Ramas del poder público, al señalar que “corresponde al Parlamento, legitimado democráticamente, recuperar esa función que le es propia y desarrollar adecuadamente el conjunto de disposiciones constitucionales atañaderas a la cláusula social” (p. 84).

En todo caso, una de las características fundamentales que no debe perderse de vista es que la fórmula *social* define una función esencial del Estado, exigiendo capacidades transformadoras y de adaptabilidad de la Constitución a las realidades sociales:

[...] lo cual se conseguirá normalmente mediante su desarrollo legislativo (debidamente interpretado por la jurisdicción ordinaria y eventualmente supervisado por la jurisdicción constitucional) y, de modo excepcional, a través de su reforma, entendida como mecanismo extraordinario de defensa del ordenamiento constitucional. (Jimena, 2017, p. 15)

²⁶ Esas facultades de carácter social se constituyen en verdaderos derechos fundamentales exigibles judicialmente y predicables de individuos concretos. Respecto a la tipología individual de estas prerrogativas fundamentales, Arango (2005) expresa que:

Los derechos sociales fundamentales pueden ser ejercidos individualmente en todo caso, por esto pertenecen a la subclase de los derechos individuales. El derecho a la alimentación solo puede corresponderle a un individuo. El derecho a la salud —en la forma de una atención mínima— recae en el individuo que está enfermo. (p. 87)

En consecuencia, la presente investigación fija principalmente su enfoque en la jurisdicción ordinaria, esto es, en el juez penal colombiano, a quien la fórmula social del Estado le dota de una capacidad de transformación y de un margen de acción mucho más amplio frente a la realidad de la sociedad, sobre todo con una mayor autonomía soportada en la Constitución para adoptar decisiones que protejan derechos fundamentales²⁷.

Ligado a lo anterior, uno de los planteamientos centrales de esta tesis es el rol central que cumple el juez penal en la efectivización de los derechos fundamentales²⁸. Como sustento de esta postura, Fiss (2007) señala que dentro del proceso de adjudicación el juez tiene como función primordial otorgar significado y expresión concretos a los valores públicos que aparecen expresados y resguardados en el derecho²⁹. Bajo esta óptica el derecho, más que un compendio de normas, viene

²⁷ Aquí se considera que el juez, tanto en función de control de garantías como en función de conocimiento, no solo cumple la función de aplicar la ley penal sustancial y procesal, sino que su papel es más importante aún, en la medida que es llamado a optimizar los derechos fundamentales a través de un ejercicio hermenéutico de *ponderación*, tema cuyo estudio corresponde al capítulo 2. Por ahora, se recuerda que la ponderación constituye uno de los criterios moduladores de la completitud de la actividad procesal, al tenor del artículo 27 de la Ley 906 de 2004, al cual se ha de ceñir el servidor público a fin de evitar excesos contrarios a la justicia.

²⁸ Otro planteamiento central es que, aunque existen tres representantes de la Rama Judicial con asiento en el Consejo Superior de Política Criminal —el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, el Presidente de la Sala de Casación Penal y el Fiscal General de la Nación—, se considera que hay un desfase entre las decisiones judiciales y la política criminal, dado que las pautas judiciales que optimizan derechos fundamentales no son en general tomadas en consideración en su contenido por este órgano asesor, cuyos lineamientos datan desde 2012, además de su actualización reciente en 2018.

En consecuencia con lo anterior, se dejan de lado muchas veces medidas que efectivizan prerrogativas iusfundamentales, en situaciones que trascienden el caso concreto y hunden sus raíces en problemáticas estructurales y crónicas, verbigracia, las libertades individuales y el hacinamiento carcelario, la violencia de género y los fenómenos de la corrupción.

²⁹ En este punto se hace necesario realizar dos acotaciones importantes respecto a la teorización de este autor: en primer lugar, su propuesta gira en torno al modelo de “reforma estructural”, cuyo énfasis es el mandamiento judicial (*injunction*), el cual replantea la estructura de las partes en el litigio, pasando de un carácter individualista a uno basado en grupos sociales. En segundo lugar, presenta sus reservas en cuanto a la efectividad del derecho penal para garantizar los derechos humanos, cuando expresa que:

[...] cualquier progreso en materia de protección de los derechos humanos tiende a medirse, casi exclusivamente, en términos de la puesta en marcha de la jurisdicción penal. Sin embargo, la experiencia de los Estados Unidos durante la época de los derechos civiles, en la cual se dio primacía al mandamiento judicial y este fue replanteado en términos estructurales, podría ofrecer razones para dudar de esta tendencia. (Fiss, 2007, p. 18)

Con todo, esta investigación acoge parcialmente la postura de este autor, en tanto reconoce que el juez es el encargado de dotar de significado los valores públicos, especialmente los contenidos en la Constitución y demarcados por la fórmula de Estado social de derecho. Además, se considera que el juez penal tiene la plena capacidad para efectivizar los derechos fundamentales, justamente cuando acude al texto constitucional y actualiza sus postulados al caso concreto, más allá de la aplicación de la sanción penal.

a ser la manifestación de la *razón pública*, constituyéndose como factor estructurante de la vida en común.

Finalmente, respecto a la función pública como elemento del Estado, esta requiere para su realización de una burocracia profesionalizada y estable (Asensi, 2014), maquinaria estatal que se considera necesaria para asegurar la prestación de servicios públicos³⁰. Aunque inicialmente aparece como característica de los modelos europeos, lo cierto es que dicho elemento se hace extensible a Constituciones como la colombiana, cuando establece los principios esenciales de la función pública:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (Const., 1991, art. 209)

Si bien el objeto de esta norma constitucional es proyectar esa protección que impulsa el Estado social de derecho, de cualquier modo, los pobres resultados que se observan en términos de eficacia dentro de la justicia penal —punto de análisis en esta investigación— reflejan otra realidad, tema del cual se hará un tratamiento en extenso más adelante, en el capítulo cuarto, respecto a la desconexión existente entre los jueces con la función pública, al menos en materia de política criminal.

Concluyendo, la caracterización del Estado social de derecho como concepto general, desde su construcción histórica y sus planteamientos teóricos, nos permitió determinar cómo su surgimiento obedece a varias batallas sociales y políticas que permiten entender el ámbito de acción del funcionario público —en este caso el juez penal— como constructo derivado de ello, lo cual se traduce concretamente en la necesidad de que este tenga más presente los postulados establecidos en el artículo 2 superior al momento de adoptar sus decisiones³¹. En el siguiente apartado se pasará

³⁰ En similar sentido, Marquardt (2018) expresa que la incorporación de los fines sociales requirió un enfoque exigente respecto al derecho administrativo, y de un aparato burocrático presto a cumplir su compromiso con sus usuarios.

³¹ Dada la relevancia de su contenido, reproducimos aquí íntegramente el texto del mencionado artículo:

ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la

entonces a revisar el modelo de Estado social de derecho propio a la luz de la Constitución de 1991, profundizando en las notas esenciales de nuestra experiencia nacional, a fin de ir delimitando el contexto de resolución del problema objeto de investigación.

1.3. El Estado social de derecho en la Constitución Política de 1991

En el ordenamiento colombiano, la proclamación del Estado social de derecho ha implicado una transformación profunda de las instituciones a causa del cambio de paradigma del ente estatal, en la medida en que ya no se concibe que el individuo esté en función de aquel, sino que es el Estado el que debe servir a sus asociados (Tobo, 1997).

Esta evolución fue reconocida por sentencias fundadoras de línea de la Corte Constitucional, como la C-479 de 1992, en la que se sostiene expresamente que la persona humana es el centro gravitacional del Estado social. Lo que hace relevante a esta decisión para la presente investigación, en cuanto a la fórmula constitucional, es la definición ontológica³² del país como Estado social de derecho, y el reconocimiento de tal fórmula como parte esencial de su estructura, que recoge los avances del modelo de Estado de derecho, pero enfatizando en la exigencia a las autoridades públicas, quienes deben asegurar las condiciones básicas de convivencia de las personas, “las cuales no son dádiva o merced que dispense el gobernante, sino verdadero derecho tutelado por la Carta Fundamental” (p. 38). Así, la intersección entre ambos modelos (social y de

Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

³² En relación con este concepto, otra sentencia contemporánea expresa textualmente que: “El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser” (Corte Constitucional [CC], T-406, 1992, p. 7). Por su parte, sobre la labor de desentrañar la estructura ontológica del derecho, Bernal (2013) señala que la tarea fundamental que puede adscribirse a la teoría del derecho es el esfuerzo de explicar su propia ontología, o más comúnmente, su naturaleza. De todo lo anterior se entiende que, cuando se habla de ontología del Estado y del derecho, se refiere a su naturaleza, a sus elementos esenciales, a sus componentes, sin los cuales tanto el uno como el otro dejarían de ser lo que en esencia son.

derecho) se produce en torno a la seguridad jurídica que brinda el principio de legalidad (uno de los bastiones del Estado de derecho) y a la efectivización de los derechos fundamentales vinculados a la Constitución como orientadores de la acción estatal.

Al respecto, Ramírez (2019) afirma que, por antonomasia, el Estado social y democrático de derecho es el modelo que protege y garantiza las prerrogativas fundamentales, por cuanto estas constituyen su pilar fundamental. Dichos derechos gozan de una configuración dual: por una parte hacen parte del derecho objetivo, al estar consagrados en el texto constitucional como orden imperativo; por otra, en términos prácticos se traducen en derechos subjetivos en cabeza de los asociados, quienes cuentan con mecanismos para hacerlos efectivos.

La referida exigencia a las autoridades públicas hace alusión a la *legitimidad por eficacia* (Pinilla, 2002), especialmente consagrada en el artículo 2 constitucional, según la cual uno de los fines esenciales del Estado es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, prescripción normativa que obviamente compromete al juez penal en su actividad jurisdiccional³³.

Así pues, uno de los postulados nucleares del accionar estatal es la *eficacia*, la cual se precisa en múltiples cánones constitucionales (artículos 2, 209 y 365³⁴, entre otros). La misma constituye un criterio relacionado con la calidad de la actuación de la administración en la consecución de los fines estatales:

[Es] una cualidad de la acción administrativa [...] en la que se expresa la vigencia del Estado social en el ámbito jurídico-administrativo [...]. En definitiva, la eficacia es la traducción [...] de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor

³³ Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha expresado que el principio de efectividad conmina al juez de tutela a determinar el medio más eficaz para la salvaguarda de los derechos fundamentales, obligación que en esta tesis se considera igualmente exigible al juez penal, como se verá en el siguiente capítulo. Así, en la sentencia T-533 de 1992 se señala que: “El principio de efectividad de los derechos fundamentales obliga al juez de tutela a definir, dentro del proceso, el medio más eficaz para promover su cumplimiento, máxime cuando la ley no lo contempla o lo hace de manera genérica” (p. 11).

³⁴ Respectivamente, el primero de ellos establece que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución, mientras que el segundo postula que esto un principio de obligatorio cumplimiento para quienes ejercen la función administrativa y el tercero lo propone como un objetivo en la prestación de los servicios públicos.

superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de “socialidad” del Estado. (Parejo, 1982, p. 143)

De lo anterior se deduce que la interpretación y aplicación de la ley penal y procesal penal están determinadas por la efectividad de los postulados superiores, lo que exige por parte del juez la realización de un ejercicio hermenéutico que no se reduzca a la letra de la norma, sino que parta de una lectura del clausulado legal a la luz de los cánones constitucionales.

Esta evolución hacia el Estado social ha creado entonces un escenario de *laboratorio constitucional*, desde el que se pretende aproximar el derecho a la sociedad, considerándose en esta tesis que cada paso en tal sentido aporta a la superación de lo que puede ser calificado como una falta de articulación entre la fórmula de Estado social de derecho y las condiciones reales del país actual (Pinilla, 2002).

Para el logro de este objetivo se parte del entendimiento de que “una simple declaración no puede transformar una nación económicamente dependiente y atrasada en un Estado de bienestar” (Estrada, Osuna y Sierra, 2004, p. 263), si bien al mismo tiempo se reconoce el papel fundamental del intérprete constitucional —que para esta tesis refiere no solo al Tribunal Constitucional, sino principalmente al juez penal— en la fijación de lineamientos para un adecuado ejercicio de la política criminal.

Esta aproximación ha sido reconocida desde sus albores por la Corte Constitucional, cuando pone de relieve la “íntima interconexión que se da entre la esfera estatal y la social” (C-566, 1995, p. 10). En este orden, la sociedad ya no se comprende como un espacio autorregulado e independiente, gracias a que el devenir histórico aludido más arriba ha puesto en evidencia la imperiosa necesidad de intervención estatal en el escenario social y económico, a fin de enmendar las disfuncionalidades presentes, “lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar —hasta cierto punto— las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida e interactiva relación entre lo público y lo privado” (p. 10).

En relación a ello, Habermas (1989) identifica la evolución de la esfera pública y su relación con el ámbito privado en las modernas democracias de masas dentro de los Estados de bienestar en los siguientes términos:

Con la extensión de la prensa y de la propaganda, [...] los conflictos que en el pasado habían sido relegados a la esfera privada ahora penetran en la esfera pública. Las necesidades de grupo, que no pueden ser satisfechas por un mercado autorregulado, tienden hacia la regulación del Estado. La esfera pública, que ahora debe mediar estas demandas, se convierte en un campo para la competencia entre intereses, competencia que se manifiesta de la forma más cruda como simple y llana confrontación. Las leyes, surgidas obviamente como resultado de la “presión de las calles”, escasamente pueden continuar entendiéndose como producto de un consenso alcanzado en la discusión pública entre personas privadas; corresponden, de forma más o menos evidente, a los compromisos entre los intereses privados que están en conflicto. (p. 4)

Esta variación en la concepción de las relaciones sociales alude a la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, tomando en consideración las relaciones de poder ínsitas en el intercambio social para corregir las desigualdades materiales entre los asociados. Esto quiere decir que junto a la eficacia vertical, entre el Estado y la persona, se acoge además la eficacia horizontal entre personas, de modo que los derechos fundamentales vinculan todo el ordenamiento jurídico, proyectándose incluso a nivel privado (Uprimny, 1996).

Así, desde su primer lustro de funcionamiento³⁵, y en sintonía con la cláusula social y el cambio de paradigma que se produjo a raíz de la promulgación de la Carta Política de 1991, la Corte

³⁵ Tan solo en dicho periodo la Corte Constitucional dictó al menos treinta sentencias que responden al término de búsqueda “Estado social de derecho”: T-401/92, T-406/92, T-426/92, C-449/92, T-493/92, T-505/92, T-533/92, C-561/92, T-571/92, C-587/92, T-102/93, T-180/93, T-394/93, T-414/93, C-089/94, T-015/95, T-113/95, C-151/95, A.V. C-194/95, C-225/95, T-271/95, T-309/95, C-328/95, C-367/95, T-377/95, C-398/95, T-477/95, C-566/95, C-261/96, C-991/00. Recuperado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=%22estado+social+de+derecho%22&campo=%2F92&pg=0&vs=0>

En el ámbito penal llaman la atención las siguientes providencias:

1. Sentencia T-401 de 1992 [M.P. Cifuentes Muñoz]. La Corte se pronunció sobre el caso de tres reclusos que eran inimputables incurables y que estaban abandonados a un anexo penitenciario cuyas condiciones eran bastantes precarias. Dadas las circunstancias de reclusión, la Corporación determinó que aunque la pena impuesta inicialmente era lícita, se terminó convirtiendo en una sanción cruel y degradante y, por ende, inconstitucional al tenor del artículo 12 superior.

Igualmente, se señaló que a los reclusos les fue arrebatada su dignidad humana y que “tratándose de enfermos incurables, la autodeterminación y la posibilidad de gozar de la existencia no les puede ser negada y ellas son las que resulten más adecuadas y ajustadas a su disminuida condición física y mental” (p. 9). Además, las especiales características del inimputable los ubican en la población con afecciones físicas, sensoriales y psíquicas, que exigen un trato de “especial consideración, respeto y atención”, según el artículo

Constitucional ha venido profiriendo decisiones que resultan ser un claro ejemplo del creciente proceso de *constitucionalización* en la sociedad colombiana (Rodríguez, 1998)³⁶.

Respecto al origen y delimitación conceptual del Estado social de derecho, se señala en la sentencia T-406 de 1992 —una las sentencias fundadoras de línea y por ello fuente de derecho del mencionado laboratorio constitucional— que el término *social* no debe ser entendido meramente como una muletilla añadida³⁷, toda vez que “una larga historia de transformaciones institucionales

47 de la Constitución Política, en el cual se promulga el respeto a la dignidad humana y la solidaridad, pilares del Estado social de derecho.

2. Sentencia C-587 de 1992 [M.P. Angarita Barón]. La Corte adelantó el examen de constitucionalidad del artículo 279 del Decreto 100 de 1980, anterior Código Penal, el cual tipificaba el punible de tortura física o moral. En lo que atañe a la aproximación al Estado social de derecho, en la providencia se expresó que su génesis se identifica con la Constitución de Weimar, pero surge de manera definitiva a partir de 1945 y funda sus raíces “en la protección del hombre concreto, teniendo como base a los derechos fundamentales y reconociendo una necesaria intervención en la sociedad para procurar la igualdad, la libertad y la autonomía real del sujeto” (p. 9).

3. Sentencia C-261 de 1996 [M.P. Martínez Caballero]. Estudio sobre la constitucionalidad del tratado suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela en relación al traslado de personas condenadas al país de origen. En este caso se determinó que el acuerdo, más allá de constituir un mecanismo de cooperación entre países, tiene como fin primordial beneficiar la resocialización de los condenados, respetando los derechos fundamentales de los reclusos. En consideración de la Corte:

Esa finalidad del tratado armoniza plenamente con la Carta, no solo por cuanto Colombia está comprometida a promover la cooperación internacional y la integración latinoamericana y del Caribe (Const., Preámbulo y arts. 9, 226 y 227), sino además por cuanto en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (Const., art. 1), la ejecución de las penas debe tener una función primariamente resocializadora. (p. 17)

³⁶ Como ejemplo del interés interdisciplinar que ha suscitado este proceso y su relación con las decisiones de la Corte Constitucional, el autor continúa refiriendo que:

[...] los pronunciamientos de la Corte sobre las relaciones familiares y los conflictos de género han generado un debate sociológico importante; las sentencias sobre los estados de excepción han hecho evidente la tensión entre razón de Estado y constitucionalismo y, por esto, han interesado a la ciencia política; los fallos sobre los derechos de los grupos indígenas han llamado la atención sobre las facetas jurídica, antropológica y ética del multiculturalismo; las decisiones sobre el concepto de derecho y la interpretación del derecho, en fin, han vinculado las discusiones de la filosofía del derecho con la práctica constitucional. (Rodríguez, 1998, p. 257)

³⁷ La sentencia C-479 de 1992 apunta en el mismo sentido, al indicar que:

Siendo parte de la definición del Estado, el término “social” no puede ser visto como algo intrascendente o residual, sino como un concepto cuyo contenido debe reflejarse en la actuación de los poderes públicos y muy especialmente en las previsiones del legislador en materias que, como el trabajo, tienen hondas repercusiones en el desenvolvimiento de la vida comunitaria. (p. 38)

Otro tanto acontece con la C-566 de 1995, cuyo numeral 2 concluye que:

En suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático. (p. 11)

en las principales democracias constitucionales del mundo está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto” (p. 8).

De esta forma resulta claro por qué, aunque en un inicio la cláusula de Estado social de origen foráneo fue descalificada por los iuspublicistas, quienes la acusaban de una supuesta vacuidad (Benda et al., 2001), contemporáneamente se configura como una norma sustantiva sin precedentes comparables en el derecho interno (Urueta, 2004).

Ahora bien, en torno a ello, y retomando el concepto de la incidencia del Estado social en la organización sociopolítica, se mencionó anteriormente que existe para el mismo una dimensión cuantitativa y otra cualitativa. De acuerdo con la mencionada sentencia T-406 de 1992 —el primer fallo que aludió a estas dos dimensiones—, si bien esta delimitación no es tajante, su complementariedad es algo a ser tenido en cuenta. En otras palabras, tal y como lo manifiesta Urueta (2004), la perspectiva cuantitativa aparece centrada en las políticas estatales, mientras que la cualitativa se enfoca en los postulados del Estado constitucional³⁸.

Respecto a la manera como surge cada una de estas dimensiones, se establece que:

- a. El Estado de bienestar surgió a principios de siglo [XX] en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las Revoluciones rusa y mexicana y las innovaciones adoptadas durante la

³⁸ Al respecto, la sentencia C-566 de 1995 hace una referencia implícita a la dimensión cuantitativa del Estado social, a propósito de la importancia de la política social en la actuación estatal:

El Estado social de derecho no es ajeno a las condiciones de vida de los estratos más pobres del país. De hecho, su origen histórico está unido a las políticas sociales que en los sistemas políticos de Occidente se dictaron con miras a paliar sus efectos. En la actualidad, lo que se propone con esta forma típica de configuración estatal va más allá de una mera actuación episódica o coyuntural, como quiera que la política social asume un más amplio espectro y de ella se sirve deliberada y permanentemente el Estado para inducir cambios de fondo dentro del sistema económico y social. (p. 10)

La misma sentencia también detalla el contenido de la dimensión cualitativa del Estado social, al explicar que este diseño se cimienta sobre la libertad, la igualdad y la seguridad, en sintonía con la integración social. Bajo estos postulados, la acción del Estado no se limita al asistencialismo, sino que demanda el aseguramiento de los derechos prestacionales, los cuales son comprendidos como:

[...] fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que estos puedan contar con una capacidad real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades. (p. 10)

república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como [aquel] que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política. (CC, T-406, 1992, p. 8)

Desde esta perspectiva resulta evidente la notoria complementariedad de ambas dimensiones, la cual aparece determinada por el principio de igualdad y su consecuencia necesaria: la garantía de los derechos sociales y económicos a través de la prestación de servicios públicos. En armonía con lo precedente, el diseño de un Estado social es materializable gracias a su contenido ético, orientado a la garantía de un mínimo existencial y de igualdad de oportunidades (Valderrama, 2013).

Por lo mismo, uno de los aspectos más trascendentales del Estado social de derecho es que en este modelo las prerrogativas sociales ya no son meras aspiraciones, sino verdaderos derechos subjetivos determinados por la prestación positiva fáctica del Estado. Son derechos subjetivos en cuanto consagran posiciones normativas en cabeza de sujetos de derecho, es decir, tejen relaciones exigibles institucionalmente, pero además requieren en mayor grado el despliegue de acciones positivas por parte del Estado, con miras a asegurar su efectividad (Arango, 2005).

El principio de igualdad cobra aquí un nuevo sentido en relación con dichos derechos de estirpe social, puesto que ya no atiende a un concepto meramente formal —como sucedía antaño en el Estado de derecho—, sino que exige la concreción de su contenido material, a fin de enmendar las desigualdades sociales, promover la participación y garantizar el goce de los derechos fundamentales, especialmente de aquellas poblaciones en condiciones de vulnerabilidad. De este

modo, el Estado social pretende “realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional” (Alemán y Amorocho, 2011, p. 72).

Entrelazado a este apotegma de igualdad se encuentran los derechos de participación de las personas en las decisiones que impactan su vida en ámbitos económicos, políticos y administrativos, entre otros, prerrogativas que se condensan en el principio democrático “gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad” (CC, C-566, 1995, p. 11).

Obsérvese cómo las aproximaciones presentadas hasta aquí han generado en el derecho cambios sustanciales, con creación jurídica y aportes cualitativos, toda vez que se está ante una nueva forma de interpretarlo³⁹, precisada magistralmente por la misma Corte Constitucional como “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” (T-406, 1992, p. 8).

Esta nueva visión del derecho, y del modo como es interpretado, implica un rol distinto de los jueces penales, toda vez que estos en sus providencias están encargados de materializar los postulados superiores, garantizando la libertad y los derechos de las personas a través de la

³⁹ Una de las decisiones más elocuentes sobre este cambio en la interpretación del derecho la constituye la sentencia C-221 de 1994, sobre el estudio de constitucionalidad del literal j) del artículo 2 y del artículo 51 de la Ley 30 de 1986, preceptos que definían y sancionaban tanto el consumo como el porte de la dosis de uso personal, respectivamente. Aquí se expusieron tres posturas hermenéuticas, a saber:

- 1). Se trata de un mero deseo del Constituyente, llamado a producir efectos psicológicos que se juzgan plausibles, pero en modo alguno generador de un deber jurídico genérico, susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal.
- 2). El Estado colombiano se asume (en tanto que sujeto pretensor) dueño y señor de la vida de cada una de las personas cuya conducta rige y, por eso, arrogándose el papel de Dios, en la concepción teológica, prescribe, más allá de la órbita del derecho, comportamientos que solo al individuo atañen y sobre los cuales cada persona es dueña de decidir.
- 3). Toma en consideración las consecuencias, frente a otros, de la conducta individual y por esa razón la hace objeto de regulación jurídica, v.gr.: la situación de desamparo en que puede quedar la familia del drogadicto; la privación a la comunidad de una persona potencialmente útil; el peligro que para los demás puede entrañar la conducta agresiva desatada por el consumo de las sustancias indicadas en la ley. (p. 12)

Tras el análisis de constitucionalidad, la Corte concluyó que la única interpretación acorde con la Constitución Política es la primera postura, conforme con la cual “solo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos pueden ser jurídicamente exigibles” (p. 15).

seguridad jurídica, a la par que evitan las actuaciones caprichosas y arbitrarias. Aunado a ello, “las decisiones judiciales tienen que ser justas porque deben contribuir a obtener una sociedad también pacíficamente justa, lo cual como doctrinariamente se ha insistido es difícil y algunas veces incompatible con la mayoritaria voluntad” (Guarín, 2017, p. 55).

Sin embargo, la interpretación de la norma a cargo del juez penal no es tarea fácil, en la medida que las disposiciones consagradas en la Carta Política son normas de textura abierta, a la vez que inevitablemente surgen conflictos normativos y antinomias a causa de la proliferación de principios, valores y derechos que responden a los diversos intereses inmanentes en las sociedades pluralistas. Por tanto, el ejercicio hermenéutico es vital para la completitud de funcionarios judiciales, toda vez que “la interpretación constitucional se ha vuelto el eje de la interpretación jurídica en general, así como en el pasado ese papel nuclear correspondió al derecho civil” (Rodríguez y Uprimny, 2008, p. 151).

En línea con lo anterior, en el Estado social de derecho el juez penal adquiere un peso preponderante en sus relaciones con el Legislativo y el Ejecutivo, ya que a través de sus decisiones actualiza las normas constitucionales en relación con la ley y la facticidad, de modo que su interpretación dota de eficacia el texto superior al tiempo que coadyuva en la creación del derecho⁴⁰ “a partir de la construcción de herramientas discursivas que permitan fortalecer la cultura política y lograr un mayor engranaje entre los actores de la sociedad civil y las acciones encaminadas a implementar políticas públicas en beneficio de la comunidad” (Nieves, 2013, p. 19).

Así pues, el papel del juez penal en el Estado social de derecho resulta entonces protagónico en la tramitación de las tensiones sociales, en la medida en que se lo concibe como portador institucional

⁴⁰ En lo que respecta a las fuentes que están en el origen del derecho, el ordenamiento colombiano acoge una posición *monista* cuando establece en el inciso 1 del artículo 230 superior que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, reduciendo de este modo las fuentes a la ley (Serrano, 2007). Obviamente, se comprende que en virtud del principio constitucional de separación de poderes, el juez no está facultado para crear leyes, labor que está encomendada al Congreso de la República según se desprende del artículo 150 de la Constitución. Sin embargo, es indudable que los magistrados de las Altas Cortes sí crean derecho a través de la jurisprudencia que profieren, la cual, pese a ser calificada como criterio auxiliar en el inciso 2 del mencionado artículo 230, debe ser consultada por los jueces bajo dos supuestos: de un lado, de manera obligatoria cuando se trata de sentencias de constitucionalidad, puesto que estas fijan el sentido y alcance de las normas sometidas a su examen, de modo que es dable afirmar que la *ratio* se integra a la ley; de otro lado, en salvaguarda del principio de igualdad debe seguirse el precedente vertical y horizontal, a menos que se decida expresamente apartarse de este y se argumenten los motivos de la variación.

del interés general (Tobo, 1997), y se relaciona directamente con la dinámica dilucidada párrafos arriba entre derecho y sociedad, según se entiende que:

En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema —planteado ya por Aristóteles— de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta **intervención no se manifiesta solo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad**, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica. (CC, T-406, 1992, p. 9)

En síntesis, la revisión del modelo de Estado social de derecho, a la luz de la Constitución Política de 1991 y sus principales rasgos, permite identificar a la persona humana como el centro gravitacional del Estado social de derecho; no obstante, se constata que la interpretación constitucional relacionada con principios, valores y derechos a su favor no es una labor sencilla, razón por la cual se hace necesario considerar diversos pronunciamientos jurisprudenciales de gran importancia para poder realizar un análisis en profundidad sobre el papel de los derechos fundamentales del individuo, tema que será abordado a continuación.

1.4. Raigambre superior de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho

La tesis que se desarrolla propone caracterizar especialmente al juez penal como un funcionario que efectiviza derechos fundamentales a través de sus decisiones, en la perspectiva de establecer pautas que contribuyan a la construcción de política criminal, toda vez que es a partir de las realidades que él observa que se desprenden las distintas posibilidades de acción social, incluyendo el tema de protección y efectivización de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos; de ahí la importancia de reconocer los diferentes enfoques de optimización de tales prerrogativas.

En este escenario, la dignidad humana, en su triple condición de derecho, principio y valor autónomo de raigambre constitucional (CC, C-253, 2019), se configura como elemento

programador de la Constitución democrática, en tanto: “Los derechos fundamentales tienen un sentido propio expresado en su ámbito y contenido, pero también un sentido en su relación de conjunto con el sistema de derechos constitucionalmente establecido y que influye en la concreción de ese ámbito y contenido” (Bastida, 2005, p. 52).

Asimismo, autores como Fernández (2004) y Ferrajoli (2007) realizan intentos de enunciar los derechos fundamentales en tanto necesidad de una sanción positiva⁴¹, de modo que los derechos no adscritos a una norma, sea Constitución o código, no pueden ser reconocidos como fundamentales⁴². Desde esta perspectiva, el énfasis principal gira en torno a la demostración del origen de los derechos, intentando esclarecer cómo aparecen y cómo se incorporan en las sociedades organizadas, pues solo en la medida en que se articula la política criminal desde lo estatal:

⁴¹ Sobre la condición de los derechos fundamentales contenidos en una norma jurídica positiva, Ferrajoli (2014) propone una definición teórico-estructural:

[...] son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. Esta definición es una definición teórica en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo. (p. 19)

⁴² Esta aserción debe ser matizada, en atención a que la dogmática jurídica reconoce la validez de los derechos innominados, categoría que es explícitamente aceptada en el artículo 94 de la Constitución colombiana, cuando dicta: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”; se refiere aquí a aquellos derechos no positivizados que son aun así reconocidos como fundamentales “por estar inmersos en el ámbito de amparo de principios constitucionales” (Aguilar, Bermúdez y Hernández, 2018, p. 122).

Por ejemplo, en sentencia reciente, la Corte se pronunció sobre el carácter fundamental e innominado del derecho a la seguridad fundamental:

1. A pesar de que no está previsto por la Constitución Política como tal, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 94 *ibidem*, la seguridad personal es un derecho fundamental, habida cuenta de su intrínseca relación con la dignidad humana y con derechos como la vida y la integridad personal, así como con el deber general de protección de las personas y de sus derechos a cargo del Estado, entre otros. Del mismo modo, la Corte ha reconocido que la naturaleza *iusfundamental* del derecho a la seguridad personal también se deriva de su expreso reconocimiento por parte de instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad en estricto sentido, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 3), entre otros. (CC, T-411, 2018, p. 27)

[...] no solamente en el plano axiológico, propio de la filosofía política, sino también en el fenomenológico, de la historia y de la sociología jurídica, podemos identificar en el sufrimiento y en el dolor el fundamento y el origen de los derechos humanos. Ninguno de estos derechos ha caído nunca desde arriba, como graciosa concesión. Ninguno de ellos ha sido nunca el producto de simples teorizaciones de escritorio. Todos —desde la libertad de conciencia hasta la libertad personal, desde los derechos sociales hasta los derechos de los trabajadores— han sido el fruto de luchas y revoluciones alimentadas por el dolor, es decir por opresiones, discriminaciones y privaciones precedentemente concebidas como “normales” o “naturales”, que en un cierto punto se vuelven intolerables. (Ferrajoli, 2007, p. 200)

De este modo, la defensa de los derechos no se reduce al solo reconocimiento de la dignidad humana, ya que se hace necesario además positivizarla, teniendo al Estado como garante primario respecto al cumplimiento y protección de tales derechos fundamentales conforme a la realidad constitucional en que se inscriben⁴³. Respecto a este proceso de institucionalización de los derechos humanos como derechos fundamentales se ha señalado que:

La historia de la institucionalización de los derechos humanos como derechos fundamentales es un caso paradigmático del intercambio entre las ideas y la realidad, y así, entre la teoría y la práctica. La Carta Magna del año 1215 conoció, sobre todo en el mundo anglosajón, una eficacia persistente, aunque es bien cierto que ella no contenía todavía derechos fundamentales basados en los derechos humanos, sino libertades permanentes. En la

⁴³ Frente al proceso de argumentación de derecho fundamental, Alexy (2012) realiza un análisis sobre el papel de los derechos fundamentales y de sus normas en el sistema jurídico, como también sobre la argumentación en las decisiones, afirmando que:

En general, es válida la tesis según la cual, solo dentro del marco de un sistema jurídico, la razón práctica que vincula la argumentación y la decisión de manera racional puede lograr su realización. A la luz de esta idea, es razonable la institucionalización de una justicia constitucional cuyas decisiones pueden y necesitan ser justificadas y criticadas en el marco de un discurso racional acerca de los derechos fundamentales. (p. 509)

De otro lado, es importante que exista *equilibrio* entre la libertad política y la jurídica porque permite, por un lado, controlar las leyes en su forma y contenido, y por otro, evitar el ejercicio del poder gubernamental mediante la legislación. La medida de control supone a su vez que, al gobernar las leyes y no los hombres, el individuo es libre porque no está sometido a ningún poder superior, mientras que la limitación del poder gubernamental tiene que ver con la libertad que se tiene cuando se controla el poder de los legisladores para aprobar las leyes.

Inglaterra revolucionaria del siglo XVII, en la *Petition of Rights* de 1628, las Leyes de *habeas corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, se dieron destacables pasos en la tipificación positiva de los derechos de libertad del ciudadano inglés. Por la influencia de estos primeros pasos de la institucionalización, y por la orientación de la moderna doctrina del derecho natural racional, el 12 de junio de 1776, con la declaración de derechos de Virginia, se llegó a la primera tipificación positiva completa de derechos fundamentales, que tuviera fuerza constitucional. Sin embargo, solo hasta 1791 se introdujo a nivel federal en la Constitución de Estados Unidos un catálogo de derechos fundamentales en forma de diez enmiendas constitucionales. Dos años antes, el 26 de agosto de 1789, se arribó en Francia a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Así se sentaron los hitos más importantes en la historia de la institucionalización de los derechos fundamentales liberales. (Alexy, 2003, p. 9)

Por su parte, para Bobbio (2003), los derechos que deben ser protegidos en mayor medida a través de la participación social son los que se derivan de las libertades civiles, libertad de expresión, de prensa, de reunión, de asociación, etc., libertades políticas contempladas desde la perspectiva de libertad negativa, es decir, no coaccionada. En consecuencia, para garantizar en mayor medida la protección de tales derechos y libertades civiles, resulta imperativo analizar primariamente la forma en la que se crean las condiciones necesarias para evitar las extralimitaciones del Estado. Es en este punto en el que se relaciona la libertad jurídica con la libertad política, porque a través de la norma se controla tanto el poder conferido al Estado como la protección de la libertad del individuo⁴⁴.

En su acercamiento hacia la democracia liberal, este autor establece los cimientos de su ideal de libertad desde el binomio libertad-igualdad, binomio tenso y delicado, respecto al cual pone todo su empeño en alejarse de las exclusiones: no se debe renunciar a la libertad en nombre de la igualdad, ni viceversa, en tanto se entiende la primera como una cualidad de la persona, y la segunda como un tipo de relación formal. Es decir, la libertad es un bien para el hombre en cuanto individuo, mientras que la igualdad es un valor en cuanto ente genérico, siendo ambas premisas

⁴⁴ El mismo Bobbio (1988) había destacado previamente la importancia del reconocimiento de los derechos del hombre para que exista realmente esa democracia que de una u otra manera impone un control al Estado: no se puede reconocer un Estado en paz si este no garantiza la paz, la cual únicamente se consigue cuando se garantiza el reconocimiento de tales derechos fundamentales.

ambiciosas de derechos, que nada valen si no se parte del reconocimiento de la importancia de la vida y la dignidad humanas.

Ahora bien, en lo que respecta a la cuestión de equiparar derechos fundamentales con derechos humanos, Pérez Luño (2004) explica que el parámetro distintivo es el “grado de concreción positiva de estas dos categorías” (p. 46). Así, los primeros, si bien son prerrogativas humanas, resultan expresamente garantizados al ser incorporados en el ordenamiento jurídico positivo, mayoritariamente en normas constitucionales que suelen contar con una tutela reforzada, mientras que los derechos humanos constituyen el cúmulo de facultades que en un momento histórico materializan demandas de dignidad, igualdad y libertad, y que exigen su reconocimiento en ordenamientos jurídicos de orden nacional e internacional. En ese sentido, la distinción semántica entre derechos humanos y fundamentales se problematiza a partir de tres argumentos:

1. La Constitución reconoce derechos de disímil tipología y diversos grados de garantía, como respuesta a “cualquier interés ética o políticamente plausible [...] filtrado en la Carta bajo el ropaje lingüístico expreso o tácito de un derecho” (Chinchilla, 1997, p. 45), por lo cual la más variada gama de derechos puede hacer parte del orden constitucional; sin embargo, resulta relevante el *plus de protección* que le atribuya el derecho a la prerrogativa en cuestión, puesto que, técnicamente hablando, la *fundamentalidad* requiere que los derechos sean susceptibles de una supergarantía o estén dotados de algún tipo de garantía reforzada.
2. El artículo 93 superior señala que los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y que prohíban su limitación durante estados de excepción prevalecen en el orden interno, lo cual equivale a una incorporación de tales derechos al orden constitucional.
3. Por otra parte, el artículo 4 constitucional introduce una cláusula de tinte iusnaturalista, al reconocer la existencia de derechos inherentes a la persona no positivizados en la Carta o en tratados internacionales, con lo cual se abre una exigencia de seguridad, al tiempo que se suaviza la rigidez positivista según la cual donde no hay norma ni garantías específicas no establecerse la existencia de un derecho. Dado que estos derechos no son introducidos en el ordenamiento interno a través de su positivización, le corresponde entonces a la jurisprudencia su reconocimiento particular en cada caso concreto.

Si bien el criterio técnico de positivización brinda pues seguridad jurídica respecto a lo que constituye un derecho fundamental, es necesario además integrar los dos sentidos señalados por Chinchilla (1997) para entender la manera como un derecho constitucional obtiene la naturaleza de fundamental: por un lado, se debe tratar de un derecho que goce de un *plus* de garantía⁴⁵; por otro lado, la fundamentalidad se asume como garantía frente a las mayorías parlamentarias, de modo que la limitación de los derechos fundamentales está sometida al trámite legislativo más estricto insito de las leyes estatutarias, en el que se requiere “mayoría absoluta, concentración legislativa y control previo y automático de constitucionalidad” (p. 78).

En consecuencia, es necesario pensar en la garantía de derechos desde el reconocimiento de lo particular, no solo desde los entramados epistemológicos universales, sino más directamente desde la especificidad de lo concreto, en el sentido en que los jueces penales conocen los casos desde la aplicabilidad real de la Constitución en cada caso específico, además de que son ellos quienes adelantan un ejercicio interpretativo para tomar medidas que efectivicen derechos fundamentales, coadyuvando con ello en el control del delito a través de la formulación de una política criminal efectiva y actualizada al caso concreto.

Por otra parte, según Maldonado (1997), no tiene sentido pensar el problema de los derechos humanos de forma abstracta e independiente de la experiencia, sino que es necesario reconocer ontológicamente al ser en relación consigo mismo y con los demás, para poder comprender realmente cuál es la fundamentalidad de dichos derechos en la cotidianidad. Este planteamiento cobra especial relevancia tratándose aquí del juez penal, quien tiene la potestad de afectar prerrogativas fundamentales a través de sus decisiones, motivo por el cual, previo al dictamen de sus providencias y a la concreción del discurso constitucional en el caso puesto a su conocimiento, debe reconocerse a sí mismo y comprender cuál es su papel como contribuyente en el sistema de justicia para poder efectivizarla (Ossorio, 2013).

Sin desconocer la importancia de los postulados universales que enmarcan un fin común general, pretensión de los derechos humanos, se requiere incorporar además una lógica que vaya de lo particular a lo general, comprendiendo la validez de tales postulados en contraste con su aplicación

⁴⁵ Concretamente hablando, en el derecho colombiano la prerrogativa ha de ser amparable por vía de la acción de tutela, según lo estipula el artículo 86 de la Constitución.

real y concreta. Respecto a esto, Sen (2009) postula la necesidad de que haya consenso y debate sobre los derechos fundamentales, sobre todo cuando se postulan obligaciones imperfectas, o sobre la ponderación de estos, en atención a la *ética* como una perspectiva concreta frente a las necesidades humanas, según la cual valores como la libertad, la justicia o la equidad no pueden concretizarse si no hay aplicaciones específicas que los soporten, como en lo que se refiere a la satisfacción de las necesidades más básicas.

En esta tesis se plantea así la posibilidad de aplicación de los derechos fundamentales desde una perspectiva ética sobre realidades concretas⁴⁶, lo cual no es un problema de discurso, sino de efectividad ante la vulneración constante de estos en el caso colombiano. Si bien esto tiene bastante que ver con lo material, como cumplimiento eficaz de las garantías, también es cierto que se supera este marco cuando se garantiza el reconocimiento de lo particular sobre lo general⁴⁷ en el caso de la política criminal, y en su relación con la decisión judicial, cuyo sustento primordial es la Constitución, por lo cual el juez constitucional, éticamente hablando, debe abogar por la garantía de los derechos fundamentales dentro del proceso penal y atender las particularidades de cada caso que se presenta ante la ley⁴⁸. Respecto de este tema, Huertas (2019) opina que:

⁴⁶ En consonancia con la concepción de Viola (1999), para quien la *ética de los derechos* consiste en:
[...] aquella ética en la que los derechos son el valor prioritario y dominante, y en la que, por tanto, la cuestión fundamental no consiste en establecer si una acción es buena o debida, sino si se tiene o no el derecho a realizarla. Es legítimo hablar de una ética de los derechos cuando estos están cargados de una connotación moral (*moral rights*). (p. 507)

Con base en esta distinción, el obrar del juez penal es ético en la medida que se ciña a la función que le asigna el derecho, primordialmente la de garantizar la vigencia de los derechos y deberes de quienes acuden a la jurisdicción.

Particularmente, Alexy (2001) establece una relación entre derecho y moral a través de la pretensión de corrección, cuando expresa que:

Los elementos morales son solo una cara de la relación entre derecho y moral. La otra cara puede ser caracterizada como la estructura moral del derecho. La pretensión de corrección del derecho atañe no solo a la corrección moral de ciertas decisiones jurídicas y de ciertas normas jurídicas. Esto también atañe a la corrección moral de usar el derecho como tal, o la forma del derecho, para resolver problemas sociales, y de hacer esto por medio de ciertos procedimientos tales como la elección democrática, la legislación parlamentaria y el enjuiciamiento regulado por ideas tales como *audiatur et altera pars*. (p. 11)

⁴⁷ La importancia de la concreción real en hechos específicos se deduce cuando se comprenden:
[...] los derechos humanos como la base para lograr el derecho al desarrollo humano, tanto a nivel de la persona como de los pueblos. [...] El Estado deberá [entonces] proveer los medios necesarios para esos fines, atendiendo siempre al respeto de los derechos humanos, pero también, al reconocimiento de las necesidades especiales de aquellas personas que requieran de distintas atenciones y retos. (Martínez, 2008, p. 7)

⁴⁸ A propósito del carácter universal, inalienable y no contingente de los derechos fundamentales, Ferrajoli (2014) anota que gracias a la:

[...] la política criminal es en esencia una política de prevención, en esta medida debe entenderse, no solamente como parte de las políticas públicas de general, sino también como un proyecto derivado de la implementación de políticas sociales. En este sentido y a modo de propuesta, se debe desarrollar en Colombia una política criminal de carácter constitucional que permita generar asociaciones con la política social, la cual crea directrices o estrategias para la garantía de los derechos sociales de los ciudadanos. Lo anterior entendiendo que la atención a las causas subyacentes de los delitos, especialmente de aquellos anclados a la vulnerabilidad socioeconómica, puede prevenir la prevención de las conductas típicas con mayor número de personas privadas de la libertad en Colombia, así delitos como el hurto, el tráfico de sustancias psicoactivas, entre otros, se constituirían, desde el punto de vista de una política social anclada con estrategias político-criminales, como retos o desafíos en la garantía de derechos fundamentales y sociales, permitiendo un cambio en las concepciones actuales frente al delito y el criminal. (p. 53)

Dado su valor constitucional, se les reconoce entonces a los derechos fundamentales una importancia suma dentro del ordenamiento jurídico, lo cual, sumado a la teoría de la doble dimensión de tales derechos⁴⁹, implica el deber del Estado y de la sociedad de velar por su cumplimiento, en el marco del modelo social de derecho. Las garantías aparecen aquí como instituciones o procedimientos a favor de los individuos, sin que importe su condición en el momento de hacer efectivo el disfrute de tales derechos en su dimensión subjetiva.

[...] cuantificación universal de los [sujetos titulares de derechos] viene a configurarse como un rasgo estructural de estos, que [...] comporta el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que los mismos consisten. De hecho, en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos. Pero tal garantía se realiza precisamente a través de la forma universal recibida mediante su estipulación como derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisional: si son normativamente de “todos” (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados. (p. 21)

⁴⁹ Esta distinción se establece al reconocer que:

Los derechos fundamentales se mueven en dos dimensiones: por un lado, son la expresión más inmediata de la dignidad humana, que se traduce en la posibilidad que tiene un ciudadano de reclamar la protección de determinada potestad fundamental violada o amenazada por el poder público o un particular. [Por el otro lado] son principios objetivos que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución (poderes públicos y privados). (Tole, 2006, p. 258)

Todo este tema de la responsabilidad social en las decisiones judiciales surge con el establecimiento de la Constitución de 1991, la cual implicó para Colombia el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, así como la fijación del carácter supremo de la Carta y su irradiación al resto del ordenamiento jurídico, por lo que a partir de allí resulta imperativo que sus principios y valores⁵⁰ deban verse reflejados en las normas que de ella se derivan, proceso complejo que ha dado lugar a la llamada constitucionalización del derecho penal en todo el proceso de su creación, ejecución y aplicación.

Ahora bien, a partir de lo expuesto por Alexy (1997) sobre el carácter axiológico de los derechos se derivan de aquí consecuencias jurídicas e implicaciones, ya que los mismos se entienden como principios que eventualmente pueden colisionar; de ahí la necesidad de hacer un juicio de ponderación que permita definir para cada caso particular, cuál de ellos o en qué forma cederá cada uno ante el otro. Es el juez penal quien debe resolver esta situación al interpretar el derecho, en su rol como juez constitucional⁵¹, en el marco de las funciones que le son atribuidas por la Carta, con el fin de determinar si es constitucionalmente admisible una restricción a algún derecho fundamental cuando este colisiona con otro de igual raigambre⁵².

⁵⁰ Distinción que puede establecerse de la siguiente manera:

Lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor, es en el modelo de los principios, *prima facie*, debido, y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor, es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así, pues, los principios y los valores se diferencian solo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. (Alexy, 1997, p. 147)

⁵¹ Entiéndase juez penal en función de control de garantías o de conocimiento, toda vez que en su competencia también puede presentarse un asunto similar, por ejemplo, al momento de ordenar la admisibilidad de una prueba o imponer una sanción.

⁵² Al respecto Borowski (2003) establece la siguiente diferenciación:

Según la tesis de la separación estricta, existe una diferencia lógica entre reglas y principios. Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas solo se subsume. (p. 48)

Por otra parte, en lo que concierne a su operatividad, la diferencia entre la regla y el principio radica en que las reglas simplemente se aplican o no se aplican, mientras que los principios que no se pueden dejar de aplicar *prima facie*. Siguiendo el planteamiento de Alexy (1997), se sostiene que los principios son mandatos de optimización, los cuales se constituyen como normas que ordenan su aplicación en la mayor medida de lo posible; en este sentido, los principios pueden ser materializados en distintos grados, dependiendo de un juicio de ponderación. Opuestamente, las reglas funcionan como mandatos definitivos, es decir se aplican o inaplican, pero no gozan de gradualidad en su cumplimiento.

De esta forma, el poder penal no se puede ejercer ya por fuera de la órbita y de los límites de la Constitución, sino que su ejecución debe ser conforme con la dignidad humana y los derechos fundamentales allí reconocidos, tarea nada fácil para quienes ejercen tal poder, sobre todo al considerar las colisiones y antinomias que surgen entre derechos fundamentales (Baccelli, 2001). Por ello, el verdadero aporte de los jueces penales consiste en realizar una adecuada valoración en cada caso concreto, con el apoyo de los principios constitucionales, que se haga evidente tanto en la defensa de los aspectos sociales como en las garantías de la libertad individual.

En el esfuerzo conjunto de las tres Ramas del Poder Público para disminuir el crimen y la violencia en nuestro país resulta pues crucial la garantía y defensa de los derechos fundamentales por parte de las autoridades judiciales, en pro del ordenamiento objetivo de la sociedad, por lo que la tarea del funcionario judicial, en especial la del juez penal, se reviste de una competencia especial al aplicar de modo directo normas constitucionales para la resolución de casos específicos. Es por ello que:

La caracterización de los derechos fundamentales como límites al poder, como verdaderas obligaciones del Estado, no requiere únicamente un sistema de garantías constitucionales, un legislador negativo en palabras de Kelsen, que expulse del ordenamiento jurídico a toda norma legal que infrinja la Constitución, así como una protección del texto fundamental frente a la hipotética voluntad reformadora de los órganos estatales. Tal caracterización exige además que los derechos fundamentales sean directamente vinculadores para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que pueda o deba efectuar el Legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia. (Prieto, 1990, p. 116)

De acuerdo a lo anterior se hace menester que, en su ejercicio como garante y protector de los derechos fundamentales, el juez penal deba revisar pormenorizada y analíticamente los hechos⁵³, a fin de poder realizar un adecuado test de proporcionalidad para resolver las colisiones que pudieran presentarse. En el caso de una imposición de medida de aseguramiento, por ejemplo, en donde se producen tensiones entre la libertad del individuo y la seguridad de la comunidad, es necesario

⁵³ Esta perspectiva analítica refiere a la necesidad de una revisión metodológica de los hechos objeto de investigación, que permita una adecuada tipificación.

recurrir a la doctrina suficiente que sobre esto exista, incluyendo a los pronunciamientos jurisprudenciales que puedan orientar la decisión judicial.

En el marco de este ejercicio interpretativo de ponderación, el principio de proporcionalidad como “límite de límites” marca el criterio para asegurar, en la mayor medida posible, la efectividad de los derechos fundamentales, que dicho sea de paso, son relativos y no absolutos en su ejercicio:

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de la mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. (Carbonell, 2007, p. 11)

Dentro del proceso penal, una situación siempre latente se refiere entonces a las colisiones que eventualmente pueden surgir entre el ejercicio de la acción penal y la limitación a prerrogativas fundamentales, por lo que la ponderación de derechos fundamentales cobra especial relevancia, configurándose como “estructura argumentativa” mediante la cual el intérprete constitucional define el grado de limitación de un derecho fundamental en casos de colisión. En su estudio sobre el principio de proporcionalidad en el control de la ley penal, el cual, pese a centrarse en el control que ejerce el Tribunal Constitucional, es extensible a cualquier autoridad judicial que deba tratar con colisiones de derechos, Lopera (2007) sostiene que:

En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales. (p. 6)

Por su parte, desde la perspectiva de Bedoya (2008), en el ejercicio de la acción penal y los actos investigativos preparatorios se involucran, por un lado, la protección de los derechos fundamentales, y por otro lado, la investigación y sanción de las conductas punibles, razón por la cual es necesario un tipo de equilibrio que haga efectivo el ejercicio del papel de la política criminal en el Estado social de derecho⁵⁴. Sin embargo, el mismo autor señala una tendencia a dotar de cierta relatividad a dichos derechos, en atención a la aplicación de la ley sobre la conducta punible, lo cual refleja en la realidad judicial una forma ágil de resolver los casos, sin entrar en el fondo de la problemática, en la medida en que el día a día de los jueces penales los conduce a cumplir con estadísticas y resultados exigidos, no solo por sus superiores, sino también por la opinión pública.

La observación de este autor se relaciona especialmente con la cuestión problemática identificada en esta investigación, respecto a la verificación de que los jueces penales constitucionales en Colombia profieren providencias como si fueran jueces de un Estado liberal de derecho, puesto que muchas veces basan sus decisiones en una lectura literal de la ley, omitiendo el ejercicio hermenéutico e integrador de los postulados superiores en el derecho penal y restando así importancia a la efectivización de los derechos fundamentales de las partes. Desde esta perspectiva, la tesis defiende el rol constitucional de los jueces penales, en el entendido de que su labor no se agota en la resolución de conflictos, sino que demanda la construcción de significados aplicables y efectivos de los valores supremos.

Por ello se propone que este juez penal debe dar un giro en su enfoque, más allá de realizar una interpretación conforme con los métodos tradicionales de un Estado liberal de derecho —esto es, exegético, sistemático, histórico y teleológico—, y debe tener en cuenta los postulados constitucionales desde su conocimiento técnico en aras cumplir con la efectividad de los principios y deberes allí contemplados, resolviendo cada caso particular con métodos de interpretación propios del Estado constitucional de derecho —tema del cual se hará referencia en el siguiente capítulo— y contribuyendo de ese modo al ajuste del derecho con la sociedad. En este punto resalta la importancia del reconocimiento y la inclusión del discurso de los derechos fundamentales en la Constitución:

⁵⁴ Según esta postura, la efectividad de la política criminal depende del equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la investigación y sanción de conductas punibles.

En Colombia, en concreto, la ampliación del universo de los derechos se debe a la confluencia de, por lo menos, tres factores aportados por la Constitución de 1991 y su interpretación judicial: (i) el reconocimiento de derechos subjetivos no depende necesariamente de su inclusión en textos legales específicos; (ii) la jurisdicción constitucional tiene capacidad para proteger estos derechos subjetivos sin mediación legal previa, o incluso en contra de la configuración legal que los derechos hayan recibido; (iii) la creación de una acción general para proteger estos derechos subjetivos fundamentales (acción de tutela). (López Medina, 2004, p. 447)

La preponderancia de la jurisdicción constitucional y la acción de tutela corresponden de este modo a la puesta en práctica de la dimensión empírica, campo de la dogmática jurídica, a la cual hace referencia Alexy (2012):

De una dimensión empírica de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble sentido: primero, en relación con el conocimiento del derecho positivo válido y, segundo, en relación con la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, por ejemplo, en el marco de argumentos consecuencialistas. [...] Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivo válido, tendrá que presuponer un amplio y polifacético concepto del derecho y de la validez. En la dimensión empírica no se trata solo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y el pronóstico de la praxis judicial, es decir, no solo del derecho legislado sino también del derecho judicial. (p. 14)

Se constata de este modo que la inclusión de los derechos fundamentales en el sistema penal tiene un impacto notable dentro de la órbita de lo público. Puntualmente, en lo referido a la decisión judicial se exige ahora una mayor *calidad* en la argumentación jurídica, exigencia expresada como derecho fundamental a la motivación sustentada de las decisiones judiciales (Patiño y Ramelli, 2016)⁵⁵, sobre bases sólidas y no sobre indicios que bajo una apariencia de validez desconozcan

⁵⁵ La falta de motivación de la decisión judicial es una de las causales específicas de procedencia de la acción tutela en contra de providencias, la cual se basa en la vulneración del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. La falta de motivación de la decisión judicial es una de las causales específicas de procedencia de la acción tutela en contra de providencias, la cual se basa en la vulneración del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. Al respecto, la Corte Constitucional señaló que en el

prerrogativas constitucionales. Teniendo por fuerza los funcionarios judiciales que sustentar sus decisiones y decidir lo que está en su conocimiento, es su deber examinar con minucia los elementos que en el transcurso del proceso puedan afectar la libertad u otros derechos de los individuos.

La indebida limitación de los derechos puede sortearse con un adecuado conocimiento del núcleo duro del derecho o garantía fundamental en juego⁵⁶, vinculado al ejercicio de ponderación en caso de colisión de mandatos superiores. Esta tesis sostiene pues que la ponderación constituye para los jueces penales una vía que une su decisión con la efectivización de las propuestas de la política pública.

Finalmente, dentro de la identificación de aspectos de los derechos fundamentales ha de destacarse su relación con el sistema de derechos constitucionalmente establecido, así como el papel central que tiene el principio de dignidad humana en el Estado social de derecho. Sobre todo, estos derechos deben ser atendidos a favor de la regulación de la sociedad, lo cual debe hacerse en una forma práctica, desde la aplicabilidad de la Constitución a partir de la observación de cada caso, con el fin de que los jueces penales coadyuven en la construcción de una política criminal efectiva, al tiempo que aseguran la permeabilización de la Norma Superior en las disposiciones de menor

ámbito penal esta garantía resulta de vital importancia, en atención a que la sentencia condenatoria se traduce en la limitación de un derecho tan caro para la persona humana, como lo es el derecho a la libertad en la sentencia (T-1049, 2012). Así, en un Estado que se reconoce como democrático y de derecho, dicha motivación constituye una limitante a posibles arbitrariedades judiciales, en tanto sujeta al juez al ordenamiento jurídico y a un control posterior respecto a la razonabilidad de su decisión, base para el ejercicio del derecho de contradicción, puesto que una oposición eficaz solo es posible cuando los argumentos jurídicos son públicos y susceptibles de refutación.

Sin embargo, la motivación de las decisiones judiciales no se agota en la posibilidad de contradicción, sino que se entiende la argumentación judicial como una garantía procesal en sí misma, que asegura que las actuaciones del juez penal aparezcan sometidas a principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, cuando se trata de una posible restricción de las libertades básicas del procesado. Esto implica que las hipótesis acusatorias deben ser siempre sometidas a estricta verificación y deben ser igualmente pasibles de refutación.

De todo ello deriva que la acción de tutela solo tiene posibilidad de activación cuando las falencias de argumentación en la decisión hacen de esta un mero acto arbitrario del juez, es decir que “solo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado” (CC, T-233, 2007, II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS, 5).

⁵⁶ Por núcleo duro se entienden los componentes inderogables del derecho constituidos como límites infranqueables respecto a la suspensión de garantías (Esquivel, 2017), es decir, aquellos aspectos que no pueden ser restringidos, so pena de su negación.

jerarquía durante su ejercicio como garantes de los derechos de las partes e intervinientes dentro del proceso.

1.5. Permeabilización de la Constitución Política en el derecho penal dentro del Estado social de derecho

En Colombia, sobre todo desde la formulación de la Constitución de 1991, el derecho penal ha sido objeto de nuevos planteamientos constitucionales dentro de sus actuaciones procesales⁵⁷. Siguiendo a Guastini (2003), esta constitucionalización del derecho se entiende como un proceso en virtud del cual el ordenamiento jurídico resulta *impregnado* de manera vinculante por las normas constitucionales. Según esto, una de las diferencias más importantes entre un ordenamiento constitucionalizado y uno que no lo está es que, incluso si la Carta Política en el segundo evento goza de un carácter normativo, este se limita a establecer un marco cuya operatividad se restringe a los comportamientos prohibitivos que regula; en oposición, en el ordenamiento constitucionalizado no solo se exigen abstenciones, sino acciones del Estado, e inclusive de las personas particulares. Por ello, la Constitución en el ordenamiento constitucionalizado es entrometida (*pervasiva, invadente*) y cuenta con la capacidad de dotar de líneas de acción a la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, el obrar de los grupos políticos e incluso marcar la pauta en las relaciones sociales⁵⁸.

En el contexto particular de la tesis que se viene desarrollando, tal constitucionalización de derecho penal resulta de fundamental importancia en tanto que, como ruta establecida para el logro de una efectivización constante de derechos y prerrogativas fundamentales en el Estado social de derecho,

⁵⁷ Con la promulgación de la Ley 906 de 2004, que implementa el sistema penal de tendencia acusatoria en Colombia, se introdujeron algunas instituciones novedosas, a la par que respetuosas con la Constitución, entre las que se cuentan el principio de oportunidad, los preacuerdos y la figura del juez en función de control de garantías, entre otras. Esta tesis plantea que dichas novedades ajustan la noción tradicional del principio de legalidad, recreándolo en armonía con otras normas superiores de igual valía, como la proporcionalidad en la reacción punitiva, la reparación a las víctimas, la celeridad en la impartición de justicia, la evasión de efectos criminógenos, etc.

Un ejemplo puntual de esto viene dado por el principio de oportunidad, el cual corresponde a la facultad excepcional a cargo del fiscal para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, siempre que concurra alguna de las causales establecidas por el legislador. Tal concepción reglada comprende así a dicho principio como una manifestación más amplia del axioma de legalidad. La explicación sobre la naturaleza de esta figura procesal fue dada por la Corte Constitucional en uno de sus fallos primeros sobre el sistema penal de tendencia acusatoria (C-673, 2005).

⁵⁸ De este modo, la constitucionalización del derecho es consustancial al Estado social, en la medida en que pretende la conciliación entre el derecho y la sociedad.

prima para el juez penal el sentido esencial de la Norma Superior al momento de proferir sus sentencias, no solo en aras de optimizar los derechos fundamentales de todas las partes implicadas en el proceso, sino también en la vía de contribuir por medio de sus decisiones con el establecimiento de lineamientos eficaces y coherentes para la política criminal en Colombia. Es por ello que deben considerarse formas de argumentación más acordes con la mencionada constitucionalización del derecho penal, por lo cual se exigen para este juez nuevas perspectivas de comprensión y aplicación de la ley, así como una mayor comprensión de su función esencial en el modelo social de derecho.

En todo caso, el mismo Guastini sostiene que la impregnación de la que se habla es progresiva, toda vez que “la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y eso depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento” (Guastini, 2001, p. 154). A favor del mismo argumento, Prieto (2008) sostiene que en el Estado constitucional coexisten diversos grados de control al poder, unos más fuertes, otros más tenues, por lo que no son homogéneos ni uniformes.

En esta misma línea, para definir qué tan vigoroso es el proceso de permeabilización de la Carta en el ordenamiento jurídico, de manera consensuada la doctrina considera unos factores mínimos de constitucionalización, los cuales son enunciados por Guastini (2001) y retomados por Comanducci (2009) y Carbonell y Sánchez (2011):

1. Se requiere de la existencia de una Constitución con un determinado grado de *rigidez*, lo cual implica una ley superior escrita⁵⁹, así como la protección de la misma frente a la legislación

⁵⁹ Este elemento es cuestionable desde el punto de vista del derecho inglés, por cuanto en su ordenamiento no se cuenta con una Constitución escrita y aun así se considera que Inglaterra es la cuna de muchos de los avances en materia constitucional:

El caso del pueblo inglés, en el concierto del constitucionalismo universal, es muy curioso. En Inglaterra no se operó el cambio de la flexibilidad a la rigidez en materia constitucional; y no porque sus ciudadanos no hayan querido asegurar sus propios derechos, asentando estos y las limitaciones al gobierno en un documento solemne, sino por el profundo conservadurismo que, unido al espíritu legal, afición y talento para la ley que tienen los ingleses, mantiene todavía su primitiva constitución flexible: sentencias de los tribunales, leyes, estatutos, pactos, integran su constitución no codificada [...]. Es Inglaterra, sin embargo, el país donde el constitucionalismo moderno se origina y encuentra las bases para su evolución; al contrario de lo que sucedió en España y Francia, en cierta medida, en

ordinaria, en el entendido de que esta no puede derogar aquella, sino que se requiere un procedimiento particular de revisión constitucional (Guastini, 2001), por lo demás complejo, que permita regular la producción legislativa. Esto constituye una garantía de seguridad para los funcionarios judiciales a la hora de integrar la constitucionalización junto con la ley. Cabe agregar además que dicha constitucionalización resulta más marcada en los ordenamientos que prevén principios inmodificables, englobados según Guastini en el concepto de *Constitución material*.

En este punto es necesaria una breve acotación en torno al caso colombiano, en donde la inconstitucionalidad de una reforma no solo se puede predicar del trámite, sino que también se puede juzgar por los defectos presentes en el estadio previo a aquel: específicamente, cuando el sujeto a cargo del acto reformativo excede su competencia material, llegando a sustituir la Constitución. Este planteamiento se basa en la distinción entre poder constituyente originario y fundacional vs. poder de reforma constitucional, siendo este último un poder constituido cuya competencia deriva de la propia Carta (CC, C-141, 2010).

Por otra parte, si bien el texto constitucional no consagra expresamente cláusulas pétreas o inmodificables⁶⁰, lo cierto es que la potestad reformativa tiene limitaciones: así, en tanto poder constituido, la misma Carta impone una serie de límites materiales que impiden que se derogue, altere o sustituya en su integridad (CC, C-551, 2003). En este escenario, corresponde al juez constitucional determinar si el acto modificador altera la esencia de la Constitución, para lo cual debe considerar cuáles principios y valores allí contemplados junto con su bloque de constitucionalidad son axiales dentro del sistema jurídico⁶¹.

2. Es necesario que la Constitución esté blindada frente a la ley, en el sentido en que goza de la garantía jurisdiccional, es decir que se requiere de un órgano semi-jurisdiccional encargado de

la vida política inglesa se pasaría del absolutismo al constitucionalismo, y los derechos que paulatinamente va adquiriendo el pueblo inglés ya nunca llegará a perderlos. (Sayeg, 1987, p. 99)

⁶⁰ La cláusula pétrea es aquella norma constitucional que consagra un elemento estructural de la Carta Política, motivo por el cual está vedada su modificación. En este sentido, se afirma que la cláusula pétrea funge como límite material a la facultad reformativa de la Constitución (CC, C-141, 2010).

⁶¹ Un ejemplo ilustrador se emplea en la citada decisión:

Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (Const., art. 1) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fuera remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma. (CC, C-551, 2003, p. 104)

ejercer el control, ya sea: *a posteriori in concreto*⁶², de modo que cada juez, incluido el Tribunal de Cierre, es el encargado de declarar la ilegitimidad constitucional de una norma en el marco del caso concreto; *a priori in abstracto*⁶³, donde el Tribunal Constitucional es el encargado de contrastar la norma con el texto superior, con miras a definir si aquel se aviene a este; o *a posteriori in concreto*, control en cabeza de un Tribunal Constitucional cuya decisión tiene efectos *erga omnes*⁶⁴.

En este punto se aclara que la legislación colombiana prevé tanto el control previo como el posterior de las normas, dependiendo la tipología de la disposición normativa: el primero aplica a las leyes estatutarias, sujetas al examen de constitucionalidad⁶⁵, y aquellas sometidas a objeción presidencial, si bien este solo se activa de manera excepcional cuando el proyecto es objetado por razones de inconstitucionalidad. Por otra parte, el control posterior se constituye como regla general, a partir de dos modalidades: una automática, sobre decretos legislativos expedidos por el Gobierno durante los estados de excepción, leyes aprobatorias de tratados internacionales sujetas al control de la Corte Constitucional y leyes convocatorias a una asamblea constituyente o a un referendo constitucional, y otra dependiente del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, que

⁶² Para Guastini (2001):

Este sistema de control [*a posteriori*, por vía de excepción] presenta dos características importantes. En primer lugar, hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y también que sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces. En segundo lugar, dentro de este sistema, la decisión de un juez —incluso del Tribunal Supremo— que declara la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos generales, sino solo efectos circunscritos a la controversia decidida. Por otra parte, conviene subrayar que los efectos de las decisiones de ilegitimidad constitucional, aunque teóricamente limitados, son prácticamente generales en todo ordenamiento que esté vigente el principio *stare decisis*, o sea, el principio que confiere fuerza vinculante a los precedentes (en particular, a los precedentes de las jurisdicciones superiores). (p. 156)

⁶³ Siguiendo a Guastini (2001):

Este tipo de control [*a priori*, por vía de acción] teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control *in abstracto* no puede asegurar una total conformidad de las leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos. (p. 156)

⁶⁴ En el tercer supuesto, el autor señala que:

Este tipo de control, siendo *a posteriori*, no puede impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales. Por otra parte, la decisión del Tribunal Constitucional que declara la ilegitimidad constitucional de una ley está provista de efectos generales, *erga omnes*. En otras palabras: la ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno. (Guastini, 2001, p. 156)

Erga omnes implica que la decisión judicial tiene efectos generales, más allá de los generados entre las partes trabadas en litigio.

⁶⁵ Habida cuenta de las materias de vital importancia constitucional que regula, entre ellos los derechos y deberes fundamentales, la administración de justicia, los estados de excepción, etc.

abarca los demás supuestos, es decir aquellas leyes y decretos con fuerza de ley cuya validez sea cuestionada por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, según se estipula en el artículo 241, numerales 4 y 5, de la Constitución Política.

3. Se debe reconocer la fuerza vinculante de la Carta Política, la cual se desprende de su naturaleza normativa. Así:

[...] uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, [...] de la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido normativo— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. (Guastini, 2001, p. 158)

4. Se presenta *sobreinterpretación* constitucional, lo que significa que no existe espacio alguno legal que se escape al sentido del texto constitucional, el cual debe ser aplicado en la lectura de cualquier proposición normativa. Este rasgo exige una interpretación extensiva y una argumentación analógica⁶⁶, según la cual del texto finito de la ley se pueden extraer innumerables normas idóneas para regular la vida sociopolítica.

En el mismo sentido, Carbonell y Sánchez (2011) indican que la sobreinterpretación se sustenta en la teoría axiológica de la Constitución, cuya teorización parte de la base de que la acción estatal está dirigida hacia la satisfacción de fines constitucionales, los cuales se configuran como valores que determinan la validez de las disposiciones del ordenamiento jurídico.

5. La aplicación de las normas superiores se realiza de manera directa, de modo que los jueces penales aplican los principios constitucionales en sus decisiones, ya sea porque la ley contiene una laguna o porque las interpretaciones posibles se oponen al texto superior. Desde esta nueva comprensión constitucional, se afirma que una de las funciones de la Carta es moldear las relaciones que se generan en el seno de la sociedad⁶⁷.

⁶⁶ Guastini (2001) emplea el término '*a simili*', el cual es entendido por Suárez y Conde como la "estructura discursiva de corte analógico en la que se busca la similaridad de la proposición, es decir, se trata de establecer una mediación entre algo. Por ejemplo, si hay un conflicto entre dos partes, nos orientamos a establecer un acuerdo de consenso" (Suárez y Conde, 2009, p. 30).

⁶⁷ Como ya se expresó previamente, este rasgo es especialmente fuerte en el modelo de Estado social, donde el derecho y la sociedad avanzan en concordancia.

6. Adicionalmente, la constitucionalización precisa una técnica de interpretación de la ley, que permita determinar si la misma es contraria al texto constitucional o bien si se aviene a este. En el ordenamiento jurídico colombiano también se acepta esta teoría bajo la forma de *modulación* de la decisión, siguiendo la metodología de la sentencia de exequibilidad condicionada, a través de la cual la Corte declara la conformidad de la ley demandada con la Constitución, siempre y cuando se interprete en el sentido avalado por el mismo Tribunal.

7. Un rasgo característico final es el influjo a tres niveles que ejerce la Carta sobre las relaciones políticas: primero, en relación con el contenido de la Constitución, puntualmente si se reconoce al Tribunal Constitucional la facultad de decidir conflictos de competencia, tales como desacuerdos respecto a las relaciones de poder entre los órganos estatales; segundo, la postura de la jurisdicción hacia el Legislativo puede ser restrictiva o por el contrario políticamente activa, de manera que se controle la discrecionalidad del legislador, especialmente a través del principio de razonabilidad y mediante la ponderación ante colisión de principios; por último, en la medida en que los actores políticos suelen acudir a argumentos constitucionales con miras a legitimar sus decisiones y acciones.

Ahora bien, para que haya lugar a este proceso de impregnación constitucional en todos los ámbitos del derecho penal, se requiere además la configuración de determinadas circunstancias específicas, como bien se ha señalado:

En el contexto de un ordenamiento jurídico constitucionalizado como el que pretende ser el colombiano, [...] en especial, con el lugar preponderante que ocupan los principios y derechos fundamentales, la dogmática jurídico-penal debe tomar la forma [...] de una ciencia o dogmática lógico-axiológica, en la que al tiempo que se impone el análisis lógico de las normas de acuerdo con el derecho positivo buscando su coherencia sistemática, también se exige indagar por su corrección desde el punto de vista axiológico, teniendo como referente las normas superiores, es decir los derechos humanos y la equidad. (Cote, 2008, p. 127)

Con relación a esto, cabe anotarse que, en el caso colombiano, el control constitucional de leyes y decretos legislativos y con fuerza de ley corresponde, inicialmente, a la Corte Constitucional⁶⁸; no obstante, los jueces penales, cuando en la decisión sobre un proceso consideran que la norma analizada no se ajusta a los parámetros superiores, pueden considerar la posibilidad de no aplicar dicha norma por excepción⁶⁹. Al respecto, la misma Corte señala:

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales”⁷⁰. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política. (CC, SU-132, 2013, p. 13)

⁶⁸ Acerca del control de constitucionalidad de los decretos, Urrego (2005) explica que el mismo texto constitucional permite diferenciar entre decretos reglamentarios (art. 189-11), aquellos que desarrollan leyes marco (arts. 189-25 y 150-19) y aquellos dictados por el Gobierno nacional como reglamentos constitucionales autónomos:

De esta manera, [...] el sistema de control de constitucionalidad introducido por la Carta de 1991 delimita, en principio, de una forma clara los ámbitos de competencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de los decretos de carácter general dictados por el presidente de la república. (p. 130)

⁶⁹ Un ejemplo clarificador sobre la excepción de inconstitucionalidad lo constituye la decisión proferida recientemente por el Juzgado Penal del Circuito de Salamina (2020) que abre una posibilidad de prisión domiciliaria ante ciertos actos punibles, tomando en consideración la emergencia de salubridad que azota al país a causa de la pandemia de COVID-19 y el riesgo latente de vulneración masiva de los derechos fundamentales de la población carcelaria.

Cabe acotar, además, que la excepción de inconstitucionalidad exige la carga argumentativa por parte de quien inaplica la ley, tal y como ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia en Auto AP1880 de 2018:

No pretende la Sala establecer reglas de conducta judicial, ni mucho menos, obligar determinadas actuaciones, pero inobjetable se observa que en ningún caso es posible atender al apartamiento directo y consciente de la ley, si en virtud de ello no se exponen de manera amplia y profunda las razones que obligan a ello.

Es esta una exigencia no solo elemental sino obligada, de cara a la actividad judicial y el necesario apego a la ley que del juez se demanda. (CSJ, 2018a, p. 34)

⁷⁰ La cita refiere a la sentencia T-389 de 2009.

Todo lo anterior nos permite establecer la manera como se amplía el papel del juez penal dentro del Estado social de derecho al momento de optimizar derechos fundamentales, contribuyendo de esta manera con la materialización de la justicia a luz de la Constitución.

En lo que refiere a los actos jurisdiccionales y administrativos, es claro que los jueces penales deben aplicar la ley siguiendo las directrices del Tribunal Constitucional y apreciando la conformidad respecto a la Constitución⁷¹. Más aún, los juzgadores deben aplicar la Carta directamente e interpretar las leyes en clave constitucional, lo cual significa el reconocimiento de la prevalencia de la norma superior.

En síntesis, ningún acto del Estado escapa a los mandatos constitucionales, especialmente cuando se trata de la limitación de derechos fundamentales, de lo cual se deriva la plena sujeción del derecho procesal penal a la Constitución. Esta constitucionalización del derecho penal dentro del Estado social de derecho tiene un sustento principal en el artículo 4 superior, que establece la superioridad jerárquica de la Carta frente a cualquier otra normatividad, razón por la cual, en el ejercicio de la política criminal, siempre debe prevalecer en el juez penal el análisis constitucional y hermenéutico antes de adoptar cualquier decisión, proyectándose de este modo una luz más amplia sobre su papel en el Sistema Penal Acusatorio, punto crucial para esta tesis.

1.6. Caracterización del Sistema Penal Acusatorio en el marco del Estado social de derecho

El análisis que realizamos se centra en el sistema procesal penal de tendencia acusatoria como el diseño de indagación penal que más concuerda con los postulados del Estado social de derecho, dado que asegura los derechos y garantías del sujeto sometido al *ius puniendi*, promoviendo una mínima afectación sobre las prerrogativas de la persona humana.

⁷¹ Sobre el acto administrativo, Favoreu (2001) expresa que:

Las normas de valor constitucional se imponen por ellas mismas desde el momento en que provienen de la Declaración de los Derechos del Hombre, o del texto mismo de la Constitución [...]. Por el contrario, si se trata de “principios generales de derecho penal”, el valor de estos principios es mucho más vago [...]. Por lo tanto es importante que el juez penal se refiera directamente a las reglas de derecho constitucional [...], en vez de recurrir a principios. (p. 320)

Este sistema se cimienta a partir del principio acusatorio, cuya manifestación más notoria es el carácter orgánico manifestado en la adjudicación de las funciones de acusación y decisión en entidades distintas, de lo cual se sigue la necesidad de existencia de acusación, formulada por persona distinta al tribunal enjuiciador, para dar inicio a un proceso de juicio oral (Montero, 1997), fórmula cuyo fin ulterior es el aseguramiento de la imparcialidad judicial.

Sobre el mismo sistema, Ferrajoli (1995) señala 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. (p. 564).

Este mismo autor establece además los límites básicos en el proceso de salvaguarda de los derechos del individuo, lo cual arroja una mayor claridad sobre la manera en que el Estado democrático se refleja en el sistema penal a través del garantismo:

En lo que respecta al proceso, los límites corresponden a las garantías procesales y del ordenamiento: el contradictorio, la paridad entre acusación y defensa, la separación entre juez y acusador, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Mientras que las garantías penales están dirigidas a la minimización de los delitos, es decir a la máxima reducción de aquello que se le permite prohibir al poder legislativo, las garantías procesales están encaminadas a la minimización del poder judicial, es decir a la máxima reducción de sus márgenes de arbitrio. (Ferrajoli, s.f., p. 2)

En el caso colombiano, el sistema penal de tendencia acusatoria inició con el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, por medio del cual se reformó la Constitución Política de Colombia, al disponer que la Fiscalía General de la Nación estaba en la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal por medio de la investigación de hechos delictivos y definir las funciones específicas del fiscal general.

Entre las problemáticas identificadas que permitieron el paso al Sistema Penal Acusatorio⁷², se pudo determinar que los ciudadanos en Colombia no tenían confianza en el sistema judicial, ni acudían a este para dirimir las controversias presentadas. Al respecto, un estudio realizado por un grupo nacional de profesionales interdisciplinarios afirma lo siguiente:

Si se compara la percepción del nivel de confianza ciudadana en sus instancias judiciales, se observa que Colombia (con un índice de 1.0) se encuentra por debajo de países como Estados Unidos (con un índice de confianza de 5.5), Canadá (que tiene el mayor índice de 6.0) e incluso de algunos países más cercanos cultural y económicamente como sus vecinos de región, Ecuador y Brasil, por mencionar algunos.

Según el Censo Nacional de Expedientes realizado por la Fiscalía General de la Nación un proceso tardaba en promedio tres años y medio en concluir desde el momento en que la denuncia era interpuesta; la mayoría de estos procesos permanecía la mayor parte de su tiempo en una fase de investigación previa. Por otra parte, cerca de la mitad de los reclusos en los establecimientos carcelarios permanecían en promedio dos años sin haber sido formalmente condenados, en abierta contradicción con el principio generalmente aceptado (especialmente en Estados sociales de derecho) de presunción de inocencia.

Debido a este preocupante panorama, se fue abriendo paso a paso con fuerza en diferentes sectores del país la tesis de un cambio radical en la organización del sistema judicial y, en primer lugar, el sistema penal colombiano. (Reyes, 2005, p. 7)

Durante los últimos veinte años, este cambio ha tenido una incidencia notoria en materia judicial, erigiendo como pilar la garantía de los deberes y derechos ciudadanos acordados en la

⁷² La exposición de motivos para el nacimiento del nuevo Código de Procedimiento Penal en Colombia se presentó a través del Proyecto de Ley Estatutaria 001 de 2003, en el cual se establecieron aspectos que en la práctica funcionarían dentro del sistema como: (i) actividad de indagación y ejercicio de la acción penal, (ii) competencia, (iii) principio de oportunidad, (iv) protección de la víctima y reparación integral de los perjuicios ocasionados con la comisión del delito, (v) comiso, (vi) prueba anticipada, (vii) actuación procesal, (viii) función de control de garantías y régimen de libertad, y (ix) estructura del juicio. Esto pone en evidencia el importante papel del derecho penal en el Estado social de derecho, en el cual las normas juegan un rol trascendental.

Constitución nacional a partir de la adopción del modelo de Estado social de derecho⁷³ y recalcando algunas temáticas de interés para el fortalecimiento del mismo, tales como: la división de roles jurisdiccionales entre el fiscal y el juez, la formulación del principio de oportunidad como una figura de justicia premial —importante aspecto dentro de la política criminal en Colombia—, la aplicación del control de garantías, la oralidad dentro de las audiencias públicas y el principio de concentración.

Por su parte, a nivel internacional, la consagración del modelo de Estado social en las Constituciones modernas de países como Alemania, Italia y España⁷⁴ implicó el establecimiento de la dignidad humana como un principio constitucional supremo, reconociéndolo como eje de todas las relaciones dentro del Estado, lo cual permitió un eficaz esfuerzo en la materialización y cumplimiento de los derechos fundamentales de los individuos (Barreto, 2011). Valga la pena recalcar que, en el caso colombiano, este principio fue plasmado en el artículo 1 de la Constitución como cláusula excepcional del Estado social de derecho.

En torno a ello, se ha sostenido que:

Un Estado democrático ha de apoyar su derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. La fuerza de convicción de un derecho penal democrático se basa en el hecho de que solo usa la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme y respete a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría. Un derecho penal democrático ha de prevenir, no solo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. (Mir Puig, 1994, p. 38)

De este modo, la implementación del modelo de Estado social ha producido como consecuencia de variaciones de los paradigmas clásicos del poder penal, en la medida en que el poder punitivo se

⁷³ Respecto al contenido e implicaciones del Estado social y democrático de derecho, la jurisprudencia primaria de la Corte Constitucional fue establecida en la sentencia C-566 de 1995.

⁷⁴ Para una mayor comprensión y estudio acerca de la fuerza vinculante de la Constitución, y en especial de la Constitución española de 1978, puede consultarse García de Enterría (1991).

concreta a través del sistema procesal penal y se manifiesta mediante la política criminal⁷⁵, la cual a su vez se nutre y retroalimenta de todo este esquema, sometido ahora a la norma constitucional, debiendo por ello respetarse en todo momento el principio de dignidad humana.

Resulta pues contradictorio un modelo de Estado social de derecho con un sistema procesal penal y una política criminal que toleren una violencia arbitraria⁷⁶, vulnerando así el mencionado principio, el cual se convierte ahora en plataforma para articular el Sistema Penal Acusatorio con la política criminal del Estado, como componentes del ordenamiento jurídico encaminados principalmente a ejercer un control social sobre el individuo⁷⁷, desde una perspectiva de restricción de las acciones que representan daño para las personas.

En efecto, como se ha visto ya, el derecho penal se constitucionaliza a través del cambio referenciado, por lo cual el poder penal, en todo su proceso de creación, ejecución y aplicación, debe responder a

⁷⁵ Un estudio amplio y pormenorizado de este proceso, con énfasis en las relaciones que surgen y se establecen entre los conceptos de seguridad (o inseguridad) ciudadana y las políticas públicas estatales en tal sentido puede encontrarse en Gómez Jaramillo et al. (2015).

⁷⁶ Los excesos o irrespetos a los lineamientos del Estado social de derecho se traducen generalmente en instrumentos de labor “ejecutiva” para el cumplimiento “eficaz” de determinados fines penales, por lo que el recurso indiscriminado al punitivismo, lejos de brindar seguridad, termina por reducir los espacios de libertades y garantías ciudadanas, con lo cual la respuesta estatal ante la violencia se torna a su vez en un hecho violento en sí mismo.

Así, en las sociedades con sistemas altamente represivos las medidas estatales alcanzan un punto de instrumentalización que se expresa en prácticas de deshumanización de la víctima, irrespeto por los derechos y garantías procesales y exoneración de responsabilidades, todo lo cual contribuye a la configuración de un escenario de indolencia social generalizada. Como muestra de ello se pueden traer a colación los actos de violencia policial ocurridos en diversos lugares del mundo, los cuales implican en la mayoría de los casos severas violaciones a los derechos humanos. A nivel latinoamericano se tienen estudios como los realizados recientemente sobre violencia en las cárceles por Ariza y Tamayo (2020), o los análisis de las políticas carcelarias implementadas en Colombia en los últimos años hechos por Ariza e Iturralde (2011), los cuales ponen de manifiesto cómo los rediseños estatales que minimizan los programas sociales y la responsabilidad estatal surgen como resultado del proyecto neoliberal de reducción del gobierno y fortalecimiento de las políticas punitivas controladas por medio de policía y cárcel, desde su percepción del problema principalmente como una cuestión de hacinamiento a resolver con la construcción de centros penitenciarios más modernos y eficientes. Una última situación puede referirse a casos de terrorismo, cuando, más por presiones mediáticas, se captura a algunos “sospechosos” que luego de la investigación terminan libres por falta de pruebas, con las consecuentes demandas al Estado por acciones de violencia arbitraria, que dañan el derecho al buen nombre de los ciudadanos.

El valor real de estas acciones termina siendo en últimas más simbólico que práctico, siempre que se asume únicamente desde la perspectiva instrumental de fortalecer las percepciones de seguridad en el ciudadano medio y no desde el imperativo ético de reducción de las causas del delito y socialización del delincuente.

⁷⁷ Un control social, entendido en el desarrollo de esta tesis, como la opción de llevar a la práctica decisiones que positivicen los derechos fundamentales y que con ello se posibiliten nuevas oportunidades de ordenamiento para la comunidad, beneficiándose proporcionalmente todas las partes del proceso.

los principios constitucionales consagrados en la Carta Magna, dado que se trata ahora de una norma jurídica suprema y vinculante por sí misma, y en ese sentido:

[...] nuestra Constitución se erige como norma de normas y tiene incidencia directa en la forma como se estructura nuestro ordenamiento jurídico, no solamente desde el punto de vista formal, sino también por el contenido axiológico demarcado por nuestro extenso catálogo de derechos fundamentales, el cual debe orientar el contenido de las decisiones que toman el legislador y el juez. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico las normas constitucionales adquieren fuerza vinculante y las normas legales deben interpretarse conforme con los principios y derechos constitucionales. (Cote, 2008, p. 125)

Respecto a la constitucionalización del derecho penal, la propia Corte Constitucional ha considerado que:

[...] tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados —particularmente en el campo de los derechos fundamentales— que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas (C-038, 1995, p. 10)

Con todo, cabe señalar que tal constitucionalización del derecho penal no entraña perjuicio para el mismo, sino que, por el contrario, lo beneficia al complementarlo como ciencia cuyo objeto de estudio se refiere al poder penal, igualmente constitucionalizado, lo cual implica en últimas que tal poder no se puede ejercer por fuera de la órbita y de los límites de la Constitución y, en ese sentido, todo el aparato judicial del Estado debe evitar cuanto pueda el uso de la violencia

legítima⁷⁸ para que su actividad sea conforme con la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Se concluye pues que el sistema penal de tendencia acusatoria en el marco del Estado social de derecho se perfila como el más ajustado para garantizar los derechos de los individuos sometidos a la ley penal, dado que propende por una mínima intervención en su actuar como individuos,

⁷⁸ La estructura del Estado moderno concentra el ejercicio punitivo bajo la figura del monopolio legítimo de la violencia, a partir de cesiones ciudadanas respecto a medidas coercitivas estructuradas en un sistema penal cuyo fin es el cumplimiento de una función organizativa del Estado en un marco de derechos y garantías fundamentales. Esto implica que en el fundamento del derecho penal se encuentra la prohibición de la violencia privada y el monopolio en su ejercicio legítimo por parte del Estado, en tanto son los mismos ciudadanos quienes demandan de estos instrumentos necesarios para lograr seguridad desde el respeto y garantía a los derechos fundamentales de todo el colectivo (Briceño, 2007).

Sin embargo, lo que se encuentra hoy en día es una concepción de máxima intervención del derecho penal para la resolución de una categoría cada vez más amplia de conflictos en las sociedades modernas, como un recurso de primer orden dentro de una cultura reactiva de emergencia que conlleva una idea de eficacia casi exclusiva sobre el mismo, desvirtuando con ello las funciones y los principios de un verdadero Estado social de derecho. En consecuencia, siempre que este asume posiciones tanto de garante como de interventor de las libertades públicas fundamentales, las políticas de seguridad tienden a invadir de los espacios de libertades ciudadanas, a fin de mantener una falsa expectativa de seguridad, sin atacar de fondo las bases de la problemática criminal imperante, lo cual tiene como efecto en últimas la deslegitimación de la función punitiva del Estado como medio de control.

En esta tesis se señala por tanto la necesidad de una adecuada interpretación de la estructura normativa existente, a la luz de los principios constitucionales de nuestro modelo social de derecho, que persiga efectivamente la reducción del crimen, pero considerando otros medios para contrarrestar la violencia antes que la vía penal, así como diversas alternativas de control ya previstas, y en donde coexistan la garantía de libertad con el hecho violento, sin que ello signifique que la lucha contra este último se convierta en un justificante para llevar a cabo todo tipo de restricciones sobre la primera. En ese sentido, en tanto las sociedades actuales no encuentran otras formas de combatir la violencia más que con la violencia intrínseca del derecho penal, lo que se demanda de quienes tienen la responsabilidad de precisar estas políticas es un enfoque orientado primordialmente al respeto por la libertad de las personas y el desarrollo social.

Así pues, la respuesta dada por el Estado social de derecho a través de la legislación penal para el hecho violento conoce una doble exigencia: el fin de las dinámicas generadoras de tal violencia y el respeto a las normas de equidad y justicia, lo cual se materializa en formas de control activo y directo, mediante el recurso a las normas penales, y en formas pasivas, limitantes de la violencia estatal, a partir de las libertades y garantías establecidas constitucionalmente (Briceño, 2007). Tal exigencia surge desde una comprensión de las relaciones entre la función del castigo y el sistema penal que considera que:

Los difundidos patrones de significado cultural sin duda influyen en las formas de castigo, aunque también se da el caso de que los castigos y las instituciones penales contribuyan en la conformación de una cultura globalizadora y en la generación y regeneración de sus condiciones. Se trata de un proceso bidireccional [...], el castigo está conformado por vastos patrones culturales originados fuera de él, pero también genera sus propios significados, valores y sensibilidades locales, que contribuyen de manera reducida pero significativa, al rompecabezas de las formas de la cultura dominante. Por ende, en lo que a la cultura se refiere, las instituciones penales son tanto “causa” como “efecto”. (Garland, 1999, p. 290)

Es decir, para este autor, no bastan los documentos sobre políticas ni los informes de comisiones, sino que en el ámbito penal tienen más peso las rutinas diarias de sanción y la política institucional aplicada para la creación de significados específicos, a fin de realizar los valores y nociones propias expresadas en la penalidad.

fundándose para ello en diversos principios y herramientas, tales como la inmediación, la presunción de inocencia, la oralidad y el juicio público y contradictorio, entre otros. Todas estas figuras resultan materia de conocimiento imprescindible para el juez penal en este modelo de Estado, pues es él finalmente la persona encargada de asumir la optimización de los derechos fundamentales dentro del proceso penal.

1.7. El rol constitucional del juez penal como optimizador de derechos fundamentales

La Constitución de 1991 se comprende como un pacto que regula las relaciones entre el Estado y sus asociados, según el cual al primero le es entregado el monopolio de la justicia, y de ello su legitimidad estriba, no solo en el reconocimiento, sino en la búsqueda permanente de la garantía de los derechos fundamentales, aun en el ejercicio práctico de la justicia⁷⁹. Esto significa en últimas que la actividad del Estado debe construirse y programarse desde la sociedad y desde los derechos fundamentales, los cuales condicionan su actividad, derivada de lo pactado en la Constitución Política.

De lo anterior se deduce que el principal rol de la justicia penal en Colombia es el de ser garante de los derechos fundamentales, los cuales se vinculan constitucionalmente con acciones positivas, de respeto y promoción, y negativas en tanto no son limitados. La discusión gira aquí en torno a precisar las funciones del juez⁸⁰ en el Estado moderno, en la medida en que algunos autores se inclinan más por un análisis respecto a la labor de creación e interpretación del derecho⁸¹, en tanto que otros discuten el rol de los jueces y los tribunales constitucionales frente a una jurisprudencia

⁷⁹ Para García, Uprimny y Rodríguez (2006), estos principios aparecen en la Constitución de 1991 como un reflejo del constitucionalismo desarrollado durante la Ilustración, a partir de escritores como Rousseau, Kant, Montesquieu, y de determinados principios elementales como la separación de poderes, la garantía de los derechos humanos, la participación del pueblo en las decisiones políticas y el monopolio estatal del ejercicio del poder.

⁸⁰ Se entiende en su acepción general de juez penal constitucional, como garante de los derechos fundamentales.

⁸¹ Por ejemplo, López Medina (2006) reconoce la importancia del juez penal como creador jurídico, en tanto pronuncia el derecho que soluciona determinadas controversias, sobre todo cuando sus decisiones tienen carácter vinculante para jueces de instancias inferiores. Por su parte, Vidal (2005) acepta la importancia de la validación que debe hacer el juez para dirimir derechos fundamentales en colisión, pues la interpretación que realiza busca superar las dificultades presentes en casos concretos, teniendo como fuente principal la propia Constitución.

ya establecida⁸². En el caso colombiano, gran parte de la cuestión apunta a que los jueces penales dejen de ser meros operadores jurídicos⁸³ y pasen a ser garantes de los derechos fundamentales, intermediarios entre la ciudadanía y el ordenamiento jurídico, estableciendo significados de manera objetiva, apegados a las reglas de la hermenéutica jurídica de la Constitución y las normas, con el fin de hacer efectivos los derechos de los individuos.

Para comprender entonces cuál es el rol que desempeña este juez penal es primordial explicar en principio qué se entiende por garantías, como objeto preponderante en la labor de dicho funcionario judicial:

Muchas medidas procesales en el marco de la investigación penal pasan necesariamente por [...] la inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales solo pueden ser afectados judicialmente. Si se ejecutan tales medidas [...] que afectan el derecho fundamental del investigado no existe posibilidad de retornar la situación al estado anterior a la posible vulneración al derecho y por esa razón la carencia de un control se opone al dictado constitucional de protección judicial efectiva acordada al poder jurisdiccional. Pero además, la doctrina avanzó en no entender la posición de este funcionario [el juez] como una traba en el proceso de investigación penal. Por el contrario, [...] lo consideró un colaborador indirecto de la Fiscalía que le da funcionalidad al proceso penal en la medida en que previene errores y posibles falencias procesales, cuyo efecto sería la nulidad de las actuaciones, y desde ese punto de vista le asigna una posición de equilibrio proyectada a la perfección de la recolección probatoria en la fase preparatoria. (Guerrero, 2006, p. 159)

El juez penal es así garante de los derechos fundamentales, desde un punto de vista formal y material⁸⁴, puesto que ampara lo dictaminado por la ley para garantizar el debido proceso y velar

⁸² Tales como Jaramillo y Tamayo (2011) o Gutiérrez (2016), quienes reconocen el papel fundamental que juega el precedente dentro de la labor del juez.

⁸³ En principio, se acostumbra a referirse a quien se dedica al análisis de los casos de justicia como operador jurídico (Montealegre, 2006); sin embargo, la propuesta es que dicho funcionario no se conciba como un simple *operador*, sino también que esté abierto a crear líneas de acción dentro de estos casos.

⁸⁴ Sobre la distinción y difuminación del aspecto formal y material en el proceso penal, Barbosa (2005) señala:

[...] en el fondo, toda formalidad debiera estar concebida con propósitos que tienen efectos sustanciales. Además, de manera progresiva se ha advertido que existen múltiples normas característicamente procesales que tienen efectos sustanciales, como aquellas que tienen que ver con la libertad del procesado, las garantías de los sujetos procesales, etc. Así, se pueden diferenciar hoy en

por el respeto de dichos derechos. Es decir que, en su ejercicio interpretativo, el juez no puede conformarse con el chequeo de los requisitos formales para la limitación de las libertades y derechos de los intervinientes, sino que debe indagar adecuadamente los fines constitucionales de las medidas judiciales adoptadas, contando por ejemplo con un criterio fundamentado sobre lo que es la libertad, la privación de la misma y, más aún, la justicia en sí misma, así como sobre otros principios y derechos constitucionales que prevalecen en la ley⁸⁵.

Desde esta perspectiva, la injerencia del Estado en la vida social y económica de las personas se plantea de modo que ayude a la gestión, planificación y administración en cuestiones culturales, sociales y económicas de todo el colectivo, así como en la investigación y en la administración de la justicia, de modo que se conciben los aspectos coercitivos y de control como herramientas para ayudar precisamente a generar el bienestar deseado. Dado que la administración de la justicia constituye una de las claves para dicho fin, es de suyo entender que la ley deba estar en directa armonía con los dictados de carácter constitucional, y por eso el juez penal ya no viene a ser un convidado de piedra en este escenario, dado que tiene a su cargo el ejercicio de las facultades que se desprenden de la misma Constitución.

Una discusión que resulta hasta el momento inacabada es la de si este juez, al resolver el caso puesto a su consideración, aplica o crea derecho⁸⁶. Esta tesis considera que el ejercicio

día normas procesales sin repercusiones sustanciales y normas procesales con efectos sustanciales. Pero, además, existen normas procesales regulatorias, modificatorias y en algunos casos subrogatorias de normas sustanciales. (p. 112)

⁸⁵ A partir de la formulación del artículo 250 de la Constitución Nacional, que señala las funciones de la Fiscalía General de la Nación, se derivan principios como el debido proceso y el derecho a la libertad, además de los derechos consagrados en el Capítulo I, Título II. Eventualmente, estos derechos pueden colisionar, caso en el cual la ponderación es el método de interpretación aplicable por excelencia. Sin embargo, no siempre esta es la solución adecuada, por cuanto la Carta prevé derechos que prevalecen en el ordenamiento interno, de donde en principio se colige que no son susceptibles de ser limitados para asegurar la vigencia de otros. El ejemplo más dicente se evidencia en la prelación de las prerrogativas iusfundamentales de los niños, según lo dispone el inciso 3 del artículo 44 superior: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

⁸⁶ Alrededor de este tema se plantean cuestionamientos como los siguientes:

Todo jurista que haya tenido alguna experiencia práctica en materia judicial sabe perfectamente que, en lo que concierne a la interpretación, existe una gran dicotomía entre la teoría de la doctrina y la realidad de las normas y de su aplicación cotidiana: por un lado tenemos la teoría que la explica como una operación perfectamente reglada y exacta, mientras que, por el otro, nos enfrentamos a la realidad de los jueces, humanos cuyas decisiones no solo se hayan determinadas por las normas —como ellos las entienden— sino, también, por sus sentimientos y concepciones sobre lo *justo* y lo *correcto*.

interpretativo combina la aplicación y creación del derecho, sin que esto implique la usurpación de la función legislativa a cargo del Congreso (estipulada en el artículo 150 de la Constitución): si bien es cierto que el juez penal está sometido al imperio de la ley, a la luz del artículo 230 superior, igualmente cierto es que el proceso intelectual, al término del cual el fallador adjudica una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, se caracteriza por un margen de libertad que permite la ponderación de derechos, y la consecuente imposición de medidas que optimicen las prerrogativas iusfundamentales de los sujetos, sin que aquellas deban estar necesariamente agotadas en la literalidad del precepto legal.

Este espacio de libertad reglada, en cuanto sometida a la ley, permite la maximización de los derechos y es reflejo del diverso papel que cumple el juez penal en el Estado social de derecho, en su labor de interpretar y aplicar la ley (Colmenares, 2012), a fin de asegurar el goce de las libertades y derechos de la totalidad de asociados. En tal sentido, la Corte establece que:

Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de estas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. (CC, C-037, 1996, p. 10)

Por otra parte, la administración de justicia debería de estar íntimamente ligada a la política criminal, en la medida en que esta se define desde el punto de vista constitucional como el conjunto de respuestas de variada índole que se consideran necesarias por parte del Estado para

Pero, ¿cómo puede el juez fallar los casos particulares *respetando la letra de la ley* y, a la vez *adaptándola a las necesidades específicas de la situación de que debe resolver*? ¿Cómo puede el juez cumplir con su noble y compleja misión?

Pues, para resolver este impasse el propio discurso jurídico le dio la solución: los argumentos interpretativos (*a pari, a fortiori, a contrario, a rubrica, psicológico, sedes materiae, ab auctoritate, histórico, teleológico, económico, a coherentia, ad absurdum, pragmático*). (Mantilla, 2009, p. 585)

afrontar comportamientos que pueden calificarse como reprochables o perjudiciales socialmente, con el propósito ulterior de salvaguardar los intereses esenciales del propio Estado, así como los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción (CC, C-646, 2001). En Colombia, esta política es coordinada a través del Consejo Superior de Política Criminal, organismo de carácter colegiado que funge como asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la referida política pública (Congreso de la República de Colombia [CRC], Ley 65 de 1993, art. 167).

Si la política criminal es el conjunto de mecanismos elaborados por parte del Estado para afrontar las conductas consideradas perjudiciales para la convivencia social, es entonces el juez penal quien, de manera armoniosa con los principios fundamentales constitucionales, debe dar respuesta a los requerimientos de la comunidad en materia de justicia⁸⁷, como forma de alcanzar el bienestar general, para lo cual es menester que conozca y comprenda a fondo esa realidad que le atañe. Se entiende entonces que la humanización de la política criminal es clave en este punto para poder efectivizar los preceptos de un Estado social, democrático y de derecho, y lograr así una real convivencia democrática que permita el alcance de la paz social, tan anhelada por la sociedad colombiana.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha defendido permanentemente la tesis que sostiene la importancia de la figura del juez del Estado, al afirmar que supera los simples formalismos y es

⁸⁷ Estas demandas de la comunidad son reconocidas institucionalmente, como lo evidencia el informe del Consejo Superior de Política Criminal (CSPC), pero aún no tienen una respuesta concreta por parte de las autoridades:

A propósito, persisten algunos temas sobre los cuáles se ha evidenciado demanda, tanto del legislador como de la ciudadanía, así como de otras instituciones públicas y privadas, de lineamientos y directrices por parte del Consejo. Entre estos se destacan: i) prevención y respuesta a los fenómenos de violencia contra niños, niñas y adolescentes; ii) presupuesto y recursos asignados a la política criminal; iii) fenómenos de criminalidad de alto impacto como el hurto en sus diferentes modalidades o el microtráfico; iv) reincidencia; y, v) prevención y respuesta a los delitos cometidos por adolescentes y jóvenes, entre otros. (CSPC, 2018, p. 44)

En concordancia con esto, y de acuerdo con cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal (2020), para el lapso comprendido entre enero y abril del año en curso, el homicidio continuó ocupando el primer puesto en muertes violentas, con 48.73 puntos porcentuales, con lo cual casi dobla la cifra de la segunda causa — evento de transporte, con 26.39 %—.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación (2020) registra un total de 2383 noticias criminales en el mes de diciembre de 2019, solamente por el delito de homicidio, valor que representa un incremento respecto al mes de noviembre, el cual se posicionó en 2063.

Finalmente, en un estudio reciente de la Universidad de los Andes (Norza y Tamayo, 2018) se dio cuenta del comportamiento de la criminalidad en Colombia, resultando de especial interés los datos que evidencian una disminución en la comisión del punible del homicidio.

mucho más que un ente fiscalizador del cumplimiento de la ley. Para la Corte, su papel es el de ser un protector de los derechos fundamentales de las personas, por lo cual se espera que los jueces penales estén a la altura del papel al que están llamados a cumplir en las democracias modernas (T-1145, 2005).

Si bien los derechos fundamentales no son de carácter absoluto⁸⁸, es a través de su efectivización que se juega el auténtico interés de generar una posibilidad real dentro del orden social frente al respeto y la promoción efectiva de los mismos. El juez, las autoridades y la sociedad, deben comprender entonces que allí donde un derecho es violado, se toca el conjunto de toda la organización social (Aponte, 1993) y, en ese sentido, ideas como la de la *inmolación* de derechos⁸⁹ quiebran el interés general en su base misma. Esta búsqueda de respeto y promoción de derechos adquiere relevancia particular sobre todo en la actualidad de nuestra realidad nacional, cuando las decisiones de los jueces penales se enmarcan dentro de la búsqueda de una paz estable y duradera, y la justicia se abre también a los cambios necesarios para que dicha paz sea una realidad⁹⁰.

Como nota final, parece importante aclarar que, no obstante la diversidad de instituciones abordadas en la presente investigación que permitieron analizar el rol del juez penal en la optimización de los derechos fundamentales, cabe advertir que sobre este punto podría desarrollarse un estudio con mayor profundidad, pero el mismo sería pensado para una siguiente etapa de investigación (posdoctoral) enfocada en el tema de preacuerdos.

⁸⁸ Una discusión zanjada es aquella que giraba en torno al carácter absoluto o relativo de los derechos. Tanto la jurisprudencia y la doctrina aceptan que no existen derechos absolutos, de allí que sea necesario acudir a la ponderación cuando los mismos colisionan. Un ejemplo de esta postura lo brinda un fallo de la Corte Constitucional, en el que se explica cómo el debido proceso, y más específicamente, el derecho de defensa, no son facultades absolutas y por lo tanto pueden ser limitadas, más no suprimidas, en su aplicación (C-475, 1997).

⁸⁹ La *inmolación*, referida al sacrificio al que supuestamente se someten los derechos fundamentales en aras de la salvaguarda del propio Estado, constituye un exabrupto que no puede sostenerse en un Estado que se denomine social y de derecho; al respecto, consultar Umaña (2004) y Botero (2006), por citar dos autores colombianos que se ocuparon del tema.

⁹⁰ La búsqueda de la paz para la sociedad colombiana, convulsionada por décadas a causa del conflicto armado interno, necesariamente pasa por entrelazar el reconocimiento de las víctimas y sus derechos fundamentales. Bajo este axioma, y en virtud del acuerdo de terminación del conflicto y dejación de armas suscrito entre el Estado colombiano y las Farc-Ep, se creó la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como un componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición.

Conclusiones

El Estado social de derecho consagrado en la Carta Constitucional colombiana de 1991 se reconoce como marco legal y político idóneo para el desarrollo de un sistema penal plenamente garantista, materializado en la estructura del actual Sistema Penal Acusatorio. En principio, la sola formulación de *Estado de derecho* resultó insuficiente para efectivizar en el sistema penal los principios y derechos fundamentales de la persona humana, dada la tendencia a no considerar relaciones de poder entre los asociados, traducida prácticamente en distorsiones y desbalances jurídicos. Por ello, la categoría *social* del Estado de derecho implica tener en cuenta las diferencias inherentes a los individuos, promoviendo en la práctica una igualdad legal real que garantice en últimas el bienestar necesario y una convivencia armoniosa y justa. En esa misma medida, el Estado social de derecho se reconoce como una fórmula política fundamentalmente orientada a la salvaguarda la dignidad humana de todos sus asociados.

Esta noción *social* incluye entonces, por definición, la efectivización de los derechos sociales y la materialización de la igualdad entre los asociados, lo cual puede sintetizarse bajo el concepto de *procura existencial* (*Daseinvorsorge*), asociado a la actividad prestacional del Estado para con todos sus asociados y al abandono por parte de este de su típica actitud pasiva, tan propia del liberalismo, para pasar a ocupar un papel más activo en la orientación y regulación del proceso socioeconómico.

En materia penal, esta denominación social no se agota con la incorporación de los principios superiores constitucionales, sino que requiere la configuración total del aparato estatal, a partir del reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos fundamentales en todo tipo de procesos, dado que en el origen de los mismos se reconocen esfuerzos sociales y políticos que no pueden ser ignorados. En ese sentido, una idea central es esta revalorización del juez penal en Colombia, por ser sobre él quien reposa la posibilidad/responsabilidad de realizar mayores aportes propios dentro de la política criminal.

En el encuentro entre las concepciones sociales y de derecho asociadas al modelo estatal se encuentra pues la seguridad jurídica que brinda el principio de legalidad y la efectivización de los derechos fundamentales constitucionales como elementos orientadores de la acción estatal. Asimismo, el principio de igualdad cobra también relevancia, ya no meramente formal, sino en

tanto exige una concreción en la lucha contra las desigualdades sociales, especialmente de poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, como forma de dar contenido a la justicia social mediante la sujeción al orden constitucional.

Finalmente, se tiene que el sistema procesal penal y la política criminal en su conjunto aparecen sometidos ahora a la Constitución, lo que exige en todo momento la rigurosa observación del principio de dignidad humana, articulador de todo el Sistema Penal Acusatorio.

Se colige de este modo la plena sujeción del derecho procesal penal a la Constitución, sustentada en el artículo 4 superior, por lo que el ejercicio de la política criminal exige primariamente de un análisis constitucional ante cualquier decisión en un proceso penal, definiendo así el papel último del juez en el Sistema Penal Acusatorio.

Esto implica necesariamente un enfoque distinto sobre el rol de los jueces penales, encargados de materializar en sus decisiones los postulados superiores, si bien es necesario reconocer que dicha tarea no es fácil, y requiere de un ejercicio hermenéutico de interpretación y aplicación de la ley penal que asegure la completitud de las funciones judiciales, a partir del clausulado legal superior, en la medida en que no basta ya con la verificación de los requisitos formales para la limitación de libertades y derechos, sino se requiere de una indagación adecuada respecto a los fines constitucionales de tales medidas, a partir de criterios fundamentados y argumentados sobre los principios y derechos contemplados en la Carta. Además, tal argumentación jurídica exige ahora una sustentación sobre bases sólidas, que evite el desconocimiento de prerrogativas constitucionales, a partir de un adecuado conocimiento del núcleo duro del derecho o garantía fundamental en juego, vinculado a un ejercicio de ponderación como vía de efectivización de la política criminal a la luz del Estado social de derecho.

De este modo la figura del juez penal pasa a ser la de un funcionario que efectiviza derechos fundamentales a través de sus decisiones, estableciendo pautas constructivas dentro de la política criminal. Esto implica entonces una posibilidad de garantía de tales derechos desde una perspectiva ética, pero concreta, traducida en una mayor efectividad de la política criminal ante la realidad social colombiana, a partir del reconocimiento de sus particularidades propias. Las garantías se revelan de este modo como instituciones *a favor* de los individuos para el reconocimiento de sus derechos, como un reflejo claro de la proyección del Estado democrático sobre el sistema penal.

Entonces, frente a la verificación real de que los jueces penales en Colombia basan generalmente sus decisiones en una lectura literal de la ley, omitiendo el ejercicio hermenéutico e integrador propio de su ejercicio penal, la precisión constitucional respecto a sus funciones señala que la labor de estos no se agota en la resolución de conflictos a través de un veredicto último, sino que se requiere también la consideración respecto a los significados operativos y esenciales de los valores supremos contenidos en la Carta.

Ahora bien, ante la pregunta por la eventual e ineludible colisión de principios, surge la necesidad del juicio de ponderación, para definir las concesiones de unos frente a otros, ejercicio interpretativo propio del juez en su rol constitucional, en el marco de las funciones que le ha sido asignadas por la Carta, de forma que el poder penal no se ejerza ya por fuera de los límites de la misma, sino conforme con la dignidad humana y los derechos fundamentales allí reconocidos. No está de más recalcar que el ejercicio interpretativo que combina aplicación y creación de derecho no significa de ningún modo la usurpación de las funciones del Legislativo, sino que tal proceso intelectual posee un margen de libertad abierto a la consecuente imposición de medidas que optimicen las prerrogativas fundamentales de los individuos.

En síntesis, los principios constitucionales de nuestro Estado social de derecho identifican a la persona humana como el centro gravitacional de todo el ordenamiento penal, convirtiéndolo así a la política criminal en ciencia del poder penal constitucionalizado, conforme con la dignidad y los derechos fundamentales reconocidos en la Carta. En este esquema, el juez penal es el encargado de dotar de significado los valores demarcados en el Estado social de derecho, con capacidad para efectivizar los derechos fundamentales, más allá de la aplicación de la sanción específica, y con un margen de acción más amplio y autónomo frente a la realidad de la sociedad colombiana, soportado en la Constitución.

2. La optimización de derechos fundamentales por medio de las decisiones del juez penal en Colombia

En Colombia, los jueces penales pueden contribuir constitucionalmente⁹¹ con la optimización de derechos fundamentales por medio de sus decisiones, valiéndose para ello de distintas herramientas legales que así lo permiten. Para analizar esto es necesario hacer primero una revisión del impacto que el garantismo ha tenido en el proceso penal colombiano, considerando los métodos de interpretación jurídica en el Estado social de derecho, desde la exégesis hasta la ponderación, para perfilar el paso conceptual que lleva desde la mera solución de un conflicto a la optimización de los derechos fundamentales de los implicados por medio de la decisión judicial. Esto implica la identificación de algunos aspectos importantes de optimización de dichos derechos en el proceso penal, con fundamento en la aplicación del test de proporcionalidad, lo que permitirá realizar luego el análisis de algunas decisiones que responden a este esquema.

2.1. El impacto del garantismo en el proceso penal colombiano

En este primer apartado se procede a hacer una revisión sobre el papel del garantismo en el proceso penal colombiano, desde una perspectiva que contempla tres aspectos fundamentales: las audiencias preliminares en el Sistema Penal Acusatorio, la fuerza del garantismo judicial dentro

⁹¹ El artículo 4 de la Carta Política estipula la supremacía de la Constitución sobre el resto de ordenamiento jurídico, por lo cual siempre la aplicación de la ley debe ser concorde con la Constitución y los postulados que en dicho sentido establece la Corte Constitucional. Por tales razones, los jueces tienen la obligación de abstenerse de aplicar una norma si encuentran que esta contradice de manera clara y directa a la Carta, situación denominada *excepción de inconstitucionalidad*, y resaltada por la Corte en sentencias como la SU-132 de 2013 y la T-389 de 2009. Partiendo de lo anterior, los jueces, independientemente de su jerarquía o competencia material, deben analizar en cada caso concreto que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución, con lo cual es posible afirmar que todos ellos tienen una cierta jurisdicción constitucional, como lo afirma la misma Corte en el Auto 087 de 2001.

del proceso penal colombiano, y finalmente, el rol del juez penal como protagonista del nuevo proceso penal.

Previo a ello, es importante tener en cuenta cómo, según Ferrajoli (2006), las garantías tipológicas identificadas en el área del derecho penal corresponden todas a la noción de un *derecho penal mínimo* que intenta poner límites al poder punitivo del Estado, por lo cual resultan absolutamente relevantes en el cumplimiento de los fines del Sistema Penal Acusatorio, en la medida en que la esencia del mismo es ser garante y por ello, como ya se mencionó en el capítulo anterior, constituye el modelo más ajustado al Estado social de derecho que rige en Colombia, cuyo centro de acción es el individuo en sí. Con todo, el mismo garantismo puede cubrir diferentes matices⁹², en tanto se presenta como una filosofía política o teoría de la justicia que averigua la forma organizativa más humana posible, de ahí que sea esencial la separación entre derecho y moral:

El garantismo impone sobre el Estado y el derecho positivo una carga de justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituyen precisamente la finalidad de ambos e impone sobre el derecho penal todo un modelo normativo de legitimación y, sobre todo, de deslegitimación. (Prieto, 2008, p. 3)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional señala que:

⁹² Dos de los mayores exponentes del garantismo contemporáneo son Ferrajoli (1995; 1999; 2009), quien lo entiende como un modelo de derecho que subordina rígidamente todos los poderes a la ley y a los vínculos impuestos como garantía de derechos, y Zaffaroni (1993; 2005; 2006; 2015), para quien el acento se encuentra en el análisis crítico del poder punitivo del Estado desde una perspectiva de funcionalismo reductivo, es decir, de una forma de criminalismo mínimo tendiente al abolicionismo. Con todo, la corriente del garantismo es muy grande, y sus derivaciones comprenden incluso otras ramas diferentes a la del derecho penal, como la teoría del Estado, la filosofía del derecho y el derecho constitucional, con resonancias sociológicas y políticas en la obra de autores como Arendt (1981) y Bobbio (1988; 1991; 1996, 2003); otros trabajos serían los de Binder (1997), Carcova (1998), Ibáñez (1999), Cardoso (2013). En el ámbito del derecho penal, autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000) parten de una concepción pesimista del poder estatal, siempre en tensión en todas las instancias del sistema penal, debido la confrontación existente entre el ejercicio del poder punitivo y los principios del Estado de derecho, mientras que, por otra parte, Melossi (1989; 1991) defiende la idea de superar este tipo de aproximaciones tan dogmáticas, dado que el ejercicio de equiparar en todos los casos al poder público con la parte fuerte puede terminar por proteger los intereses específicos de elementos dominantes dentro de la sociedad civil, como pudieran ser las grandes corporaciones económicas, mediáticas o políticas, entre otros (Rafecas, 2004).

En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento⁹³, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de esta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de *habeas corpus*. (CC, C-591, 2005, SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO- Características)

Aquí la Corte amplía el espectro de aplicación de la garantía de los derechos fundamentales, más allá del juez en función de control de garantías, al punto de hacerlo extensivo también a los jueces de conocimiento, de tutela y de *habeas corpus*, revalidando realmente a la figura del juez penal como garante del respeto de dichos derechos dentro del proceso.

A partir de aquí se entiende entonces la figura del juez penal garantista⁹⁴ como la de aquel que prioriza la observancia del cumplimiento de los derechos fundamentales en sus decisiones, sobre todo cuando existe un poder punitivo del Estado que puede generar condiciones de desigualdad frente a quienes infringen la ley, en la medida en que dicha infracción no anula en el individuo su condición de ser parte fundamental y esencial del derecho, ni el reconocimiento de su dignidad humana como persona. De este modo, la salvaguarda de los derechos fundamentales involucra tanto al legislador como al juez y a todos los demás operadores jurídicos, superando lo meramente nominativo para convertirse en una exigencia de concreción en las decisiones judiciales penales.

⁹³ Como se mencionó en el primer pie de página de este capítulo, la Corte ha desarrollado en diferentes jurisprudencias el deber de los jueces de no ser simples aplicadores de la ley, sino garantes de los derechos fundamentales de los implicados en el proceso, lo cual implica que, desde la Constitución de 1991:

[Se] enalteció la función de todos los jueces, sin importar su especialidad por la jurisdicción a la cual pertenezcan, como guardianes de los derechos constitucionales fundamentales (art. 86 de la C.P.). Por lo tanto, todos los jueces pertenecen en un sentido funcional a la jurisdicción constitucional y son órganos de la misma. (CC, Auto 087, 2001, JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL-Estructura)

⁹⁴ Es respecto a este juez penal al que se hace alusión en la presente investigación doctoral, sin desconocer que también a los jueces de las otras áreas de derecho les corresponda ser guardianes de la Constitución.

Con esta perspectiva contextual, el impacto del garantismo en el proceso penal colombiano se puede analizar a partir de los tres aspectos fundamentales mencionados inicialmente:

1. Sobre las audiencias preliminares⁹⁵, se debe señalar que son aquellas en donde se toman decisiones, resuelven peticiones y realizan actuaciones que no serán solucionadas, adoptadas u ordenadas en audiencia de formulación de acusación, preparatoria, o juicio oral, las cuales corresponden por disposición legal al juez de conocimiento, en tanto las preliminares son resueltas por el juez en función de control de garantías⁹⁶, quien aparece así como el protector principal de los derechos fundamentales⁹⁷, al dotar de validez material y formal a la actuación de la Fiscalía General de la Nación y corroborar si dichas medidas son idóneas, necesarias y proporcionales. En ese sentido se anota lo siguiente:

Cabe destacar que las audiencias preliminares que más controversia arrojan por la falta de claridad respecto al poder del juez de control de garantías para intervenir, en aras de concretar una efectiva protección y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales

⁹⁵ El *Manual de Procedimiento de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio* (FGN, 2006a), define las audiencias preliminares como:

[...] aquellas que se realizan ante el juez de control de garantías durante la indagación y la investigación para ordenar o controlar actuaciones, resolver peticiones o adoptar decisiones. Por excepción tienen lugar en la fase de juzgamiento, por ejemplo para resolver una solicitud de prueba anticipada, o de legalización de captura producida con posterioridad a la presentación del escrito de acusación, [siempre presididas por un juez en función de control de garantías]. (p. 93)

⁹⁶ Según el artículo 153 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal [CPP]), estas audiencias se realizan en la primera fase de la indagación, donde existe una inferencia razonable respecto de la autoría y/o participación del sujeto en calidad de indiciado y se advierte en mayor medida la afectación de derechos fundamentales, por lo cual constantemente debe recurrirse al test de proporcionalidad para resolver dicha colisión. Es diferente en la etapa investigativa, pues allí ya se aumenta el grado de certeza sobre la presunta responsabilidad de autoría y/o participación, y lo que comienza a organizarse es la práctica del juicio oral, a través de la audiencia de acusación y preparatoria. No obstante, lo que se sostiene en esta tesis es que, en cualquiera que sea la etapa del proceso, el juez penal debe actuar como titular y protector de los derechos fundamentales.

⁹⁷ Particularmente en esta fase específica (luego pasa a ser competencia del juez de conocimiento), aunado a las demás revisiones legales y de forma que se deben tener en cuenta para la práctica del juicio oral. El artículo 154 del Código de Procedimiento Penal anota que se tramitará en audiencia preliminar: i) el acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las 36 horas siguientes; ii) la práctica de una prueba anticipada; iii) la orden de adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos; iv) la resolución sobre la petición de medida de aseguramiento; v) idénticamente sobre la petición de medidas cautelares reales; vi) la formulación de la imputación; vii) el control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad; viii) las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo; ix) las que resuelvan asuntos similares a los anteriores (CPP, 2004).

de los ciudadanos, son aquellas que tienen que ver con la imputación, la imposición de medidas de aseguramiento y la legalización de captura, en cuanto se procede en situaciones en las cuales existen ciudadanos que han sido aprehendidos en flagrancia y *per se*, cuando llegan ante el funcionario de control ya tienen comprometidas sus garantías. (Trujillo y Díaz, 2014, p. 30)

Las garantías constitucionales deben servir aquí como límite a la injerencia del Estado, pero, ante todo, deben posibilitar que los derechos fundamentales puedan ser gozados y ejercidos en su plenitud, siendo tal vez afectados cuando el Estado ejerce su acción punitiva, pero no por ello desconocidos⁹⁸.

Sin embargo, lo que sucede en la práctica es que en la audiencia de formulación de imputación no se están garantizando efectivamente los derechos del imputado (Patermina, 2012); por ello es necesario realizar cambios en el procedimiento que tengan en cuenta los objetivos últimos del proceso oral adversarial y los principios constitucionales, para así hacer del Sistema Penal Acusatorio un instrumento más humano y garantista. En el mismo sentido, la audiencia de formulación de imputación de cargos constituye actualmente uno de los momentos en el que se tiene mayor desconocimiento de las garantías, dado que, por ejemplo, en algunas ocasiones la comunicación de los hechos jurídicamente relevantes no se hace adecuadamente según lo establecido en la norma, de manera sucinta y clara, respecto a circunstancias específicas de tiempo, lugar, tipicidad objetiva, tipicidad subjetiva (dolo), antijuridicidad y reproche de culpabilidad, sin entremezclar hechos que se adecúen a la descripción normativa con otros aspectos mencionados en informes o medios de prueba, que aunque son importantes no se requiere específicamente la lectura de su transcripción para cumplir con una correcta comunicación al indiciado, según lo estipulado en el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal en lo que tiene que ver con el contenido de la formulación de imputación⁹⁹.

⁹⁸ En relación a los debates que se enfrentan legalidad vs. seguridad ciudadana, sucede que muchas veces los procedimientos judiciales no son realizados correctamente y eso hace que el presunto responsable recobre su libertad, a pesar de existir inferencia razonable para que pueda prosperar una medida de aseguramiento en su contra; es allí donde surge la inquietud sobre hasta qué punto debe llegar el garantismo, y es por ello que en el presente trabajo se propone y analiza la figura de un juez penal de miras más amplias y comprometido con la protección de un modelo de Estado social de derecho que le permita aplicar medidas de corte garantista dentro de un marco legal.

⁹⁹ Sobre la problemática existente en materia de indebida comunicación de hechos jurídicamente relevantes, existen múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2011 hasta la fecha, donde

Es en ese sentido que una mala formulación inicial de hechos jurídicamente relevantes afecta todo el desarrollo posterior de la tesis investigativa, y lleva a que eventualmente el juicio oral adolezca de elementos probatorios. Por ello es posible afirmar que:

La imputación es una institución a la cual no se le ha dado la importancia que merece ni el tratamiento que reclama de parte de los jueces de control de garantías, con gran peligro para la administración de justicia, la misma estabilidad y legalidad del sistema procesal implementado, al igual que el imperio de las garantías ciudadanas. Se ha hecho creer que la imputación es un simple acto de comunicación que realiza el ente encargado de la persecución penal al ciudadano, cuando tiene en su poder elementos materiales probatorios o evidencia física que le posibilitan hacer un juicio de inferencia razonada que permita llegar a concluir que [el indiciado] es autor o partícipe de un hecho que tiene la connotación de punible. Más allá de este contexto rosa, la imputación ostenta una mayor trascendencia y un conjunto de implicaciones que devienen insospechadas, ante todo, cuando se presenta una aceptación de la misma, esto es, se origina luego de formulada, un allanamiento a cargos. (Trujillo y Díaz, 2014, p. 40)

En todo caso, las actividades investigativas, ya sea que se realicen en la etapa de indagación antes de la imputación o posteriormente, en la fase de investigación, conllevan la posibilidad de culminar algunas veces con la aceptación de cargos por parte del imputado¹⁰⁰. Sin embargo, cabe señalar que, pese a que se continúe con las investigaciones a lo largo del proceso, según los criterios de *inferencia razonable* en la fase de imputación de cargos, de *probabilidad de verdad* en la fase de acusación, y de *certeza más allá de toda duda razonable* durante el juicio, del mismo modo, la vigencia del principio de presunción de inocencia se mantiene igualmente incólume hasta la

se han casado decisiones y decretado nulidades, entre otras las siguientes: Radicado 34022 de 8 de junio de 2011 (CSJ, 2011a), en un caso de concierto para delinquir y desplazamiento forzado; sentencias SP3168 de marzo 8 de 2017 (CSJ, 2017a) y SP19617 de noviembre 23 de 2017 (CSJ, 2017c), dos procesos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; Auto AP948 de marzo 7 de 2018, en un asunto de prevaricato; sentencia SP4792 de noviembre 7 de 2018 (CSJ, 2018c), en un proceso de lesiones culposas; y sentencia SP2042 de junio 5 de 2019, en un caso de acceso carnal violento, entre otras.

¹⁰⁰ Esta aceptación puede darse en la misma audiencia de formulación de imputación o mediante la celebración de un preacuerdo entre el imputado y la Fiscalía, o incluso posteriormente, antes de iniciar juicio oral, siempre que existan, en cualquier circunstancia, los elementos materiales probatorios pertinentes para sostener la comunicación de los hechos jurídicamente relevantes.

instancia de la condena del imputado por parte del juez penal mediante sentencia ejecutoriada. En este proceso, un momento en el que realmente se pone en riesgo el derecho a la libertad del imputado es cuando el fiscal toma la decisión de citarlo para realizarle una formulación de imputación, ya que entra en juego una posible privación de la misma. En este punto, el papel del juez consiste en llevar a cabo el examen de la validez formal y material de los elementos materiales probatorios aportados¹⁰¹, siempre y cuando se verifique el respeto por las garantías del implicado y le hayan sido comunicados a este los hechos jurídicamente relevantes de forma clara, precisa y completa por parte de la Fiscalía, de modo que la defensa pueda ser activada¹⁰².

En torno a esta importante función, resulta fundamental señalar por último que el juez en función de control de garantías debe imputar al implicado en un lenguaje comprensible, puesto que, generalmente, los tecnicismos se presentan muchas veces como una forma de violentar dichas garantías (Patermina, 2012). Se reitera entonces su papel esencial en esta etapa de imputación de cargos:

No es posible que en este sistema procesal penal con tendencia a lo acusatorio, sin ser un sistema acusatorio, pueda concebirse al juez de garantías como un simple árbitro, un espectador pasivo de una batalla de discurso, donde cada una de las partes intervinientes habla de lo mismo pero en diferente idioma y que al final de cuentas, persuadido por la dialéctica empleada por una de ellas, emita una solución; no puede pensarse [...] un juez que asume un papel pasivo que confunde la imparcialidad con la pasividad. El juez debe actuar teniendo como norte esa frase de Antonio Lorca Navarrete cuando expresó que “el derecho procesal penal es un sistema de garantías orientado a obtener el respeto por los derechos humanos”. (Trujillo y Díaz, 2014, p. 45)

¹⁰¹ Según el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal, cuando el fiscal formula la imputación ante el juez en función de control de garantías debe presentar elementos materiales probatorios y evidencia física que permitan inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito en cuestión, y allí puede solicitar medida de aseguramiento. Entonces, las medidas adelantadas y solicitadas por la Fiscalía deben ser sometidas a un control formal y material en general de la actuación, que debe ser verificada por el juez de control de garantías para revisar el cumplimiento de los presupuestos constitucionales y legales (FGN, 2008).

¹⁰² Lo anterior es confirmado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma que “el conocimiento de los hechos atribuidos y sus correspondientes consecuencias jurídicas permitirá que a partir de esa comprensión, el procesado [decida] de manera libre, consciente y voluntaria, una vez ha sido debidamente informado de las consecuencias” (CSJ, 2009, p. 13).

2. Respecto a la fuerza del garantismo judicial dentro del proceso, es preciso inicialmente determinar que:

El derecho penal es el terreno sobre el cual se han elaborado y edificado a partir del pensamiento ilustrado y las batallas civiles [...] todas las principales garantías de los derechos de libertad: el respeto de la persona, el principio de la estricta legalidad penal, la rígida sujeción del juez a la ley y su separación de la parte acusadora, los principios de ofensividad y materialidad de los delitos, el carácter personal de la responsabilidad penal, la tutela de la libertad de conciencia y de pensamiento, la presunción de inocencia salvo prueba en contrario, la inmunidad de los arrestos arbitrarios y de los tratamientos contrarios a la dignidad de la persona, el valor de la confrontación de las partes y de los derechos de la defensa. (Ferrajoli, 2009, p. 209)

La pretensión del garantismo judicial en cabeza de los jueces de la república se traduce así en la defensa, desde el derecho penal, de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en el proceso. Aún más, dicha pretensión equivale a la comprensión y aplicación de una verdadera política criminal que, teniendo como director al juez penal, a lo largo de todo el proceso permite orientarse siempre hacia el logro del objetivo fundamental de la misma, que es el bienestar común y la reducción de infracciones a la ley, manteniendo presente como un norte la perspectiva de aporte en la construcción de dicha política; nada se gana en Colombia si el sistema no coadyuva a la consecución de estos principios básicos. Una muestra fehaciente de esto es la persistencia de las instituciones carcelarias y penitenciarias como escuelas de violencia, y de los juzgados penales como escenarios congestionados, en algunos casos debido a la capacidad que tienen ciertos indiciados para pagar por la interposición de recursos cuyo único objetivo es ralentizar y entorpecer el normal desarrollo del proceso, con todo lo que ello implica¹⁰³, mientras que en otros

¹⁰³ Un ejemplo de ello lo constituye el caso de Samuel Moreno Rojas, ex alcalde de Bogotá, quien obtuvo tres condenas en su contra por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio (Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, 2016; Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de enero 18 de 2017), cohecho propio interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación agravado, cohecho propio y concusión (Juzgado 11 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, 2019), y peculado por apropiación en favor de terceros y concierto para delinquir agravado (El Tiempo, 2019). Este cuadro ilustra muy bien el desgaste del aparato judicial en el caso una sola persona, que empezó a ser procesada en el año 2011 y cuya primera condena fue expedida en 2016, en parte debido al parecer a una gran cantidad de recursos dilatorios interpuestos por la defensa. Incluso, en uno de los autos en los que el Tribunal Superior de Bogotá resolvió sobre una nulidad, advirtió que:

casos el sistema de defensa pública se ve francamente desbordado en su función de representar a miles de ciudadanos¹⁰⁴.

Lo ideal en estos casos es que quien ejerza el derecho penal, especialmente el juez, comprenda la fuerza que se impone sobre los ciudadanos, entre la autoridad y la libertad, entre la defensa de la sociedad y las garantías individuales, es decir, que ponga realmente límites a través de las garantías procesales penales al sistema de poderes que entra en función cuando el ciudadano infringe la ley (Ferrajoli, 2009).

Así pues, en el país la Constitución Política garantiza en su Título II la salvaguarda de los derechos fundamentales para todos los colombianos y todos aquellos que habiten o transiten por el territorio. Este respeto por la inviolabilidad de tales derechos constituye el fundamento de toda la normatividad, incluida la penal, en el entendido de que hay un límite, desde la misma ley, al *ius puniendi* estatal a partir de la perspectiva del modelo de derechos fundamentales:

Frente al modelo de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal, desde su estructura de principios presenta órdenes concretos de mandato, en la garantía secundaria de materialización de las medidas punitivas, o medidas penales de reproche, concretamente los postulados rectores que se presentan en la Ley 906 del 2004 logran accionar a través de las autoridades judiciales, puntualmente los jueces de control de garantías, medidas de acción frente al ejercicio desmedido de las conductas punibles, es decir, el delito en sí mismo, cuando desde el accionar del Estado los derechos fundamentales quedan limitados por un derecho de *ultima ratio* como lo es el penal, y esa punibilidad va a estar dada por la concreción o materialización, en términos de Ferrajoli, de las garantías secundarias. (Villarreal, 2015, p. 83)

[...] la Sala hace un llamado al juez, a las partes y a los intervinientes, para que mantengan en todas sus actuaciones la debida lealtad procesal, que posibiliten tramitar el proceso de la manera más pronta y oportuna, sin dilaciones indebidas, que se verifiquen los términos procesales, y que se dé estricto cumplimiento a los principios de economía, celeridad y concentración. (Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de agosto 27 de 2014)

¹⁰⁴ Según un informe de datos publicado por el periódico *El Tiempo* (Unidad de Datos, 2017), para el año 2017 la Defensoría Pública contaba con un total de 3800 abogados contratados para llevar un acumulado de 598 535 procesos, y en específico en la rama penal se contaba con un total de 2035 abogados para adelantar 265 964 procesos del Sistema Penal Acusatorio, lo cual constituye una muestra de la enorme congestión que se maneja en la institución.

Lo anterior va en consonancia con lo sostenido por Sotomayor y Tamayo (2017), en cuanto a que la razón de ser del derecho penal es la limitación del poder estatal, y por ello los principios en materia penal, que parten de los postulados constitucionales, existen para evitar que en el ejercicio punitivo se desconozca la dignidad humana y el trato digno que caracterizan a nuestro modelo constitucional. De este modo, el derecho se consolida como una garantía sobre los más débiles frente a los más poderosos. Esta es la verdadera fuerza del garantismo, el reconocimiento de que el Estado tiene unos límites que son en últimas establecidos por los derechos fundamentales, en tanto definen prohibiciones y obligaciones a ese poder y se convierten en verdaderas salvaguardas dentro del marco jurídico particular, en este caso el penal. Baste recordar que, antes de la Constitución de 1991, se gobernaba bajo el denominado *estado de excepción*, por lo cual la Norma Superior quedaba al margen del respeto por los derechos ciudadanos más fundamentales¹⁰⁵.

3. Finalmente, con relación al papel del juez penal, tanto en función de control de garantías como de conocimiento¹⁰⁶, se entiende que es sobre él en quien recae la obligación de poner límite a ese poder sancionatorio, pues se entiende que su deber primario es anteponer el respeto y la observancia de los derechos fundamentales, por ejemplo, en la audiencia de legalización de la captura, uno de los momentos esenciales para iniciar el proceso al indiciado, la cual debe hacerse garantizando por sobre todo el respeto de tales derechos.

En ese mismo sentido, sobre el rol del juez constitucional en el proceso penal en Colombia, resulta pertinente señalar que:

¹⁰⁵ En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se debatió ampliamente sobre los estados de excepción, presentándose un fuerte rechazo al uso abusivo del estado de sitio que se posibilitó bajo la Constitución de 1886, de modo que en el capítulo VI de la nueva Carta Política aparece una regulación extensa de este mecanismo, como forma de evitar que siguiera siendo el *As bajo la manga* del presidente de la república para tomar medidas sin ningún tipo de control y sin consideración alguna de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Basándose en esta idea plasmada en la Constitución, la Corte Constitucional advirtió en la sentencia C-179 de 1994 que las facultades excepcionales del presidente no pueden violentar el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

¹⁰⁶ En esta tesis se da por sentado que el respeto y la observancia de derechos fundamentales está en cabeza tanto de los jueces en función de control de garantías como de los jueces en función de conocimiento. Al respecto, el Código de Procedimiento Penal colombiano estipula que “los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales” (CPP, art. 351); de ello se deduce que el juez de conocimiento también tiene entre sus funciones verificar la no violación de los derechos fundamentales en el caso concreto.

En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. (CC, C-1092, 2003, VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS, 5.1)

De lo expuesto se deduce la importancia que se le da a la figura del juez y a su papel como garante del cumplimiento de los derechos fundamentales dentro del proceso penal. De hecho fue precisamente esa la razón para que, con la discusión de la implantación del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, surgiera la idea de crear esta figura de los jueces en función de control de garantías¹⁰⁷: un juez penal constitucional que garantizara el respeto por los derechos fundamentales y que desplazara en este punto a las funciones delegadas a la Fiscalía General de la Nación, en razón de que, mediante Acto Legislativo 03 de 2002, esta no puede adoptar medidas que impliquen afectaciones a los dichos derechos, salvo en casos excepcionales. En este punto se hace necesario hacer una acotación de lo que se entiende por garantías, las cuales:

[...] tienen como común denominador el factor de protección constitucional y legal frente al poder estatal. Incluso, toda la normatividad establecida para adelantar el proceso consta igualmente como un factor de protección frente a la posible arbitrariedad del Estado. En consecuencia, de la aplicación de estas nociones al proceso penal, se concluye, inevitablemente, que el modelo establecido para el ejercicio de la actividad punitiva se ha de concebir como un sistema que marca límites a la actuación estatal en el ejercicio de la investigación y el juzgamiento penal. (Guerrero, 2006, p. 31)

Establecido este concepto, se infiere que por excelencia el papel del juez penal constitucional viene a ser el de ejercer un control jurisdiccional que aborde la resolución de la tensión existente entre la eficiencia de la persecución criminal, la administración de justicia a cargo de la Fiscalía y los

¹⁰⁷ Al respecto, Arango (2010) anota:

La implementación del Sistema Penal Acusatorio en nuestro medio trajo consigo una figura realmente novedosa: la del juez de control de garantías, funcionario que, como su nombre lo indica, está instituido para ejercer una revisión estricta, no solo formal sino principalmente sustancial, de una importante franja de actuaciones penales, en las que se involucran derechos fundamentales de las personas sometidas a la acción penal del Estado; de allí su papel de garante y con ello el ejercicio de una función eminentemente constitucional. (p. 1)

derechos fundamentales de quien es enjuiciado y queda sujeto al poder punitivo del Estado (Guerrero, 2006). Debido a que el juez penal es constitucional, como lo ha establecido la jurisprudencia (CC, Auto 087, 2001), este tiene la labor de sopesar y ponderar la afectación de los derechos fundamentales del procesado, como se desprende de sus funciones señaladas en el artículo 250 superior. En ese sentido, la misma Corte señala que:

[...] en varias oportunidades esta Corporación ha dicho que el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el “garante de los derechos constitucionales y... supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto”. (CC, C-396, 2007, II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS, 30) [Comillas referidas a las sentencias C-387 de 2003, C-591 de 2005 y C-210 de 2007, entre otras]

Además, acerca de sus funciones precisa:

Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del **juez de control de garantías**, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. (CC, C-591, 2005, II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS, 2.2)

Más allá de la declaración de estas funciones, en la misma sentencia la Corte establece, sin embargo, que en el marco de sus fines constitucionales debe el juez acudir a criterios que le permitan resolver el choque de principios constitucionales mediante un juicio de ponderación, y define así su proceder:

[...] el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas (sic) por la Fiscalía General de la Nación, no solo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad. (CC, C-591, 2005, II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS, 2.2)

Entonces, es competencia del juez penal conocer cualquier afectación sobre los derechos fundamentales de las personas sujetas a la persecución del Estado, de ahí la importancia de estudiar y actualizar constantemente la vigencia y aplicación de los mismos en el derecho penal colombiano.

En este ámbito, el juez penal es un juez constitucional que tiene el deber de velar por la salvaguarda de dichos derechos¹⁰⁸ y de estar atento en ese sentido a las actuaciones de la Fiscalía,

¹⁰⁸ Esto implica reconocer también, por supuesto, la protección del derecho de las víctimas. En una concepción amplia, realmente implica la protección de los derechos de todos aquellos que se identifiquen como partes involucradas en el proceso, Fiscalía y Ministerio Público incluidos, en consideración a que el artículo 10 de la Constitución Política establece que es deber de toda autoridad velar por los derechos de las víctimas, además de lo estipulado en el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal:

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.

Adicionalmente, están las precisiones establecidas por la jurisprudencia de la Corte en relación a las víctimas:

6.2. Pero en especial, no obstante la transversalidad del principio acusatorio, acorde con los desarrollos contemporáneos sobre los derechos de la víctima a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, el proceso penal colombiano adopta un componente decisivamente orientado a la protección de sus derechos y a la apertura de espacios en la actuación orientados a su salvaguarda.

Según lo ha indicado la Corte, conforme al artículo 250.7 C.P., la víctima no tiene el carácter de parte sino que detenta la posición de interviniente dentro del proceso penal adversarial colombiano. Pese a esto, sus facultades de intervención se ejercen de manera autónoma a las funciones del Fiscal y poseen unas características propias y especiales. La Sala Plena ha señalado que corresponde al Legislador en ejercicio del margen de configuración que le reconoce la Constitución Política determinar la forma en que hará efectivo el derecho de las víctimas a intervenir dentro del proceso, teniendo en cuenta que esta facultad de intervención difiere de la de cualquier otro interviniente, en la medida en que aquellas pueden actuar no solo en una etapa sino “en el proceso penal”. En este sentido, se ha precisado que el artículo 250 C.P. no prevé que la participación de las víctimas esté limitada a alguna de las etapas de la actuación, a un trámite, fase o incidente, sino que consagra su

para verificar que sean acordes con los fines legítimos y los propósitos constitucionalmente trazados. Al respecto, la Corte Constitucional señala en la citada sentencia cómo la Ley 906 de 2004 [CPP] permitió la creación de un nuevo modelo procesal en el que un gran número de actividades de la Fiscalía deben ser autorizadas por un juez en el marco de las garantías constitucionales, para lograr un equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado. En consecuencia, para que el procesamiento penal sea conforme a los fines del Estado social de derecho, evitándose de este modo relaciones tiránicas entre los entes institucionales y el sujeto pasivo de la acción penal o las víctimas, en dicha ley se contemplan principios ineludibles de obligatorio cumplimiento, entre los cuales resaltan el principio de igualdad y la imparcialidad por parte del juez (CPP, arts. 4 y 5).

Por otra parte, son los jueces penales los que, en la práctica, conocen de los hechos que concurren para plantear el problema jurídico a resolverse, lo cual los involucra a lo largo de todo el desarrollo del proceso, tanto en etapa preliminar como en etapa de conocimiento, y por ello una exigencia primaria es la verificación que deben hacer respecto a si se cumplen los requisitos mínimos señalados por el Sistema Penal Acusatorio para resolver los objetivos de las audiencias. Entre las muchas solicitudes que reciben diariamente estos jueces penales se encuentran las de legalizaciones previas respecto a actividades que considera realizar la Fiscalía dentro de la indagación penal, tales como búsqueda selectiva en bases de datos, vigilancia y seguimiento a personas¹⁰⁹, entre otras.

intervención en todo el proceso, no obstante lo cual, sus atribuciones deben ser armónicas con la estructura del sistema de tendencia acusatoria, su lógica propia y su proyección en cada trámite.

De otra parte, las víctimas tienen derecho a que las autoridades que actúan en el marco del proceso concurren al amparo de sus derechos. El Código de Procedimiento Penal ha profundizado en ciertos ámbitos de protección y concretas formas y mecanismos dentro de la actuación para asegurar los derechos de aquellas. Entre los más relevantes, la Fiscalía debe adoptar las medidas necesarias para proporcionarles la atención que requieran y salvaguardar su seguridad personal y familiar, además de su salvaguarda frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad (art. 133 del CPP). Las víctimas también pueden formular directamente solicitudes en este sentido a través de la Fiscalía y por intermedio de su abogado durante el juicio oral y el incidente de reparación integral (art. 134 del CPP). De igual manera, les asiste la facultad de ser informadas sobre los derechos que surgen en virtud de los agravios y de la posibilidad de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal o de manera directa en el incidente de reparación integral (art. 135 del CPP). (CC, C-031, 2018, 7. Fundamentos)

¹⁰⁹ Según los artículos 239 y 240 del CPP, que reglamentan la vigilancia y el seguimiento a personas y cosas, y el artículo 244, sobre la búsqueda selectiva en base de datos, todas estas actividades tienen control tanto previo como posterior.

Otros controles son posteriores, respecto a actividades como interceptaciones de telecomunicaciones, registros y allanamientos, y agentes encubiertos¹¹⁰. Estas peticiones ocurren generalmente en etapa de indagación; sin embargo, además de estas, existen otros tipos de audiencias (sustitución o revocatoria de medida de aseguramiento, permiso para trabajar, devolución de vehículo o bienes incautados, declaratoria de persona ausente, entre otras) en las que se analizan problemáticas relacionadas con libertades, bienes, tipo de medida y demás¹¹¹.

Lo que buscan todas estas actuaciones es garantizar el respeto por los derechos fundamentales dentro del sistema oral, razón por la cual, antes de que se convierta en un peticionario de los jueces penales, el ente acusador *debe* necesariamente primero indagar, contrastar, depurar y cotejar sus hipótesis a presentar.

Asegurado este requisito, al momento de tomar decisiones importantes, como aprobar o improbar un principio de oportunidad, o respecto a la concesión de una medida de aseguramiento, el juez parte pues de los hechos y de las premisas generales, que son la Constitución y la ley, para a partir de allí interpretar y adoptar una decisión. Por otro lado, en el ejercicio de su labor, el juez en función de control de garantías envía un mensaje a la colectividad, a través del cual permite visibilizar los propósitos que el Estado pretende por medio de la aplicación de la política criminal¹¹².

Ahora bien, uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho en este aspecto lo constituye la independencia judicial, concepto precisado como el mecanismo principal para garantizar la separación de poderes, consagrando con ello la imparcialidad de los jueces como salvaguarda de

¹¹⁰ Aquí es necesario aclarar que si las actividades del agente implican el ingreso de este a un inmueble privado, también se requiere de control previo (CC, C-156, 2016).

¹¹¹ Estas solicitudes expresamente señaladas en la ley generalmente son realizadas por la Fiscalía, pero en algunas ocasiones existen otras peticiones que si bien no son taxativas, cuando se trate de afectación de derechos fundamentales pueden ser resueltas por el juez en función de control de garantías, por ello es que en este sentido la defensa y la víctima tienen igual acceso al sistema, y es allí donde debe generarse escucha, observación y profundización del estudio de casos.

¹¹² En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional establece que:

La condición de garante del juez se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones, los cuales cobran particular relevancia en dos momentos: (i) cuando desarrolla la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley; y (ii) cuando cumple la labor [de] controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene. (CC, C-163, 2008, JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS)

los derechos individuales y ciudadanos (Harbottle, 2017). Actualmente, tal imparcialidad e independencia judicial han llegado a convertirse en características definatorias del juez penal constitucional del Estado de derecho, quien, como afirma Aguiló (1997), es el que aplica el derecho con las razones que este mismo le suministra, haciendo coherentes las decisiones con los principios jurídicos.

Así, este principio se torna esencial, consagrado constitucionalmente¹¹³ y desarrollado de manera amplia por la misma Corte, la cual afirma que “el principio exige que exista un ente separado, especializado y autónomo que asuma la función jurisdiccional, esto es, la adjudicación del derecho, y que pueda ejercer este rol sin la interferencia de los demás órganos y poderes del Estado, y de manera autónoma” (CC, C-674, 2017, IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, 5.2.3.1.1), además de conectarlo con otros principios como la legalidad y la separación de poderes, en la medida en que dicha conexión garantiza el respeto sobre derechos como el debido proceso y el acceso en igualdad de condiciones a la administración de justicia¹¹⁴. De allí surge la necesidad de que el juez en función de control de garantías, en ejercicio de su autonomía e independencia, vele por los derechos fundamentales de las partes procesales para efectivizar los fines delineados por el Estado, enmarcados en este caso en las normas jurídicas del sistema penal, como forma de alcanzar de manera más plena los objetivos de la política criminal.

Por otra parte, la importancia del juez en función de control de garantías como un garante adicional de los principales intereses constitucionales en el proceso penal queda asegurada cuando se lo reconoce como “el encargado de velar por la integridad de los derechos fundamentales de quienes se hallan afectados a los resultados del proceso penal, cuando las necesidades de la investigación criminal exigen su limitación o restricción” (Cabezas, 2016, p. 28). A partir de aquí se comprende que el juez penal no es meramente una figura nominal a dicho proceso, sino que tiene un rol

¹¹³ Específicamente el artículo 230 superior afirma: “Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, mientras que el 228 estipula que: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”. También este principio se resalta vía bloque de constitucionalidad, ya que aparece consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde dice que: “Toda persona tiene derecho a ser oída [...] por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”.

¹¹⁴ La conexión entre el principio de independencia judicial y otros principios y derechos constitucionales se desarrolla en varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas: la T-238 de 2011, la C-285 de 2016 y la C-674 de 2017.

fundamental a la hora de hacer valer la garantía de los derechos consagrados, que deben acompañar a los implicados durante todo el proceso penal.

El juez de garantías, entonces, realiza un examen de constitucionalidad de la intervención en los derechos fundamentales, revisando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de las medidas adaptadas por la Fiscalía para asegurar el éxito de su investigación. Su ámbito de protección es fundamentalmente constitucional y por eso su argumentación, siguiendo la misma línea, debe considerar los aspectos de raigambre superior prescritos por la Carta Suprema, a saber: la justicia, la igualdad, la libertad, la dignidad humana y la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales dentro de un marco respetuoso del debido proceso. (Cabezas, 2016, p. 30)

Este mismo postulado lo sostienen autores como Arango Giraldo (2014), quien concluye que el juez en función de control de garantías cumple un papel indispensable para el proceso penal, ya que al velar por el cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales ejerce un auténtico rol constitucional, y de esta manera dota de legitimidad la actuación judicial; así mismo, Calvete y Garcés (2019), al analizar cómo el derecho colombiano encaja dentro del paradigma constitucional principialista expuesto por Ferrajoli, afirman que el mismo ha experimentado un gran proceso de constitucionalización, y un resultado muy importante de esto ha sido la reivindicación específica del papel de este juez como guardián de los derechos fundamentales¹¹⁵.

A su vez, Guerrero (2006) hace una clasificación muy pertinente acerca de su labor en el marco constitucional, que sirve no solamente para determinar su importancia, sino para acotar el papel concreto que cumple desde una concepción integral. Más allá del mero control de legalidad para los casos de aplicación del principio de oportunidad, este control material de fondo se extiende a las garantías constitucionales del procesado, en primer lugar debido a su derecho constitucional a un proceso público:

[...] la tutela judicial efectiva puede implicar que el derecho al proceso sea la vía para que alguien demuestre su inocencia y no la vía de la excepción al ejercicio de la acción penal en

¹¹⁵ Dicha relevancia es resaltada además por la Corte Constitucional en jurisprudencias varias, como la C-1092 de 2003, la C-336 de 2007, la C-131 de 2009 y la C-334 de 2010.

la cual la responsabilidad del procesado queda en entredicho, afectando su derecho fundamental al buen nombre. (p. 174)

En segundo lugar, cuando la Fiscalía General de la Nación renuncia a la persecución de la acción penal, en situaciones donde se aprueba un principio de oportunidad en función de la colaboración brindada por parte del imputado o indiciado, podría constituirse una situación de vulneración a sus propios derechos fundamentales, en tanto se puede afectar el derecho de este a no declarar contra sí mismo. En tercer lugar está el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, puesto que se pueden presentar casos de igual tipicidad que resulten tratados de manera diferente por la Fiscalía. Por último, el mismo principio de oportunidad debe ser regulado en el marco de la política criminal del Estado, como competencia del Ejecutivo con la asesoría de la Fiscalía General; no obstante, “se puede dar el caso de que las causales previstas para la aplicación del principio de oportunidad sufran una interpretación que desborde el propio marco constitucional y en esa medida se requiera un control de fondo por parte del juez de garantías” (Guerrero, 2006, p. 168).

De lo anterior se puede afirmar, independientemente de que el control de legalidad realizado por el juez en función de control de garantías sea previo o posterior, que el ejercicio de garantismo exigido pasa por verificar inicialmente si los argumentos presentados fueron adecuados para alcanzar los fines previstos de protección a las partes, así como la garantía de administración de justicia, para seguidamente examinar la necesidad (es decir, si el instructor no tiene otros medios para alcanzar los mismos fines) y, finalmente, la proporcionalidad como un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de las partes y las exigencias constitucionales de la persecución penal.

En conclusión, en esta primera parte hemos revisado el impacto del *garantismo* en el sistema penal procesal colombiano, abordando su análisis desde las audiencias preliminares, pasando a su observación rigurosa durante todo el proceso, y finalmente en el actuar del juez, para mostrar de qué manera la garantía de respeto por los derechos fundamentales resulta determinante para cumplir con los fines del modelo social de derecho que rige en Colombia. A través del estudio de varios aspectos relacionados con el papel del juez en función de control de garantías, como protagonista del proceso penal en las audiencias preliminares, se pudo determinar con mayor amplitud que su actuar trasciende el mero cumplimiento de las figuras procesales, porque su

competencia recae principalmente en garantizar el respeto de los derechos fundamentales constitucionales, esto es, en que se reconozca por sobre todo el principio de dignidad humana¹¹⁶. Para ello el juez penal debe ampararse en la Norma Superior, nuestra Constitución Política, y considerando criterios que le lleven a resolver el choque de principios constitucionales entre la sociedad y el procesado, debe resolver cuáles prevalecen, lo cual no significa simplemente anular los otros, debido a que son derechos de rango superior, sino que debe *ponderar*, para decidir en cada caso concreto cuál cede, allegándose a métodos como el de interpretación a través de la ponderación. En este sentido se hace indispensable conocer la manera como se introdujo este instrumento en la práctica judicial, y qué otros han sido utilizados como herramientas al momento de decidir, asunto del que nos ocuparemos en el siguiente apartado.

2.2. Los métodos de interpretación en el Estado social de derecho

Una vez culminada esta primera parte, procedemos ahora a realizar un rápido recorrido¹¹⁷ por los métodos de interpretación en el modelo de Estado social de derecho, ligados por la fuerza vinculante de la Constitución, partiendo de los métodos clásicos para abordar luego especialmente la figura de la ponderación. Esto hace referencia al especial papel que cumplen dichos métodos en la aplicación de las leyes y la Constitución dentro de cualquier ordenamiento jurídico, más aún en el modelo estatal colombiano, caracterizado por la vinculación directa de su articulado constitucional con una amplia gama de garantías y derechos fundamentales¹¹⁸.

¹¹⁶ En el caso, por ejemplo, de una medida cautelar real de enajenación de bienes, esta se formula con el fin de salvaguardar los derechos y necesidades fundamentales del indiciado, para lo cual debe haber inferencia o probabilidad a la luz de unos derechos que hay que respetar, y que refieren sobre todo a la protección de la integridad física, síquica y moral del particular.

¹¹⁷ Tal recorrido se realiza desde la perspectiva del objetivo central de esta tesis, por lo cual trata sobre la aplicación de los modelos de interpretación que se han tenido en cuenta al momento de tomar decisiones judiciales a la luz del Estado social de derecho.

¹¹⁸ Respecto al carácter vinculatorio existente entre la Constitución y de las decisiones de la Corte Constitucional se ha precisado que:

La Constitución Política de 1991 determinó la entrada de Colombia al neoconstitucionalismo. Esta corriente alude a un modelo de organización política denominado Estado constitucional. La principal ley de construcción de este tipo de Estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. Este reconocimiento es correlativo a la creación de una corte constitucional, es decir, un tribunal especializado para la interpretación o concreción de la Constitución. A su vez, esta creación implica una modificación en el sistema de fuentes del derecho y en el equilibrio de los poderes del Estado. El sistema de fuentes del derecho se modifica porque se

Valga la pena señalar que el Estado social de derecho colombiano surgido a partir de la Constitución de 1991 se caracteriza por la incorporación de notables cambios respecto al uso de los métodos clásicos de interpretación jurídica, debidos en gran medida a las nuevas exigencias hermenéuticas a las que se ven compelidos los jueces penales, por la necesidad de interpretar y aplicar directamente la Carta en sus decisiones de jurisdicción común, y al desarrollo de un papel más activo por parte de estos en materia de control judicial y garantía de derechos¹¹⁹.

Tales cambios consisten sobre todo en la incorporación y consideración de otros modelos distintos a los de interpretación clásica. Estos últimos fueron definidos por la misma Corte Constitucional (C-574, 2011) como: el *exegético*, que analiza el sentido gramatical y la literalidad del texto de la norma; el *sistemático*, que trata de obtener un entendimiento del ordenamiento constitucional como una totalidad para determinar el alcance de las normas, por medio de la comparación del precepto con el conjunto de norma o normas dentro de las que se integra, y cuya finalidad es el establecimiento de las posibilidades hermenéuticas del contenido normativo bajo análisis; el *histórico*, basado en el análisis de las posturas y debates del legislador con el objeto de establecer

atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y se transforma el equilibrio de los poderes porque, por una parte, se acepta que la Corte Constitucional no puede concebirse únicamente como un legislador negativo, tal como lo pensó Kelsen en los años veinte del siglo pasado, sino como un órgano activo que colabora con el legislativo y el ejecutivo en la labor de producción de normas. (Bernal Pulido, 2012, p. 149)

Igualmente, se ha señalado en torno a las amplias garantías de derechos fundamentales dentro del Estado social de derecho que:

El Estado social de derecho liga en los textos constitucionales a los derechos fundamentales individuales, herencia del liberalismo, con los derechos económicos y sociales. Estos derechos fundamentales económicos y sociales se convierten, de alguna manera, en programas de acción. Los derechos fundamentales económicos y sociales derivan de la Constitución y no de la ley, por tanto, vinculan no solo al ejecutivo, sino también al legislador. (Durán, 2001, p. 25)

¹¹⁹ Es preciso destacar la relevancia de la acción de tutela dentro de este proceso histórico de constitucionalización que permea la mayoría de decisiones, especialmente por parte de jueces penales que están en la base de la pirámide jerárquica:

La acción de tutela, establecida en 1991, introdujo un cambio mayúsculo a este panorama: por su propia dinámica, la tutela terminó constitucionalizando de manera muy importante el litigio corriente y no solo, como ocurría antes, el proceso legislativo [...]. La tutela a partir de 1991 democratizó aún más la posibilidad de hacer interpretación constitucional ya que les dio esa función a todos los jueces colombianos que antes, de manera muy preferente, solo realizaban interpretación legal. Los jueces regulares se vieron ahora en la necesidad de aplicar de esta manera el texto constitucional a demandas presentadas por la ciudadanía ante sus despachos. Esta nueva vía procesal los confrontó de una manera más evidente con la posibilidad de i) aplicar e interpretar directamente textos constitucionales a casos ordinarios e, incluso, de ii) inaplicar leyes o normas reglamentarias. (López Medina, 2006a, p. 31)

la intención de este respecto al alcance de la norma¹²⁰; y finalmente, el *teleológico*, el cual se centra en el establecimiento del objetivo o finalidad de la norma¹²¹.

En este orden de ideas, un primer momento de aplicación interpretativa se caracterizó por el recurso predominante a los métodos clásicos comentados¹²², mientras se dio un uso exclusivo y limitado de la ponderación en el ámbito de problemas jurídicos de relevancia constitucional. Con el advenimiento de la Constitución de 1991, y más específicamente a partir de la incorporación y delimitación de un amplio catálogo de derechos fundamentales en los primeros cuatro años de la primera Corte Constitucional¹²³, devino una segunda fase de uso preferente de la ponderación. Esta tuvo su aplicación principal en materia de principios de orden constitucional e interpretación conforme a tratados internacionales y normas contempladas en el llamado *bloque de constitucionalidad*, definido por la misma Carta Política en su artículo 93 y desarrollado luego a

¹²⁰ En otras palabras, este se centra en la determinación del espíritu del legislador.

¹²¹ No está de más referir que estas definiciones de los métodos de interpretación de la ley derivan principalmente de los postulados teóricos de Savigny:

El elemento gramatical de la interpretación tiene como objeto las palabras que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento a las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado de derecho existente sobre la materia, en la época en la que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema. (citado en López Medina, 2006, p. 16)

En esta misma línea conceptual cabe destacar que para Vigo (2017) los métodos de interpretación son:

[...] caminos para desentrañar el sentido prescriptivo del legislador. Sobre todo, a través de los métodos gramatical (centrado en la palabra de la ley), el lógico o genético (remitía a lo que quiso decir el legislador) y el sistemático (auxiliarse por el lugar que ocupa la ley dentro del sistema jurídico) se garantizaba el objeto mismo de la tarea del jurista que no era otro que ser la “boca de la ley”. (p. 238)

¹²² Esto debido a la preeminencia de dichos métodos en el marco del modelo de Estado de derecho propio de la Constitución de 1886, dado que, pese al fortalecimiento del control de constitucionalidad de las leyes con la reforma constitucional de 1936, no se obtuvo una efectiva constitucionalización de la aplicación de las normas por parte de los jueces de menor jerarquía. Ellos seguían aplicando preferentemente la ley sin revisar su congruencia con la Constitución, salvo el escaso uso de la excepción de inconstitucionalidad, por lo que encontraban suficiente ceñirse a los métodos clásicos de análisis (López Medina, 2006).

¹²³ Es importante precisar que tales derechos no estaban en principio contemplados ni positivamente efectivizados en la Constitución previa de 1886. Por otra parte, la delimitación temporal aquí presentada se sustenta en el hecho fundamental de que a partir de 1995 surgieron las primeras sentencias de la Corte Constitucional que teorizaron explícitamente sobre la ponderación como método alternativo de interpretación. Entre estas primeras sentencias se pueden señalar: T-425 de 1995, T-575 de 1995, T-322 de 1996, C-475 de 1997 y SU-337 de 1999.

través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹²⁴. Entre las razones que pueden aducirse para este desarrollo se pueden señalar el especial papel que como garante de derechos fundamentales adquirió el juez penal dentro del nuevo ámbito del Estado social, y la necesidad de ajustar la interpretación jurídica a las exigencias del modelo estatal planteado en la nueva Constitución.

Respecto a la figura de la ponderación, resulta preciso acotar en este punto que la jurisprudencia constitucional¹²⁵ la ha concebido como una:

[...] técnica que permite resolver tensiones que se presentan entre diversos principios constitucionales. En esencia, se trata de establecer una jerarquía axiológica entre dos o más principios constitucionales, a efectos de determinar cuál de ellos ofrece un mayor valor o “peso”, tomando en consideración las particularidades del caso concreto. (CC, C-671, 2015)

Al respecto Bernal Pulido (2003) anota:

La ponderación es la manera de aplicar los principios. Por ello [...] se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen estructura de principios. (p. 225)

También es necesario mencionar la incidencia de la teoría de la ponderación desarrollada jurisprudencial y doctrinalmente en Alemania dentro del ordenamiento jurídico colombiano, con sus postulados en materia de protección de derechos fundamentales¹²⁶, como también en ámbitos

¹²⁴ Caben aquí destacar sentencias como la C-225 de 1995, la C-135 de 1996 y la C-327 de 1997, que establecieron los primeros hitos de desarrollo de esta figura.

¹²⁵ Además de la presente, el concepto es reiterado por la Corte en múltiples sentencias, tales como: C-475 de 1997, C-131 de 2004, C-818 de 2005 y C-621 de 2015, entre otras.

¹²⁶ Esto se puede observar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias tales como: C-475 de 1997, SU-975 de 2003 y T-461 de 2018, T-027 de 2018. Uno de los principales proponentes de esta teoría es Alexy (2010), quien sostiene que la ponderación es el ejercicio de medición del peso específico de los principios en colisión. Este proceso, a juicio del autor, se encuentra regido por una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión. Dicha relación es susceptible de ser desglosada para su análisis en tres elementos, a saber: la *ley de ponderación*, la *fórmula de peso* y la *carga de argumentación*.

tales como el ejercicio de la función pública y los requisitos de las medidas adoptadas en estados de excepción¹²⁷.

Sobre la teoría general de la ponderación, Jestaedt (2010) señala el éxito obtenido por la aplicación de este instrumento de técnica jurídica como paradigma del derecho público, el cual ha logrado la mayor acogida dentro de los ordenamientos jurídicos constitucionales modernos, afirmando que “la ponderación logra, como ningún otro enfoque interpretativo, describir teóricamente y acompañar conceptualmente casi en su totalidad la práctica de la interpretación de los derechos fundamentales” (p. 11).

Entonces, la ponderación viene a constituir un método de interpretación útil para cumplir con el análisis adecuado de los derechos fundamentales al momento de tomar una decisión en materia judicial, más específicamente cuando se presentan colisiones entre principios, no entre reglas ni entre unos con otras. Incluso se destacan varias ventajas que permiten sostener la afirmación de que esta supera a los demás instrumentos clásicos en tales circunstancias, porque: (i) tiene el mérito de fundarse racionalmente en el principio jurídico de proporcionalidad y como mecanismo optimizador del carácter directamente vinculatorio de los principios; (ii) permite una atribución de cargas de argumentación más racional, exacta y sencilla, especialmente con la *fórmula de peso*; (iii) es un mecanismo que busca la justicia y la exactitud en la adecuación al caso particular, facilitando la aplicación del derecho; (iv) es un mecanismo especialmente idóneo para la interpretación en materia de principios de orden constitucional (Jestaedt, 2010).

Sin embargo, pese a todos estos beneficios, se constata también la existencia de debilidades en el instrumento y en la teoría de la ponderación, que implican su inaplicabilidad total y su necesaria complementariedad con otros métodos para resolver a satisfacción todos los conflictos de interpretación que puedan surgir dentro del sistema jurídico. Entre las principales críticas a la ponderación caben destacarse las esgrimidas por Habermas (1989), las cuales son luego sintetizadas, para ser parcialmente refutadas, por Alexy (2010):

¹²⁷ Este uso de la ponderación bajo postulados doctrinales de Alexy se observa en sentencias como C-822 de 2005 y T-013 de 2006.

La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales. Él opina que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “*primacía* estricta” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”.

La segunda objeción se trata de un problema conceptual. Habermas afirma que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales (*Vorstellung*) como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. (p. 7)

A las anteriores debilidades de la teoría de la ponderación, Jestaedt (2010) suma las siguientes:

1. Existen colisiones entre principios o normas más allá del juicio de ponderación (ejemplo clásico son los eventos en que una norma está directamente sustentada en la realización de un principio y colisiona con otra norma realizadora de otro), [...] 2. Es “la fórmula de peso” una herramienta cuantitativa supeditada a la posibilidad de graduar la magnitud de fenómenos cualitativos que muchas veces no son cuantificables, [...] 3. El énfasis en la resolución de casos particulares provoca la contradicción dogmática de que la ley se vea remplazada por una *lex situationis* que dificulta la armonización del sistema jurídico. (pp. 8-12)

A pesar de, o quizá como *consecuencia* de todo esto es que, durante el periodo inmediatamente anterior a la Constituyente de 1991, se desarrolló un uso complementario de la ponderación con los demás métodos de interpretación, lo que implicó una transición hacia este método ponderativo asociado al nacimiento del Estado social de derecho.

La característica de la segunda fase de aplicación de los métodos de interpretación es pues este uso específico de la ponderación, variación debida primordialmente a la necesidad imperiosa de

instrumentos de interpretación adecuados para el análisis de los juicios de constitucionalidad y de sustitución que presentó en su momento la Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones¹²⁸.

Aquí cabe destacar que el proceso de evolución de los métodos de interpretación en el modelo de Estado social de derecho se define por un uso convergente y complementario de los cuatro métodos clásicos mencionados, a los cuales se suma la ponderación; esto quiere decir que la característica de esta evolución se funda en la tendencia al uso preferente de la ponderación, en complementariedad con los demás métodos, razón por la cual no es posible delimitar con total precisión temporal el fin de la primera fase y el inicio de la segunda dentro de un todo histórico.

Entre las líneas jurisprudenciales que permiten apreciar este uso complementario de métodos de interpretación se pueden destacar las que se dieron, por parte de la Corte Suprema de Justicia, en materia de responsabilidad de mando en aparatos organizados de poder. Dentro de las mismas se observa el uso recurrente de la figura de coautoría impropia, a partir de un uso primario de los métodos exegético y teleológico, en el sentido de evitar la impunidad tanto del autor material con voluntad como de quien actúa mediato por orden¹²⁹. Posteriormente emerge la postura teórica del dominio de la voluntad del hecho y finalmente se produce la implementación de las teorías de responsabilidad del superior jerárquico, tanto por acción como por omisión.

En relación a esta figura, si bien existían referentes anteriores respecto al uso de la teoría del dominio de la voluntad del hecho en la materia, la misma sería relevante especialmente desde 2009, en respuesta a una aplicación de los métodos sistemático y teleológico orientada a los fines de la pena y a la adecuación al derecho internacional¹³⁰. Finalmente, desde 2018 se ha dilucidado, a través de una interpretación fundada metodológicamente en los métodos exegético, teleológico y

¹²⁸ La aplicación de métodos de interpretación se evidencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias sentencias, entre las que se destacan: C-544 de 1992, C-032 de 1999 y C-1200 de 2003.

¹²⁹ Esta postura de la Sala Penal de la Corte Suprema se basó primordialmente en el tenor de la figura de autoría mediata establecida en el artículo 29 del Código Penal, de la cual se desprendía la no responsabilidad del ejecutor material, al ser mero instrumento, lo cual no respondía a eventos en los que el ejecutor era plenamente responsable, como en el caso de la masacre de Machuca (CSJ, 2007).

¹³⁰ Entre las sentencias que marcaron este cambio jurisprudencial cabe señalar, por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las sentencias 29221 de septiembre 2 de 2009 (CSJ, 2009a) y 32805 de febrero 23 de 2010. La primera de ellas denota claramente el uso de los métodos referidos, cuando para sustentar la casación parcial se cambió el título de participación de coautoría por el que se condenó a la recurrente por el de modalidad de complicidad, con miras a efectivizar los fines de la pena y dar una decisión armónica con el DIH.

sistemático, la procedencia de la figura de responsabilidad del superior por omisión establecida en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹³¹.

Por otra parte, en materia de la prohibición del porte de sustancias alucinógenas, sicotrópicas y estupefacientes en cantidades para el autoconsumo sí es posible realizar una delimitación en el tránsito de la aplicación de los métodos interpretativos y en el cambio en las líneas jurisprudenciales particulares. Entre otras, la metodología interpretativa utilizada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP11726 del 3 de septiembre de 2014 (CSJ, 2014a)¹³² da cuenta de la evolución en el uso de los métodos de interpretación aplicados por el juez del Estado social de derecho colombiano, dentro del ámbito de las principales líneas jurisprudenciales elaboradas en materia de porte de sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas prohibidas, en cantidades definidas como de dosis de uso personal o ligeramente superiores¹³³.

Expresó esta Corporación respecto a dicho tema que se pueden diferenciar *dos fases* en este proceso evolutivo: un primer momento de interpretación de textos legales sin tomar en consideración argumentos de carácter constitucional, periodo caracterizado en el plano metodológico de la interpretación por el uso exclusivo de los métodos clásicos, centrado en la regla general de prohibición del porte de estupefacientes; y una segunda fase que incorpora la tesis de la

¹³¹ Tal lo expresa la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP5333 de diciembre 5 de 2018 (CSJ, 2018d), en la cual se entiende que una interpretación exegética y sistemática, acorde con las obligaciones internacionales del Estado colombiano, denotan que la aplicación de la figura de responsabilidad del superior por omisión contenida en el artículo 28 del Estatuto de Roma corresponde a la ejecución de un instrumento internacional incorporado al entramado constitucional por vía del artículo 93 superior, de la regla 153 del Derecho Internacional Consuetudinario y del artículo 2 del Código Penal. De negarse la aplicación de manera directa del nombrado estatuto se estarían incumpliendo las obligaciones internacionales del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los autores y coautores mediatos e inmediatos de delitos de lesa humanidad, a quienes tales conductas no les puedan ser atribuidas a través de otros títulos de imputación.

¹³² En esta providencia la Corte Suprema conoció de recurso de casación presentado frente a decisiones condenatorias del recurrente por el delito de tráfico de estupefacientes. Frente a dichas decisiones se presentó un cargo principal, a saber, violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 376 del Código Penal, y uno subsidiario del anterior, postulado al amparo de la causal tercera de casación por violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia.

Los argumentos del recurso se centran en la pobre valoración por parte del *ad quem* de la ausencia de lesividad para la salud pública que tiene el porte de autoabastecimiento de alucinógenos y la a su juicio errada convicción del juzgador de segunda instancia respecto a que el porte de una cantidad dos veces superior a la dosis personal hace presumible la finalidad de tráfico.

¹³³ Se aclara por parte de la Alta Corte que no es el caso particular bajo estudio en donde la cantidad de los alucinógenos fue dos veces superior a la dosis personal.

ausencia de antijuridicidad material de la conducta, caracterizada por un uso complementario de los métodos previos, aunados a la ponderación de los principios de interés general y salud pública frente al libre desarrollo de la personalidad en materia del porte de estupefacientes para autoconsumo (CSJ, 2014).

Ahora bien, es necesario resaltar que la anterior postura no implicó un abandono de los métodos clásicos de interpretación. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha acreditado un uso complementario de estos métodos en lo que respecta a materias complejas, dado que dicha aplicación complementaria facilita la labor de interpretación legítima de la Constitución, especialmente referida a las demandas de inconstitucionalidad con cargos cuya argumentación se centra en otorgar una particular interpretación a un contenido normativo o a un eje constitucional.

Tal es el caso de la sentencia C-574 de 2011, en la que la Corte Constitucional aplicó complementariamente los métodos clásicos para evaluar el sentido del artículo 1 parcial del Acto Legislativo 02 de 2009, reformativo del artículo 49 de la Constitución¹³⁴. Esto se hizo para analizar los cargos presentados por presunta sustitución del eje constitucional del *principio de la dignidad humana* al establecer la prohibición al porte de estupefacientes, sicotrópicos o droga sintética controlada para el autoconsumo.

Así, al finalizar los magistrados concluyeron que, desde una perspectiva complementaria de interpretación que abarcaba los cuatro métodos clásicos¹³⁵, la prohibición al consumo contenida en

¹³⁴ Esta reforma al artículo 49 de la Constitución Política se dio al incluir que “el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica” (CRC, Acto Legislativo 2, 2009). Respecto a esta expresión la Corte Constitucional se declaró inhibida, mediante la sentencia C-574 de 2011, pero el Acto Legislativo fue declarado exequible condicionadamente en la sentencia C-882 de 2011.

¹³⁵ Como acreditación del uso de todos estos modelos para llegar a dicha conclusión, se cita el uso del método histórico en el caso concreto en la mencionada sentencia cuando:

[...] se analizaron bajo este método dos aspectos: en un primer lugar los primeros intentos de reforma a la Constitución que se dieron una vez que se produjo la despenalización del porte y consumo de la dosis mínima de estupefacientes mediante la sentencia C-221 de 1994, y posteriormente el análisis propiamente histórico en donde se estudiarán los debates que se produjeron en el Congreso para la aprobación de la reforma que dio lugar al Acto Legislativo 02 de 2009. (CC, C-574, 2011, p. 57)

Así mismo, desde el método sistemático:

[...] si se realiza una interpretación integral del inciso sexto del artículo 49 de la C.P., se podría interpretar que la prohibición del porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, salvo prescripción médica, se limitaría, ya que su regulación se difiere a la ley, que únicamente establecerá dicha prohibición con fines preventivos y rehabilitadores. Del mismo modo dispone la norma que solo pueden darse medidas y tratamientos de carácter administrativo de orden pedagógico,

el Acto Legislativo reformativo de la Constitución bajo estudio no es absoluta, debido a que su ejecución mediante medidas administrativas está sujeta al consentimiento informado del imputado.

Este recorrido realizado por los métodos de la interpretación clásicos al momento de proferir decisiones judiciales en el Estado social de derecho permitió concluir cómo se introdujo finalmente la ponderación ante el establecimiento del nuevo modelo estatal estipulado en la Constitución de 1991; luego se referenciaron las dos fases de aplicación de este última figura, que aunque no pueden ser delimitadas con precisión temporal, dejan entrever que su práctica no solo aparece puntualmente asociada a la redacción de la nueva Constitución, sino que la consideración de este último método como una posibilidad con mayores alternativas para la solución de los conflictos que se presentan, particularmente cuando se tiene colisión de principios, puede entenderse como un movimiento complementario y transitivo en ese contexto, tema que será abordado en el siguiente apartado, al analizar la manera como se ha dado ese paso a la optimización de derechos fundamentales.

profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias, siempre y cuando se dé el “consentimiento informado del adicto”, circunstancia a tener en cuenta el legislador al momento de expedir la reglamentación de este artículo constitucional. (p. 81)

Desde la perspectiva teleológica:

[...] la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, salvo prescripción médica, que en un principio parece como absoluto, podría estar limitado ya que se establece que estas medidas de índole administrativo se establecerán solamente con fines preventivos y rehabilitadores de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias y que el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto, circunstancia que atenuaría la prohibición sin limitaciones del porte y consumo de estas sustancias. (p. 89)

Y por último, valiéndose del método exegético, sentencia concluyó que:

[...] se comprobó que la proposición jurídica completa de esta norma no se estableció por parte de los demandantes, ya que solo se demandó el supuesto de hecho de la norma y no la consecuencia jurídica de la misma, es decir, que los demandantes solo establecieron que la norma demandada había sustituido la Carta de 1991 por otra integralmente diferente haciendo una lectura parcial y aislada del resto del inciso sexto del artículo 49 reformado por el Acto Legislativo 02 de 2009, dando lugar a que no pueda ser comprendida suficientemente en su integridad. (p. 89)

2.3. De la solución del conflicto a la optimización de derechos fundamentales mediante la decisión judicial

Para analizar este tema se inicia a partir de la afirmación de que el juez penal en función de control de garantías es el llamado a salvaguardar, y en muchos casos a materializar, los derechos fundamentales, como ya se ha venido mencionando anteriormente.

Resulta destacable que esta visión del papel del juez como garante y optimizador de los derechos fundamentales vaya en consonancia teórica de corte kantiano con Robert Alexy en materia de los principios jurídicos, “en tanto [Alexy] incluye una idea de corrección que conlleva a la universalidad, y porque ella conduce a los derechos humanos y la democracia” (Vigo, 2001, p. 82). Esto se hace ostensible al observar que, desde la teoría de la interpretación y de los principios propuesta por Alexy, la aplicación de un derecho fundamental es distinta en tanto derive directamente de una regla o de un principio.

Lo anterior debido a que, cuando se habla de *materialización*, los derechos son susceptibles de subsunción en su aplicación, proceso que tiene por facultad llevar a la exclusión de un derecho cuando se encuentra en colisión con otro contenido normativo de superior jerarquía, posterior vigencia o de mayor especificidad para regular el caso concreto. *Contrario sensu*, en la *optimización*, la aplicación de la ley constituye un problema en el que todos los derechos tienen que realizarse en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente, sin que medie su exclusión, sino la ponderación entre ellos.

En ese sentido, al aplicar la ley el juez penal debe recurrir, con miras a la efectiva materialización de los derechos fundamentales, a la optimización de estos en cuanto preceptos normativos ampliamente sustentados en los principios jurídicos fundamentales del sistema. Esta última visión es también sostenida por autores como Betti (1975), quien afirma que los principios del derecho hay que concebirlos, no ya como resultado recabado *a posteriori*, producto de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, sino como suma de valoraciones normativas, principios y criterios que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función generadora respecto a las normas singulares. Así, comprende el autor que, al crear jurisprudencia de esta manera, el juez penal es competente para identificar y elaborar aquellos

principios generales de derecho que, ofreciendo directrices y criterios de valoración, no se agotan en simples normas particulares.

Con base en lo anterior, la resolución de casos particulares por parte del juez penal que aplica la optimización de derechos fundamentales de los sujetos en el proceso resulta una forma eficaz de materializar estos mismos a través de las decisiones, tanto dentro del trámite de su conocimiento como a futuro, con la imposición de medidas y sanciones.

Es importante destacar entonces que tales derechos fundamentales en el proceso penal establecen y dan sustento al papel que el juez debe cumplir en la sociedad, cuando se entiende que la garantía de los mismos se extiende a todos los implicados en el proceso, victimario, víctimas e incluso testigos, por el mero hecho de ser seres humanos. Es este reconocimiento el que pretermite el goce de las libertades individuales y las garantías de no repetición, por citar solo algunos ejemplos.

Al respecto se puede indicar cómo últimamente en el debate sobre el papel del juez penal han cobrado relevancia los fundamentos de su legitimidad y su contribución en la sociedad. Antiguamente, los jueces solo eran delegados del soberano, quien tenía el carácter de *juez supremo*, dado que había heredado naturalmente su poder, y era por tanto impensable cuestionar su legitimidad. Posteriormente, las características de sabiduría y prudencia que eran exigidas antaño cambiaron con las revoluciones burguesas, el nacimiento de los Estados nacionales y la codificación de las leyes; como propone Montesquieu entonces, el juez asume el rol de un poder neutral, la boca que pronuncia las palabras de la ley (*la bouche de la loi*). Sin embargo, hasta hoy esta visión del juez entraña una discusión sobre su rol social y su consecuente responsabilidad ética y política.

Es de esta forma como se ha ido transformando la figura inicial del juez como mero depositario de la norma, en el sentido de un formalismo jurídico en el que la ley puede dar respuesta a todo problema social que se presente, siendo un marco al cual es necesario ceñirse para poder fallar en justicia, por lo cual el papel del juez en ese caso se reducía a subsumir el caso a la norma. El sistema jurídico se desprendía entonces de la voluntad del legislador y cobraba vida propia con significados varios, pero en atención a una tautología judicial presente, y no a una evolución acorde con la vida social en la que esta se desarrolla.

Como reacción a esta situación surgió el realismo norteamericano (Duquelsky, 2015), cuya principal pretensión es anteponer a la ley la realidad pura y escueta de quien está dentro del proceso. Aquí la decisión del juez aparece mediada por sus propias experiencias, pero también por sus gustos o sus deseos, a tal punto que se reconoce que sus fallos obedecen a la realidad experimentada, por lo común desde una perspectiva escéptica; de ahí que su fijación se concentre en los actos materiales de los hechos que dan vía al caso penal y que se posibilite la creación permanentemente de derecho.

En este marco de ideas, Alexy (1997) cree pertinente distinguir entre principios y reglas, dado que identifica los principios como elementos claves a la hora de lograr una optimización que permita que una determinación dada sea realizada tanto como sea posible en beneficio de la mayoría. Por su parte, las reglas presentan un carácter definitorio, y su satisfacción depende de las posibilidades fácticas y jurídicas que se presenten, lo que conlleva en ese sentido a que la forma de aplicación del derecho sea la ponderación¹³⁶.

Ahora bien, las *normas* exigen que se haga lo que ellas dictan, y por ello, en este caso, la aplicación del derecho se orienta hacia la figura de la subsunción, cuando estas pertenecen o han emanado de una norma más general¹³⁷. La contradicción entre normas en colisión se soluciona al declarar nula una de ellas y, por lo tanto, eliminarla del orden jurídico, lo cual hace posible la existencia de lagunas, pues la normatividad solo prevé los casos desde la generalidad, y frente a los casos difíciles, “como el sistema jurídico no dice nada acerca de cómo deben llenarse estas

¹³⁶ Para este autor, la ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de la proporcionalidad en sentido estricto, que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, idéntico a una regla que puede denominarse como *ley de ponderación*:

Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar [lo cual] puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir [...] la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso, finalmente, debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro. (Alexy, 2009, p. 8)

¹³⁷ Respecto a esto López (2015) sostiene que:

Los actos lógicos de subsunción describirían así el momento crucial del proceso de administración de justicia en el que los hechos probados, luego de ser valorados, aparecen insertos en una norma racional previamente individualizada que contiene la solución al caso concreto. Consecuentemente, en esta visión del ejercicio del derecho, una decisión judicial estaría justificada si se deriva de una disposición jurídica válida, y se adapta a la descripción de una conducta específica subsumible para el tipo abstracto previsto en aquella. (p. 55)

lagunas, ellas pueden ser llamadas ‘lagunas de apertura’. Habrá de mostrarse que la teoría de los principios puede contribuir esencialmente a llenar las lagunas de apertura” (Alexy, 1997, p. 167). Se postula como solución la necesaria fuerza vinculante del nivel de las reglas, pero también puede recurrirse a los principios, aunque sea parcialmente, para que las lagunas tengan posibilidad de respuesta. En tal sentido, el mismo autor señala cuatro axiomas de racionalidad práctica procedimental, para que los principios puedan servir en la solución de los casos difíciles: “(1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual, (2) un grado sumo de información empírica, (3) un grado sumo de universalidad, (4) un grado sumo de desprejuiciamiento” (Alexy, 2012, p. 175).

En una línea complementaria, Kelsen (1994/2018) considera que el derecho es pura teoría normativa, ajena a hechos naturales e históricos y a toda ley positiva. Las leyes son normas en cuanto a significaciones, no en cuanto a actos, y preceden a los hechos con un contenido propio e ideal. Respecto a esta teoría universal de toda posible ley, convertida en filosofía formal y fundamento de todos los conceptos jurídicos, Duquelsky (2015) señala que todos los actos de aplicación de la ley¹³⁸ son al mismo tiempo actos de creación y de aplicación.

Para Kelsen (1994/2018) se hace pues necesario reconocer que la norma fundamental es una mera hipótesis, cuya existencia se da por sentada, y a la cual necesariamente se recurre para validar todas las demás, por lo cual su referente básico es ella misma para sostener la validez de todo el derecho positivo, cuya aplicación debe hacerse mediante la interpretación adecuada de la norma. Más aún, Alexy (1997) complementa el concepto kelseniano para agregar elementos no positivistas: en primer lugar, la norma tiene que ser presupuesta si se quiere interpretar el derecho como orden de *deber ser*; en segundo lugar, quien se involucra en el campo del derecho no tiene ninguna alternativa frente a la categoría del deber ser y, por lo tanto, frente a la norma básica. Finalmente, se acepta que esta tiene que ser solo pensada, pero es fundamental que se renuncie a la concepción según la cual todo *deber ser* tiene que ser remisible a un *querer*, puesto que solo de ese

¹³⁸ Tanto los del juez a través de sus sentencias en cuanto normas individuales, como los del legislador cuando aplica la Constitución al crear la ley y los del poder administrador al crear una norma reglamentaria, entre otros, con solo dos excepciones: en la cima del sistema, el primer legislador, es decir aquel que dicta la llamada primer Constitución histórica, validada por Kelsen como la *norma básica fundamental*, solo crea derecho; en la base, el que ejecuta una sentencia, por ejemplo, el verdugo del rey, solo aplica la norma.

modo el conocimiento del deber ser no aparece necesariamente vinculado con un acto de voluntad propio o extraño¹³⁹.

La crítica a esta conceptualización radica en la contradicción implícita que entraña el dar base a todo el orden jurídico positivo en una norma no instituida, que no vale como derecho positivo. Es una dificultad ya abordada por el propio Kelsen, cuando reconoce el carácter ficticio de tal norma fundamental¹⁴⁰ que valida todo el sistema jurídico desde fuera del mismo. La necesidad de acudir a esta cadena de validez para explicar la existencia de una norma jurídica es lo que ha llevado a asimilar la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico con la imagen de una pirámide, en cuya cúspide se encuentra la primera Constitución y, a partir de ella, se estructura jerárquicamente el resto del sistema jurídico. La norma original y básica constituye el fundamento metodológico con el que se fija el vértice de la pirámide, que no forma parte de ella. A partir de estos postulados de Kelsen se han construido diferentes teorías sobre la supremacía constitucional, entre ellas la de Del Rosario Rodríguez (2011), quien sostiene que lo que permite que la Constitución esté en la cúspide de la pirámide es su ámbito sustancial basado en principios y valores¹⁴¹.

Sin embargo, el derecho no puede ser visto únicamente desde la perspectiva de una normatividad cuyo objeto es la regulación de las conductas humanas. No es adecuado en ese sentido confundir el derecho con la ley, que es solo una de sus manifestaciones, ni con el derecho positivo, pues su contenido es mucho más amplio, sino que se hace necesario identificar también el *contenido* del derecho, para reconocer que las normas constituyen su componente fundamental. En ese sentido, Hart (1998) diferencia entre perspectiva interna, la de los órganos que aplican el derecho y de

¹³⁹ Afirma Kelsen (1994/2018) que no puede existir una norma sin un acto de voluntad, y en ese sentido la norma fundamental, al carecer de dicho acto de voluntad de una autoridad, no es una norma como tal, sino que es fruto de la experiencia, calificada como hipótesis lógico-trascendental. Es por ello que, al ubicarla en un ordenamiento jurídico, se hace indispensable acudir a la experiencia, pues esta es la que permite identificar el derecho y no la norma.

¹⁴⁰ La norma fundamental puede ser mantenida como una ficción; puede ser que la norma obtenga su validez, no de la norma fundamental, sino por otro camino, como en el caso de los documentos legislativos. Es de aclarar que este pensamiento se suscita después de la Segunda Guerra Mundial, cuando Kelsen se replantea su teoría pura del derecho. Al respecto Calsamiglia (1985) anota: “Kelsen sostiene que la norma fundamental no es una norma positiva, sino una norma concebida por la inteligencia, es decir, una norma indispensable para conocer el derecho creado por el pensamiento de los científicos del derecho” (p. 92).

¹⁴¹ Este autor afirma en su texto que la supremacía constitucional radica en dos vertientes: una formal y una material; y, según afirma, la Constitución colombiana tiene ambos aspectos. Por un lado, el formal, al ser una ley que sienta las bases de todo un sistema jurídico, y así lo dota de validez. Y, por otro lado, es material, debido a que contiene los valores y principios fundamentales, y que además se ha fortalecido gracias a la idea del bloque de constitucionalidad (Del Rosario Rodríguez, 2011).

quienes usan las reglas como parámetros de actuación, cuya interpretación resultaría obligatoria; en estos casos, la función del lenguaje utilizado es prescriptiva¹⁴². En cambio, la perspectiva externa es hecha desde fuera de la aplicación de la norma por quien se interesa en precisar el significado de la misma, realizando un ejercicio descriptivo y valorativo del derecho, cuya interpretación carece de fuerza obligatoria.

Las normas jurídicas se diferencian pues de otros tipos de normas por las propiedades que les son atribuidas en razón de su pertenencia a un sistema jurídico, del cual se deriva también su estructura formal. No es vana aquí la importancia de la diferenciación semántica entre estas y el enunciado normativo que, como lo ha señalado Alexy (2012), permite precisar su concepto y su validez, y en el cual, para reconocer el significado de una norma, se hace indispensable señalar un contenido de significado, identificado con una obligación, una prohibición o un permiso. Con todo, resulta además fundamental que se reconozca también la estructura a la cual pertenece la norma:

Un sistema normativo es un sistema dinámico que se describe como una secuencia de conjuntos de normas relativizables temporalmente, [...] cada vez que se introduce o elimina una norma, el conjunto de normas es distinto, pero el sistema sigue siendo el mismo, mientras los criterios de identificación de las normas no varíen. (Alchourron y Bulygin, 1997, p. 61)

Esta definición permite reconocer el dinamismo del sistema jurídico, asentado sobre una construcción lógica, una base normativa y unas reglas de inferencia en las que el orden jurídico permite identificar el conjunto de reglas jurídicas aplicables a un caso dado. Todo lo anterior nos permite integrar diferentes conceptos, como el de Constitución, normas, reglas y principios, en un sistema jurídico en el cual encontramos normas que son axiomas o puntos de partida: la Constitución, que representa el sistema y el orden escogido, determina la correspondencia del sistema al todo, pues no solo fundamenta, sino que reconoce las consecuencias del sistema mismo; luego están las reglas de creación, que prevén cómo se introducen nuevas normas al orden, al tener en cuenta la noción de pertenencia al mismo. En cuanto a la aplicación de las normas, hay algunas

¹⁴² Kelsen hace una distinción similar y denomina a este tipo de interpretación de las normas como auténtica, dada su obligatoriedad y la regulación jurídica de sus procedimientos de creación, ya que el resultado de la interpretación es considerado como una norma.

que, derogadas, dejan de pertenecer al sistema en cuanto tal; otras en cambio superviven, es decir, continúan y permanecen en el cambio de un orden a otro.

Esta clasificación implica entonces el reconocimiento de que todas las consecuencias lógicas también forman parte del sistema. Las normas, según lo expuesto al respecto, se entienden como enunciados de correlación entre un caso con su solución, es decir, con una decisión jurídica, de lo cual se deduce que dichos enunciados dentro de un sistema jurídico tienen carácter normativo para establecer una forma de deber ser, y por ello tienen consecuencia de obligatoriedad.

Lo anterior constituye una revisión de las diferentes visiones que se tienen actualmente sobre el derecho y su derivación en la aplicación misma de las normas, en tanto el mismo se reconoce como un conjunto de normas jurídicas vinculantes, estructurado en un sistema que, mediante la facultad de sancionar su incumplimiento, permite la realización de la conducta prevista, aun contra el sujeto obligado, a través del ejercicio de la fuerza coercitiva organizada del Estado. Sin embargo, el derecho también puede ser visto, en la línea de los postulados rawlsianos, como un cuerpo de normas cuya finalidad es la prevención y la solución ordenada de conflictos, es decir, la aplicación de normas con pretensión correctiva (Rawls, 1971).

Lo importante aquí sería llegar a reconocer las reglas que reglamentan la conducta de los seres humanos, así como el reconocimiento de las normas que regulan el propio sistema jurídico. Para Kelsen (1994/2018), la norma fundamental está por fuera del mismo sistema, se presume su existencia metafísica, externa al derecho positivo mismo. Hart (1998) por su parte asevera que en el derecho se distinguen normas primarias, prescriptoras de conductas, y secundarias, referidas a las primeras y a los órganos de creación y aplicación¹⁴³. Dentro de esta segunda clase se identifican: la denominada regla de reconocimiento, que permite determinar las normas que pertenecen al sistema; la regla de cambio, que establece los órganos y los procedimientos de creación normativa, fundamental en virtud de la dinámica del derecho; y la regla de adjudicación,

¹⁴³ No sobra destacar que tal distinción se dio en razón a las críticas respecto a una concepción previa de derecho compuesto por órdenes coercitivos del soberano. Para Hart, tal concepto es deficiente en tanto no logra dar plena cuenta de los diferentes tipos de reglas primarias y secundarias, puesto que el carácter primordialmente potestativo y meta-normativo de estas últimas no es deducible de elementos como orden, obediencia, hábito y amenaza, los cuales imponen deberes más no confieren potestades u obligaciones, sin lo cual a su juicio la teoría carece de la plena comprensión del concepto de regla, concepto básico y esencial para comprender cualquier sistema jurídico.

que establece los órganos y procedimientos de aplicación. De aquí el carácter sistémico del derecho que señala el propio Hart, quien, cuando estipula las normas de cambio, admite la posibilidad del derecho de autorregular su propio proceso de creación, en tanto las reglas de adjudicación apuntan hacia la capacidad de modificación y adecuación con reglas propias en virtud de su carácter auto creativo, por lo cual se le da especial relevancia en el derecho a la regulación de los procesos de cambios, a las condiciones del uso de la fuerza y a los órganos encargados de la aplicación de normas en casos individuales. De este modo, el derecho es entendido como un tipo de normatividad que opera como un sistema, con una estructura que permite la interrelación de sus normas.

A diferencia de lo sostenido por Kelsen, es necesario que la norma fundamental tenga el carácter de norma positiva, que regule los procesos de creación legal y se constituya a sí misma en criterio de pertenencia, bajo el parámetro de referencia obligado de la Constitución, criterio fundamental de identificación del sistema, ya que su reemplazo denota un cambio de sistema jurídico mismo. Es por esto que surge la necesidad de la existencia, dentro del sistema mismo, de un criterio de identificación de las normas como elementos del mismo, así como de su obligatoriedad.

En tal sentido, Alexy (2012) reconoce la importancia de no priorizar el legalismo, aunque, en caso de que la importancia de la razón práctica sea abordada, de ninguna manera se pueden excluir los principios, en tanto los valores pueden y deben en este sentido servir para el ejercicio práctico del derecho. No en vano, en una democracia constitucional los principios tienen cabida dentro de la Constitución misma, en la que, en un ejercicio de ponderación entre normas y principios, es posible la realización de la razón práctica del derecho.

En contra de lo señalado por el positivismo jurídico de Hart, Dworkin (1997) sostiene que en todos los casos existe una respuesta correcta. Para este autor, al sostener que los jueces crean derecho se violenta el principio de la división de poderes y el de legalidad, en razón a la consideración de que todos deberían ser juzgados por leyes preexistentes, por lo cual, si el juez crea derecho, su creación es posterior al caso juzgado. Además, la característica de la discrecionalidad hace que los jueces justifiquen sus decisiones conforme al derecho y no al parecer propio. En ese sentido, el derecho está también constituido por principios esenciales, los cuales establecen criterios de equidad, justicia y moralidad objetiva que dan sentido a las normas, siendo los que le permiten al juez fallar proponiendo una respuesta correcta frente a casos concretos.

Finalmente, el pensamiento jurídico crítico, como anota Duquelsky (2015), involucra al reductivismo normativista positivista y los anclajes del iusnaturalismo, así como al reconocimiento del carácter transformador de la reflexión teórica. Así, se entiende que el papel del juez pena va a variar, o va a ser cuestionado, desde un enfoque que reconoce la importancia de la salvaguarda de los derechos fundamentales dentro del proceso penal, como se ha visto en el desarrollo de este trabajo. Esto teniendo en cuenta que la política criminal, quiérase o no, está embebida de fuentes doctrinarias que repercuten, de una u otra manera, no solamente en la forma de crear el derecho, en su sentido más amplio, sino también en la aplicación que día a día se requiere de los jueces. Este tema ha sido abordado como un uso alternativo del derecho desde la perspectiva del ámbito judicial:

Puede entenderse por uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora. Implica, de este modo, la toma de conciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y su idoneidad como factor de cambio social. (Duquelsky, 2015, p. 138)

En este orden de ideas, el aporte del juez penal a la sociedad implica esa apertura de conocimiento, de practicidad y de comprensión de un mundo complejo y en tensión permanente. En Latinoamérica ha hecho curso esta concepción de derecho alternativo, como forma de llenar los vacíos que la mera norma no cubre, y garantizar el respeto y el reconocimiento de los derechos de los sectores menos favorecidos en la sociedad. Así, el juez penal cumple un papel integrador, no desde postulados puramente teóricos, sino llevados a la práctica con sus fallos judiciales o, en este caso, penales. Este es el positivismo de combate, luchando por conquistas jurídicas reales, concretas, efectivizadas y optimizadas, no por meros postulados en el papel; por eso se dice del mismo que es transformador y emancipatorio. Otra vertiente dentro de la misma línea es la del pluralismo jurídico, el cual reconoce las prácticas sociales como fuente de órdenes jurídicos para abordar los problemas que el relacionamiento suscita, ampliando con ello la gama de blanco o negro a una escala de matices que cobran valor, por ejemplo, en el caso de las prácticas legales de comunidades indígenas o raizales.

En todo caso, la contribución real del juez penal constitucional en la optimización de derechos fundamentales, en este ámbito específico, dependerá por añadido de una política criminal coherente que le reconozca su papel como aportante, como forjador de un acercamiento entre la

realidad manifiesta y el orden judicial que se le impone. De ahí que en dicha política criminal deba también estar presente la voz de este juez, desde su legado histórico hasta sus pretensiones futuras, no como convidado de piedra, sino realmente como quien es capaz de entender su papel y su función para que la sociedad pueda alcanzar y perfilar sus propias metas.

Ahora bien, para que efectivamente se alcance en Colombia el objetivo de optimización de los derechos fundamentales en procura por una mejor política criminal, es necesario que los jueces penales ganen mayor argumentación constitucional, de modo que les permita materializar definitivamente la Constitución como Norma de normas, de la cual se desprenden diversos postulados del Estado social de derecho que quizá no están siendo debidamente considerados hasta el momento¹⁴⁴.

Sin embargo, esto es una tarea compleja, toda vez que la enseñanza del relacionamiento jurídico mostró que muchas veces la Norma Superior no se referencia como garante, en la medida en que no se contemplan en las decisiones los derechos fundamentales con fuerza constitucional, base del paso del Estado liberal al Estado social de derecho¹⁴⁵. En consecuencia, la justicia constitucional viene a satisfacer “esa exigencia de realidad que las normas deben trasuntar, pues completan los jueces constitucionales aquellos contenidos que aquellas no están en posición de manifestar” (Figueroa, 2009, p. 4).

En tal sentido, una sentencia que garantice derechos fundamentales ya no constituye una mera construcción axiológica, sino que se transforma en un mandato ético de respeto ante la vulneración

¹⁴⁴ Un claro ejemplo de ello es la no materialización de la resocialización como fin de la pena. Según sostiene la Corte Constitucional, “el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo” (CC, C-806, 2002). El desarrollo del fin resocializador de la pena es entonces un elemento importante de la constitucionalización del derecho penal y, por lo tanto, un factor relevante para el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho, algo que también se afirma en jurisprudencias como la C-083 de 1995, la C-261 de 1996 y la C-144 de 1997. Sin embargo, autores como Hernández (2018) han realizado estudios sobre las diferentes condiciones del sistema carcelario que impiden la verdadera materialización de la resocialización, entre ellos el hacinamiento carcelario y las precarias condiciones sanitarias derivadas de ello, además de la carencia de infraestructura y profesionales capacitados para desarrollar programas de resocialización de manera efectiva y, en términos generales, el desinterés de la sociedad en que este fin sea llevado a cabo, ya que la pena es vista como una especie de venganza pública.

¹⁴⁵ En la Europa de posguerra se abrió el debate acerca de la efectividad de la ley respecto a las atrocidades que posibilitaron precisamente dichas conflagraciones, de ahí la revisión y el replanteamiento del mismo Kelsen, sobre todo cuando se trató de resolver si realmente la Constitución era la Norma de normas. De allí surgieron movimientos como el llamado *neoconstitucionalismo*, que emergió de Estados Unidos y se extendió a Europa y por el resto de América (Cassagne, 2015).

ostensible de derechos, lo cual a su vez traduce en sentido amplio en una necesidad de resarcimiento. Bajo esa interpretación, podemos conferir una calidad de razón fuerte a los derechos fundamentales en su fase de aplicación, sujetos inclusive a los mandatos coercitivos del juez constitucional respecto de la parte obligada a restituir un derecho.

Así, y según lo propuesto en esta tesis, se requiere de jueces penales con mayor aplicación constitucional, cuyo objetivo, como ya se ha mencionado, sea amparar derechos fundamentales, de modo que puedan realmente aportar en líneas puntuales de política criminal, educativas, preventivas y, ante todo, generadoras de beneficios para la sociedad en general. Para ello, los juzgados penales deben resolver los casos, no únicamente desde el contenido formal de los códigos, sino buscando integrar la norma a la realidad determinada por los principios constitucionales del Estado social de derecho, para de este modo materializar una justicia constitucional que ante todo busque resguardar los derechos fundamentales, incluso sobre las normas que le sean contrarias. En este orden, el control constitucional parte del juez mismo, sin menoscabo de los postulados de la Corte Constitucional, para lo cual debe permitirse una actitud propositiva al momento de aplicar la norma, siempre permeada de rigor constitucional, e implementar así la política criminal en sus decisiones.

En este punto, se hace pertinente aclarar que de ninguna manera se plantean los juzgados penales como escenarios de debate de creación legislativa, dado que su papel primordial es judicial. No obstante, sí se considera que tal papel debe estar en directa relación con la política criminal del Estado, y por ello se exige que haya una cierta apertura, no de intromisión de un poder sobre otro para romper el equilibrio de poderes, sino de forma que se evolucione en la equiparación de tales poderes, ya que lo que se busca fundamentalmente es el amparo de los derechos humanos. En este caso, dentro de la política criminal:

Los jueces constitucionales gozan de una prerrogativa correctora que el Estado democrático y social del derecho, en su máxima expresión —el Estado constitucional— les asigna para precisamente salvar la democracia de los excesos de los demás poderes, y frente a esto es objetiva la conclusión: no sería esa función correctora atribuible a los poderes Legislativo ni Ejecutivo pues implicarían concentración de poder. Por tanto, deviene necesario que un órgano ajeno a ellos ejerza esas denominadas funciones de control constitucional. (Figueroa, 2009, p. 13)

De esta manera es como el juez penal puede detentar una mayor influencia constitucional, siendo innovador en el derecho en su papel de intérprete de la ley, pero sobre todo como salvaguarda de los derechos fundamentales desde los propios estados judiciales. El control inicia allí, y allí mismo la Constitución cobra fuerza, en la medida en que lo que se resuelve garantice esta salvaguarda de derechos con fuerza constitucional, como se deduce de un Estado que se plantee como social, democrático y de derecho.

En tal sentido, el neoconstitucionalismo, surgido en Colombia con la Corte a partir de la Constitución de 1991, busca no solo que esta interpretación tenga un abanico más amplio y trascienda la mera norma, sino también el sentido de la ley, su motivación y su ejercicio práctico, superando la interpretación textual para pasar a una hermenéutica de ponderación de principios que apunta a ir más allá de lo estrictamente normativo. Es de esta manera como la justicia penal contribuye también en dicha ponderación, pues es en estos juzgados donde cobran importancia los derechos fundamentales, no solamente de manera formal, sino materialmente, de ahí que sea tan importante concentrar la atención de los fallos, en aras de lograr el reconocimiento del ser humano como fin y no como un medio para la justicia.

El papel del juez en función de control de garantías es primordial aquí, cuando de sus decisiones judiciales pende el amparo y salvaguarda de los derechos fundamentales en la fase de indagación el proceso. Con esto se reconoce que uno de los objetivos de la implementación de la política criminal en el marco del Estado social y de derecho en Colombia es el de hacer más garantista el sistema penal¹⁴⁶, sobre dos pilares esenciales como son la protección de la libertad y la creación de un sistema de defensa pública para lograr equidad dentro del proceso.

¹⁴⁶ Acerca del garantismo en este contexto, se tiene que:

Es una visión que reconoce que no existe una paz consolidada, pero advierte que el papel del derecho penal es restringido en función de una posible y costosa pacificación eficientista. Ese es el verdadero carácter de mínimo y de fragmentario que debe tener el derecho penal en el caso colombiano. Un derecho penal mínimo es aquel que no criminaliza los conflictos sociales y políticos, pues ello equivale, aunque suene paradójico, a su despenalización, pues el eficientísimo, al aumentar el número de previsiones de la pena, aumenta también el número de eventos impunes, los cuales, en un derecho penal normal, representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes. Frente a la mera reproducción simbólica y a la autoafirmación puramente discursiva y decisionista de las decenas de normas que componen el derecho penal de emergencia, un derecho penal normalizado y restringido a la protección efectiva de los bienes jurídicos más caros a la sociedad es más realista y menos demagógico. (Aponte, 2015, p. 6)

Con todos los defectos señalados antes, se reconoce que el Código Penal y el de Procedimiento Penal tienen una base de principios y valores que derivan de la Constitución Política y que comprenden al sistema como un todo, por lo que la norma debe aplicarse con miras a atender ese todo, recordando que los derechos fundamentales están consagrados constitucionalmente, tanto como en tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, en su ejercicio de ponderación¹⁴⁷, lo que el juez penal debe hacer es reconocer que detrás de cada derecho hay un principio, y que se requiere determinar el grado de afectación en el caso específico, para lo cual se hace necesario recurrir al test de proporcionalidad que permita verificar si se logró la conciliación de los derechos limitados con los bienes constitucionalmente protegidos, así como si la medida adoptada tiene relación razonable con el objetivo perseguido¹⁴⁸, tal como afirma Perello (1997), quien también resalta la importancia de dicho test como una herramienta de restricción a la afectación de los derechos fundamentales, identificándola al final como un estándar para determinar la constitucionalidad de una medida en concreto.

En relación el tema, la Corte Constitucional ha definido un *principio de armonización concreta*, según el cual, siempre que haya colisión entre derechos, debe buscarse que ambos tengan la menor afectación posible, sin sacrificar completamente uno por salvaguardar el otro, debido a que el objetivo del Estado de efectivizar los principios consagrados constitucionalmente depende de la delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto y de su armonización en cada

¹⁴⁷ Cabe anotar que el concepto de *ponderación* al que se refiere la mayoría de la doctrina colombiana y que replica la Corte Constitucional no se corresponde específicamente, ni con la propuesta de Alexy ni con el *balanceo* de Dworkin; sobre ello, Peláez (2019) hace un estudio detallado y concluye que en Colombia se ha tendido a equiparar estas teorías y asimilarlas como una misma, lo que lleva a pensar que se ha planteado una concepción de ponderación que sintetiza elementos de ambas propuestas, cuando en realidad no corresponde estrictamente a ninguna de las dos.

¹⁴⁸ Respecto al fenómeno de la concurrencia de penas al momento de determinar los derechos fundamentales objeto de intervención, es importante tener en cuenta que esta situación:

[...] tiene lugar cuando en la norma de sanción se establecen dos o tres clases de penas que han de aplicarse conjuntamente como consecuencia jurídica de un determinado supuesto delictivo, como ocurre en un gran número de supuestos previstos en el Código Penal colombiano. Este último, además de prever de manera expresa penas concurrentes en las disposiciones de la parte especial, también establece de manera general que la inhabilitación de derechos y funciones públicas se aplica como pena accesoria para todos los delitos sancionados con pena de prisión. En tales casos, deben ser tenidas en cuenta todas las posiciones de derecho fundamental que se ven afectadas por cada una de las penas previstas por el legislador para efectos de realizar la adscripción *prima facie*, pues todas estas afectaciones de derechos fundamentales tendrán que ser justificadas, no solo en el control abstracto de la constitucionalidad de las normas penales, sino en su aplicación a los casos concretos por parte de los jueces y las juezas de conocimiento. (Lopera y Arias, 2010, p. 136)

situación específica. Ningún derecho es absoluto en ese sentido, ni tiene por sí mismo mayor valor que otro, por lo que, cuando hay pugna entre derechos constitucionales, lo que el juez debe realizar es un ejercicio de ponderación con el objetivo de equilibrar la afectación sobre los mismos (CC, T-425, 1995)¹⁴⁹.

En conclusión, el análisis del paso de la solución del conflicto a la optimización de los derechos fundamentales mediante la decisión judicial permite reconocer la figura del juez penal, tanto en función de control de garantías como de conocimiento, como responsable y salvaguarda de los derechos fundamentales de todos los implicados en el proceso, ya no como un simple depositario de la norma, sino como posibilidad de respuesta para determinado problema social, pero adecuada al marco de la ley. Se debe propender entonces para que en su ejercicio diario el juez penal tenga claros los conceptos constitucionales, así como las normas, reglas y principios, pero sobre todo para que se permita un uso alternativo del derecho, desde la consciencia de su función política y del impacto social que implica su decisión, lo que conlleva, en síntesis, una mayor argumentación constitucional.

¹⁴⁹ En sentencia posterior, la Corte ha señalado adicionalmente que:

108. Tradicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la ponderación para solucionar colisiones entre derechos y principios fundamentales. Esta metodología debe ser utilizada por el juez constitucional para resolver casos relacionados con la faceta prestacional de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad. También para estos casos, la ponderación se ofrece como un criterio metodológico racional que permite analizar la relación entre las libertades fundamentales y sus posibles limitaciones.

109. Analizar la faceta prestacional de los derechos, por lo general, implica la existencia de una posición jurídica, en la que el titular del derecho exige que el obligado realice una determinada acción, a efectos de alcanzar un determinado nivel de satisfacción del derecho (*nivel de satisfacción pretendido*). En estos términos, la ponderación no se puede estudiar, simplemente, como una colisión de derechos, sino que implica que el juez constitucional deba ponderar entre distintos *niveles razonables de satisfacción de los derechos*. (CC, T-027, 2018, II. CONSIDERACIONES)

2.4. La optimización de derechos fundamentales en el proceso penal con fundamento en la aplicación del test de proporcionalidad

Para Carbonell (2007), el principio de proporcionalidad parte del reconocimiento de que no existen derechos absolutos, sino que están limitados en su goce, por lo cual se requiere que exista una ponderación para lograr su armonía o compatibilidad:

El principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y, en esa medida, supone una barrera frente a las intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. (p. 11)

El mismo principio configura uno de los límites materiales del derecho penal como *última ratio*, como lo anota Mir Puig (2010), al subrayar que la proporcionalidad debe acompañar todo el proceso de la intervención penal, desde su tipificación hasta su ejecución, y contemplar siempre el condicionamiento de la pena a la gravedad del hecho causado. De este modo, deviene un instrumento que puede tanto legitimar como deslegitimar la intervención penal del Estado, sobre todo cuando no está cumpliendo con los fines constitucionales admisibles.

Por otra parte, Sánchez Gil (2007) señala que este principio también opera como un límite a la posible arbitrariedad que pudiese cometer el Estado, por lo que opera como un verdadero sostén de las decisiones que se toman al interior de los sistemas democráticos. Lo arbitrario aquí surge de tomar decisiones sin criterios jurídicos, no sustentables y subjetivos, para resolver las colisiones de principios fundamentales.

Todo esto concierne directamente al juez penal, a quien más directamente le corresponde realizar el control de legalidad sobre las actuaciones de la Fiscalía, en general encaminadas a la restricción de derechos y libertades del indiciado. Es entonces cuando debe hacerse un verdadero ejercicio ponderativo para que dicha afectación a los derechos fundamentales no sea desproporcionada, desde la convicción de que solo así será posible tomar una decisión jurídica idónea y adecuada, ceñida a los fines constitucionales, con el fin de garantizar al procesado una providencia justa.

Desde la perspectiva de la ponderación, los derechos fundamentales tienen estructura de *principios*, por lo que, cuando la Fiscalía pretende limitarlos, se configura una situación de colisión de principios para el juez en función de control de garantías, cuya decisión debe estar basada en un estudio de ponderación, en la medida en que “la intensidad de la afectación en el derecho debe ser proporcional a la gravedad del delito y a los beneficios que con ella se obtendrán en el proceso penal” (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2013).

Sin embargo, es menester reconocer también que la ponderación puede derivar en excesos en las garantías judiciales, sobre todo cuando se desconocen los preceptos jurídicos¹⁵⁰, de lo cual se infiere la importancia de la forma en que el operador judicial haga uso de dicho principio; caso contrario, cuando ni la dosificación ni el contexto son correctos, la ponderación tiene el potencial de causar más daños que ventajas (Montealegre, 2006).

El principio de proporcionalidad no tiene pues valor si no se ve incluido de manera coherente en la práctica del derecho, y por ello es que se insiste en el alto bagaje estructural y argumentativo que, junto al conocimiento de la norma, debe tener el juez en función de control de garantías, para reconocer también la importancia del contexto social y psíquico que demarca el comportamiento humano (Montealegre, 2006). Este es un enfoque¹⁵¹ que se debe tener en cuenta en la argumentación, al entender el derecho como algo que va mucho más allá de lo meramente normativo y valorativo:

Se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas, y que conduce, en definitiva, a considerar el derecho como argumentación. Es, cabría decir, la perspectiva del arquitecto que, no solo proyecta el edificio, sino que se ocupa también de — y que proyecta teniendo en cuenta— los problemas que plantea su ejecución, la

¹⁵⁰ Baquerizo (2010) hace una acotación muy interesante respecto al juicio de ponderación, al anotar que los principios no pueden aplicarse al modo de reglas, en el sentido de que no pueden funcionar como una subsunción, “ello se vuelve sencillo de admitir cuando se demuestra la imposibilidad de subsumir ciertos hechos concretos en una norma que no tiene estructura condicional o hipotética. ¿Cómo pretender aquella operación de encaje mecánico, si en primer término se desconoce dónde encajar?” (p. 221). Anota además que, cuando hay reglas que se fundan en compromisos que no pueden sino marginarse arbitrariamente —reconducción hacia principios por causa de inexistentes lagunas—, se hace jurídicamente inaceptable la ponderación.

¹⁵¹ Los otros tres enfoques señalados por Atienza (1997) son: estructural, funcional y valorativo.

funcionalidad del edificio, su valor estético, su integración en el medio, etcétera. En definitiva, se trata de la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde afuera, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea. (Atienza, 1997, p. 23)

El principio de proporcionalidad demanda entonces un ejercicio de la medida, motivo por el cual, entre las exigencias que se le hacen al juez, está el conocimiento de una perspectiva práctica que le permita reconocer el carácter dinámico del derecho y el conflicto permanente entre valores, principios y derechos (Bazzani, 2006).

En razón al tema que nos atañe, la Corte Constitucional ha desarrollado también dicho principio, por lo que nos centraremos aquí en su ámbito penal. Inicialmente, resulta prioritario señalar que, en virtud a la división de poderes que detenta el Estado democrático colombiano, se ha otorgado al Congreso de la República la facultad de legislar en materia penal y de señalar la política criminal. Respecto a ello, la Corte señala que:

La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto solo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera, no solo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales, con el fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no solo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal. (CC, C-559, 1999, VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS, 21)

Aquí, la Corte Constitucional es consciente de que, en caso de una eventual colisión de principios, deben existir unos puntos mínimos a observar, dirigidos tanto a quien detenta la potestad de elaborar las normas, es decir, el Congreso de la República, como al juez penal que debe ponerlas en práctica. De ahí que:

En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. (CC, C-648, 2001)

En este punto cabe anotar que la Constitución de 1991 reconoce también a las víctimas como protagonistas fundamentales de los procesos penales, en razón a la protección de las garantías que les son propias, ya que estas son las más afectadas por la conducta delictiva:

[...] como el modelo de Estado implantado en Colombia a partir de [1991] se funda en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general y consagra entre sus fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política en procura de la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, indudablemente el tratamiento a las víctimas y perjudicados con el injusto debe incluir oportunidades y mecanismos que los ubiquen al mismo nivel del procesado, y para ello es indispensable que el funcionario judicial interprete la ley observando los valores y principios constitucionales a la luz de los tratados internacionales. (Gómez Quintero, 2009, p. 1090)

Es por ello que el principio de proporcionalidad, que se entiende fundamentalmente como una técnica de interpretación normativa en casos de conflictos entre principios, no puede ser ajeno tampoco a la política criminal adscrita al Sistema Penal Acusatorio implementado en Colombia, en la medida en que debe contemplarse también el bloque de constitucionalidad que vela porque a las víctimas se les garanticen igualmente sus derechos fundamentales.

Es en este punto donde entra en consideración el test de proporcionalidad y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, dado que, para determinar la admisibilidad de una medida que afecta los derechos fundamentales, es necesaria la realización de dicho test, a través de la observación sistemática y escalonada de sus tres subprincipios, en razón de lo cual, si en el test no se supera un nivel, la medida es inválida constitucionalmente:

Toda intervención en los derechos fundamentales que no observe las exigencias de estos subprincipios es ilegítima y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional. La aplicación del principio de proporcionalidad presupone que una medida del poder público represente una intervención en un derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una norma o una posición que pueda ser adscrita *prima facie* a la disposición constitucional que tipifica el derecho intervenido. Si la medida de intervención supera el test de los subprincipios de proporcionalidad, tal medida será válida definitivamente como una restricción del derecho correspondiente. En caso contrario, la norma o la posición del derecho fundamental objeto de la intervención adquiere una validez ya no solo *prima facie*, sino también definitiva, y por ello la ley que incide negativamente en el derecho debe ser declarada inconstitucional. (Bernal Pulido, 2012, p. 33)

Para efectos de esta tesis, la *adecuación* o *idoneidad* se refiere a que la medida tomada por el juez penal siempre debe contemplar un mecanismo pertinente, capaz de amparar derechos y principios constitucionales en cada caso específico; respecto a la *necesidad*, aparece íntimamente vinculada con la relación que surge entre el medio y el fin, en razón a que la medida se debe tomar en caso de no existir otros medios menos lesivos para alcanzar el fin pretendido (Bedoya, 2008); y frente a la proporcionalidad *stricto sensu*, no basta que “una medida [sea] idónea y necesaria, hace falta que sea proporcional, es decir, que no genere una carga excesiva para quien debe soportarla” (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2013, p. 430).

Así, en relación al tema de los derechos fundamentales y su afectación desde el test de proporcionalidad, se debe recordar que los mismos constituyen el sustento del Estado social de derecho, por lo cual la jurisprudencia constitucional busca sobre todo garantizar su positiva efectivización, enfatizando la prohibición de afectaciones desproporcionadas sobre estos. Si tales medidas de afectación no superan el test descrito no es permitida su aplicación, si bien se reconoce que frente a beneficios leves y a graves restricciones no opera la aplicación del principio (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2013).

Así pues, en supuestos de colisión entre principios fundamentales, no solo el juez en función de control de garantías, sino en realidad todos¹⁵², deben fundar sus decisiones en los preceptos constitucionales, asegurando el respeto por los derechos inalienables de los individuos, pues es sobre ellos que recae el control de las medidas penales que afectan dichos derechos, por lo cual resulta clave el test de proporcionalidad para valorar lo mencionado por la jurisprudencia y la doctrina al respecto.

La propuesta de este trabajo pasa pues por incorporar dicho test como un elemento útil para la construcción de una política criminal integral, lo cual conlleva la necesidad de todo un cuerpo de profesionales para intervenir dicha política, en función de determinar la importancia del reconocimiento de los derechos fundamentales frente a las leyes en temas criminológicos. Esto constituye uno de los temas más álgidos de esta propuesta, ya que se enfrenta a dos posiciones en tensión: una que reconoce un exceso de otorgamiento de poderes a los jueces, y otra que desconoce la evolución del derecho penal para ampararse en lo meramente normativo.

Se reconoce entonces que tanto el juez en función de control de garantías como el de conocimiento son los encargados de tomar una primera decisión, de tal forma que a ellos les compete conocer de forma directa el fenómeno criminal, así como a todos quienes materializan en la práctica propia la teoría de la política criminal; de ahí que la propuesta en este punto sea fortificar la integración de sus decisiones en el diseño de dicha política en Colombia¹⁵³.

Finalmente, un elemento fundamental en esta apartado consistió en identificar cómo, a partir del conocimiento del origen, concepto y método de aplicación del principio de proporcionalidad, puede el juez penal lograr resultados eficaces en el análisis de cada caso. Esto significa que el uso de este principio puede implicar un verdadero ejercicio ponderativo para que la afectación a los

¹⁵² La visión amplia e integradora mantenida en este trabajo sostiene que todos los jueces penales, al garantizar la observancia de los derechos fundamentales en cualquier etapa del proceso, se entienden como jueces en función de control de garantías. Sobre este aspecto, Fernández (2016) señala cómo la misión por excelencia del juez de garantías es la de proteger los derechos de todas las partes involucradas en la actuación, ponderando, *ex ante* o *ex post*, si las intromisiones sobre los derechos fundamentales son legítimas para determinar de qué manera los actos de parte se adecúan al ordenamiento superior.

¹⁵³ Al conocer el tema desde una política pública se conoce también la participación armónica y coherente de los órganos encargados de su elaboración y de su ejecución, afirmando el fin mismo de tal política y valorando a su vez la realidad que mueve al país, tanto en materia social como económica y cultural. Así se supera la dificultad de encontrar, dentro del mismo sistema penal, decisiones opuestas para casos análogos, y se puede llevar un mensaje de coherencia a los propios colombianos, demarcando así unos objetivos claros y precisos.

derechos fundamentales que ceden en cada caso concreto no sea desproporcionada, permitiendo entonces una decisión jurídica idónea, adecuada, y ajustada a la constitucionalidad, a la luz del Estado social y de derecho. No obstante, un último aspecto a resaltar es que la legalidad no solo funciona como una herramienta para salvaguardar libertades fundamentales, toda vez que de fondo lo que se busca es una intervención penal que resulte útil y efectiva en su impacto para la sociedad en general, tema que será abordado en el próximo apartado.

2.5. Análisis de decisiones frente a la optimización de derechos fundamentales

Procedemos a continuación a analizar algunas decisiones judiciales recientes en la justicia penal colombiana, en la medida en que pueden ser consideradas como ejemplos de optimización de derechos fundamentales y resultan relevantes como respuestas dadas para satisfacer las exigencias de salvaguarda de los mismos por parte de la política criminal.

Previo a un análisis más pormenorizado y exhaustivo de determinados casos, hacemos un pequeño *excursus* para explorar cómo la aplicación de figuras alternas a la máxima sanción penal, como los preacuerdos o el principio de oportunidad, permite el avance en una política criminal constructiva y acorde con los principios del Estado social de derecho, expresada en decisiones que contribuyen mucho más con el contexto real en el que se enmarca cada caso.

El primero de estos ejemplos se refiere al proceso¹⁵⁴ adelantado en contra de Jorge Alberto Torres Berrío, por los delitos de extorsión y homicidio de un joven estudiante de la Universidad Sergio Arboleda. Según resoluciones del principio de oportunidad por la causal 5 (colaboración eficaz), las actas de legalización y las mismas declaraciones de las víctimas (los padres), se puede reconocer que lo más importante para estas, más que la sanción punitiva, era conocer la verdad respecto a las circunstancias del asesinato de su hijo, lo cual pudo lograrse mediante el uso de esta figura del principio de oportunidad, además de un preacuerdo que terminó con sentencia condenatoria para el colaborador.

¹⁵⁴ Caso adelantado por la Fiscalía 40 de Crimen Organizado de la ciudad de Bogotá, de donde se obtuvo parte de la información, tramitado bajo el proceso Radicado 11001600000201300363.

El segundo caso¹⁵⁵ tuvo una cierta resonancia mediática debido a la respuesta dada en su momento al funcionario público por parte del imputado: “¿Usted no sabe quién soy yo?”. Implicó una acusación contra Nicolás Gaviria Stanich, por delito de violencia contra servidor público, y se contempló la aplicación de un principio de oportunidad a su favor por la causal 13, en la modalidad de suspensión y renuncia, en razón de lo cual el indiciado tuvo que realizar determinadas actividades pedagógicas para erradicar de la sociedad el irrespeto contra las autoridades (Noticias Caracol, 2015).

Estos dos cortos ejemplos muestran cómo no solo con sanciones penales o disciplinarias se consiguen los objetivos últimos de la justicia, porque en el caso del joven universitario asesinado resultaba más importante para sus padres el descubrimiento de la *verdad*, de modo que sin la existencia de una figura como el principio de oportunidad, abierta a conseguir estas declaraciones y en compensación a ellas un resultado como el que esperamos, posiblemente hubiese quedado el caso impune o simplemente con una sentencia condenatoria sin declaración alguna. Por su parte, en el caso de Nicolás Gaviria se impusieron actividades pedagógicas en proporcionalidad al delito de agresión cometido, lo cual, teniendo en cuenta la prepotente actitud inicial del indiciado, resultaba mucho más significativo en su aprendizaje que la reclusión en un centro carcelario. Ambos ejemplos son una muestra de la manera como la política criminal en nuestro país sí puede ser optimizada por la justicia penal, a través de estas figuras legales que lo permiten.

Sobre el mismo aspecto, una consulta con jueces de garantías y de conocimiento de Bogotá¹⁵⁶ coincide en la importancia de ampliar las posibilidades de sanción para los indiciados, dependiendo del delito: un ejemplo de ello fue el caso de una persona que ofreció una *coima* de \$50 000 a un policía de tránsito a cambio de que no le hicieran un parte, hecho que fue conocido por la Fiscalía, la cual le imputó al conductor el delito de cohecho; sin embargo, posterior a la imputación, la propia Fiscalía reflexionó sobre qué tan útil pudiera ser para este conductor la pena de cárcel, entendiendo que no resultaba verdaderamente proporcional. Entonces surgió la posibilidad de un principio de oportunidad, a través de una sanción pedagógica para pintar una biblioteca en un barrio humilde de Bogotá, más una nota de arrepentimiento y un curso sobre ética,

¹⁵⁵ La Fiscalía 6 del despacho de la Vicefiscalía adelantó el proceso bajo Radicado 110016102071201500597.

¹⁵⁶ Información obtenida a través de comunicados personales en ámbitos académicos con jueces cuyas posiciones resultan de relevancia para esta tesis.

de modo que el conductor aprendiera por qué este tipo de actuaciones es dañina para la sociedad, en tanto entrañan corrupción.

Muchas veces, según los jueces con quienes se estableció comunicación, sucede que desde el estrado donde ellos se ubican pueden darse cuenta de que no es suficiente la sanción penal de prisión, porque la víctima a veces requiere de mayor atención, pero son igualmente conscientes de que no pueden extralimitarse tomando decisiones no precisamente delimitadas en el marco de la ley¹⁵⁷. Ante estos casos, se hace necesario señalar la importancia de una observación adecuada del principio constitucional de estricta legalidad, el cual permite siempre que se pueda hacer un seguimiento y control sobre las decisiones, en orden de verificar la efectiva positivización de los derechos fundamentales del procesado.

2.5.1. Caso carrusel de la contratación.

Una forma específica de aplicar justicia penal y lograr un aporte en la transformación de la política criminal lo constituye el manejo de determinados procesos a través de nuevas modalidades de investigación, que permitan llegar a verdades clave, inaccesibles por otros canales. Un ejemplo claro de esto es el conocido caso del *carrusel de la contratación*, investigación absolutamente compleja, que requirió de un equipo de policía judicial interdisciplinario y de la aplicación de un análisis en contexto para lograr resultados.

¹⁵⁷ Uno de estos casos del que se tuvo conocimiento con jueces penales en escenarios académicos, fue el de una niña, violada por su padre, cuya madre quedó también muy afectada; a pesar de que se profirió sentencia condenatoria, la juez consideró que no podía ordenar un tratamiento para esta madre, porque era una percepción propia y no había una solicitud de parte que así lo exigiese como tal, además que no es algo contemplado dentro de lo previsible por la ley. Con la Ley 906 de 2004 se replanteó la importancia de la víctima en el proceso penal, y se le otorgaron los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, pues se reconoció que no bastaba solo con castigar al delincuente como método retributivo *hammurabiano*, sino que, en muchas ocasiones, se requerían actuaciones adicionales para resarcir verdaderamente los perjuicios generados a las víctimas de un delito. Hoy en día, la legislación colombiana cuenta con dos figuras encaminadas al logro de este objetivo: la demanda de parte civil y el incidente de reparación integral (Acosta y Medina, 2014); sin embargo, el problema con la segunda en concreto es que solo se puede llevar a cabo por solicitud expresa de la víctima, el fiscal o el Ministerio Público, lo cual implica que así el juez la considere necesaria no puede aplicar esta figura de oficio (CPP, 2004).

Durante los años 2008 a 2012, en el periodo gubernamental del ex alcalde Samuel Moreno, Bogotá vivió uno de los casos más graves de corrupción de su historia¹⁵⁸. El 25 de junio de 2010, los medios de comunicación publicaron la grabación de una conversación entre el ex congresista German Olano y los contratistas Miguel Nule y Mauricio Galofre¹⁵⁹. La cinta dejó al descubierto la negociación de millonarias comisiones¹⁶⁰ por la adjudicación de contratos estatales, de los cuales la obra principalmente afectada fue la construcción de la Fase III del sistema de transporte público Transmilenio, a cargo del Instituto de Desarrollo Urbano (IDU).

En relación al hecho, un informe adelantado por la Auditoría General de la República (2011) expuso que existió una gran debilidad en el control de la contratación por parte de las entidades públicas —directamente y a través de los interventores— y de las contralorías territoriales, en relación con el manejo que los contratistas dieron a los anticipos.

En relación con los agentes partícipes, se encontró que el ciudadano Manuel Sánchez era el abogado responsable de manejar el dinero de los empresarios¹⁶¹ y “prestar su nombre para que, a través de su empresa, Sánchez Abogados, se pagaran las comisiones a políticos y se giraran grandes cantidades de dinero a las campañas a la Alcaldía de Bogotá, a la Gobernación de Cundinamarca y al Consejo de Bogotá” (Romero, 2013, p. 53). Según declaraciones del mismo

¹⁵⁸ Esta corrupción en la contratación, por la que fue procesado Samuel Moreno Rojas por delitos contra la administración pública, se cataloga como uno de los más grandes desfalcos a Bogotá, cubierto ampliamente por medios como Canal Capital (CanalCapitalBogota, 2013), la Revista Dinero (2013) y la Revista Semana (2020a).

¹⁵⁹ La grabación fue publicada por Caracol Radio el 25 de junio de 2010 (Caracol Radio, 2011).

¹⁶⁰ Según cifras de la Fiscalía General de la Nación, los valores aproximados de las cuantías involucradas en las investigaciones, a 2 de junio de 2017, se discriminaban así: Fase III de Transmilenio (IDU), \$204 199 233 586 (cesión del contrato 137 de 2007-Calle 26, Nule-Conalvías); malla vial IDU, \$15 000 000 000; ambulancias (contrato 1229 de 2009), \$25 000 000 000; Unidad de Mantenimiento Vial \$8 000 000 000; vía Tunjuelo-Canoas, \$48 000 000 000; Secretaría de Integración Social, \$10 000 000 000; Hospital Meissen, \$ 590 000 000; Sistema Integrado de Recaudo (Sirici), sin estimar; Sistema Integrado de Transporte (SITP), \$1 800 000 000.

¹⁶¹ Para efectos de profundizar en el estudio, en agosto de 2020 se realizó una entrevista con el fiscal auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia, quien coordinó el caso. Respecto a la participación de Manuel Sánchez se le formuló la siguiente pregunta: “¿Cómo se probó en el proceso penal que Manuel Sánchez era el abogado responsable de que, a través de su empresa, Sánchez Abogados, se pagaran comisiones a políticos y se girara dinero a las campañas de la Alcaldía?”; la respuesta de este fiscal fue que, en el curso del proceso, se obtuvieron entrevistas e interrogatorios de personas que manifestaron haber participado directamente de los actos de corrupción, y que así mismo testificaron en contra de Sánchez en las audiencias de juicio oral; adicionalmente, se presentaron facturas, comprobantes de consignaciones y registros de entrada y salida de la empresa del mencionado abogado, sumado a que se corroboró la realización de reuniones en su residencia. Todo esto se usó para probar su participación criminal en el manejo de dineros, que el mismo Sánchez aceptó en diligencias de interrogatorio ante la Fiscalía (Entrevista al fiscal delegado, realizada el 5 de agosto 2020).

Sánchez, a pesar de que los archivos del Consejo Nacional Electoral informaban que la campaña de Samuel Moreno había sido financiada por un préstamo bancario de 600 millones de pesos¹⁶², dicha suma no representaba ni la tercera parte de los recursos que ingresaron por otros medios¹⁶³.

A lo largo del periodo mencionado, se llegó a identificar que el grupo dirigente, encargado “de armar a su antojo el gabinete y ubicar el resto de funcionarios de primer y segundo nivel en todas las entidades del distrito para que sirvieran a los intereses de la ‘junta directiva’” (Romero, 2013, p. 94) estuvo conformado por los contratistas Emilio Tapia y Julio Gómez, el abogado Álvaro Dávila, Inocencio Meléndez (funcionario del IDU), Héctor Zambrano (secretario distrital de Salud) y los hermanos Samuel e Iván Moreno. En razón a que estos últimos eran los más susceptibles de ser detectados, por los cargos públicos que ocupaban (alcalde y senador), los intermediarios profesionales que los acompañaban se propusieron mantener ocultos todos los acuerdos, asumir todo riesgo que pudiera afectar el anonimato de los hechos y, en caso dado, aceptar la culpa a fin de que el exalcalde Samuel Moreno se viera absuelto (Della Porta & Vannucci, 2004, p. 172).

En virtud de este fuerte blindaje, una vez se empezaron a descubrir los desfalcos, la manipulación y, en general, toda la corrupción inherente al proceso, parecía lejana la posibilidad de comprobar la participación de las cabezas más fuertes; no obstante, el hecho de que se adelantaran más de sesenta¹⁶⁴ investigaciones dio sus frutos, lo que derivó en su momento en una condena para Samuel

¹⁶² Respecto a la pregunta: “¿Cómo se probó en el proceso que la campaña de Samuel Moreno no había sido financiada por un préstamo bancario de supuestos 600 millones de pesos?”, el fiscal delegado respondió que: [...] en las noticias criminales 2009-00072, 2011-00214, 2011-00446 y 2012-00510 obra formalmente el reporte oficial de la financiación de la campaña a la Alcaldía Mayor de Bogotá del Dr. Samuel Moreno Rojas, adelantada en el año 2007, rendido ante el Consejo Nacional Electoral. Pero también, a través de los interrogatorios y testimonios de personas cercanas a este para la época, como: Manuel Sánchez Castro, Héctor Julio Gómez González y Emilio Tapia Aldana, esencialmente, se puso de presente que ingresaron otras sumas dinerarias, al parecer, que no fueron reportadas oficialmente.

¹⁶³ En la misma entrevista, ante la pregunta “¿Cuál fue la cifra de dinero que ingresó por medios ilícitos a la campaña del ex alcalde Samuel Moreno Rojas?”, el fiscal respondió que hasta la fecha no se conoce la suma exacta del total de dinero ingresado a la campaña por tales medios.

¹⁶⁴ Entre las investigaciones ordenadas, algunas de las sentencias más relevantes fueron las de: Hipólito Moreno (Juzgado 7º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de agosto 26 de 2013); Orlando Parada (Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de abril 21 de 2015); Héctor Zambrano (Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de diciembre 11 de 2014); Julio Gómez (Juzgado 40 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de julio 14 de 2014); Andrés Camacho (Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de agosto 13 de 2014); Federico Gaviria (Juzgado 4º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de diciembre 17 de 2013); Francisco Rojas Birry (Juzgado 6º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de agosto 28 de 2014); Miguel Eduardo Nule Velilla, Manuel Francisco Nule Velilla, Guido Alberto Nule Marino y Mauricio Antonio Galofre Amín

Moreno por cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos agravado, según sentencia 201400604 del 29 de marzo de 2016, emitida por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

Como resultado de la evolución del caso, se establecieron 40 condenas, 39 medidas de aseguramiento y 70 imputaciones¹⁶⁵. En este punto, como una vía alternativa en el desarrollo de los hechos surgió la posibilidad de que los imputados pudieran aportar a la justicia criminal, estableciendo nuevas facultades propositivas y transformadoras a través de figuras de preacuerdos y principios de oportunidad, concertados con los que de ellos inicialmente habían aceptado la responsabilidad total de la culpa. Esto dio lugar a trámites de principio de oportunidad a favor de: Jorge Luis Bettin Rodríguez (cohecho por dar u ofrecer), Inocencio Meléndez Julio (concusión), Iván Alberto Hernández Daza (interés indebido en la celebración de contratos), César Ramírez Cuéllar (cohecho por dar u ofrecer), Manuel Hernando Sánchez Castro (concierto para delinquir), Héctor Julio Gómez González (concierto para delinquir), Emilio José Tapia Aldana (peculado por apropiación) y Luis Eduardo Montenegro Quintero (prevaricato por acción)¹⁶⁶.

(Juzgado 36 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de enero 27 de 2015); Iván Hernández Daza (Juzgado 47 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de febrero 25 de 2014); Álvaro Dávila (Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de noviembre 27 de 2018); Carlos Parrado y Tatiana Bustos (Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, sentencia de marzo 18 de 2019).

¹⁶⁵ Respecto a la pregunta “¿Aproximadamente durante qué periodo, qué tiempo, en cuántos procesos radicados, y con cuánto recurso humano (investigadores y fiscales) se obtuvieron las 40 condenas, 39 medidas y 70 imputaciones del *carrusel de la contratación*?”, el fiscal entrevistado comentó que, según registros del Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA) de la Fiscalía General de la Nación, el proceso inició en 2009, en la Fiscalía 9 Seccional de la extinta Unidad Nacional Anticorrupción (hoy Dirección Especializada contra la Corrupción), y se sigue desarrollando hasta la fecha (2020), ya que aún cursan indagaciones y juicios. Respecto a la cantidad de procesos aclaró que no podía dar una cifra exacta, debido a que se habían originado rupturas procesales, pero estimó un aproximado de 90 radicados distribuidos en diferentes despachos y direcciones de la Fiscalía. Asimismo, anotó que, además de las sentencias condenatorias había que resaltar tres absolutorias, pero que a la fecha no habían adquirido ejecutoria debido a recursos interpuestos por la Fiscalía. Y respecto al recurso humano que había participado en el desarrollo del caso, afirmó que aproximadamente habían sido 4 fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, 5 fiscales auxiliares ante la misma entidad, 12 fiscales seccionales, 4 fiscales locales, 5 asistentes de fiscal, 14 funcionarios de policía judicial, entre los que había abogados, contadores públicos, ingenieros civiles, economistas, administradores, entre otros, para un total cercano a las 44 personas.

¹⁶⁶ En relación a los principios de oportunidad, se preguntó al fiscal encargado el tiempo aproximado durante el cual estos fueron realizados y en qué contribuyeron materialmente. El mismo mencionó que los trámites para su aplicación se adelantaron entre mayo de 2011 y junio de 2014; sin embargo, acotó que el inicio de un trámite de principio de oportunidad no implica su estricta aplicación, ni tampoco la consecuente renuncia de la acción penal, debido a que depende de que los aspirantes cumplan con la totalidad de las obligaciones previstas, entre ellas la reparación integral a las víctimas. En este caso concreto mencionó que solo en dos trámites se ha renunciado a la acción penal por parte de la Fiscalía, con respecto a César Ramírez Cuéllar y Jorge Bettin Rodríguez. Según el fiscal, estos principios de oportunidad contribuyeron con varios aspectos,

Uno de los aportes más significativos a la justicia penal en este caso fue dado por Inocencio Meléndez Julio, una de las cabezas jurídicas de todo el procedimiento¹⁶⁷ y pieza clave para dar inicio al análisis contextual de los hechos. A Meléndez Julio, quien fuera subdirector técnico legal del IDU y posteriormente nombrado subdirector general de la misma entidad, se le formuló imputación el 23 de marzo de 2011 por los delitos de concusión, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, prevaricato por acción y prevaricato por omisión. No obstante, el 18 de julio se suscribió un acta de preacuerdo entre la Fiscalía y el sindicato¹⁶⁸, y el 24 de agosto de ese mismo año el fiscal competente elevó solicitud de aplicación del principio de oportunidad, en la modalidad de interrupción de la acción penal a favor del indiciado por el delito de concusión. De esa manera, este último cumplió con el compromiso de servir como testigo de cargo y, en el último año de suspensión de la acción penal, rindió testimonio en los juicios en contra de Rafael Hernán Daza Castañeda, Samuel Moreno

entre ellos: el esclarecimiento de circunstancias de tiempo, modo y lugar de la participación directa en los hechos; la ubicación de evidencia documental; el apoyo en la verificación de algunas actividades de la policía judicial; la determinación de hechos tratados en reuniones realizadas en el país y fuera de este, así como su fecha, hora, lugar; el descubrimiento de coimas o comisiones ilícitas y el establecimiento de acuerdos internos de estrategias para obstaculizar las investigaciones; y la reconstrucción de hechos cuyos soportes habían sido imposibles de encontrar, entre otros aspectos. Finalmente, el fiscal afirmó que a partir de estos principios de oportunidad se habían logrado aproximadamente el 95 % de las sentencias que aparecen en los registros públicos a la fecha.

¹⁶⁷ Respecto de Meléndez, se realizó la siguiente pregunta al fiscal entrevistado: “¿Cómo se probó que Inocencio Meléndez Julio era una de las cabezas jurídicas, y pieza clave para la comisión de los delitos del llamado *carrusel de la contratación*?”, a lo cual el aludido afirmó que fue en la noticia criminal 2009-00072, hoy pública:

[...] en la medida que fueron condenados en juicio la ex directora general del IDU, Dra. Liliana Pardo Gaona, y el ex contralor distrital de Bogotá, Dr. Miguel Ángel Morales Russi, obran memorandos, grabaciones, oficios, actas de reuniones, documentos contractuales, testimonios e interrogatorios, que permitieron identificar al Dr. Inocencio Meléndez Julio, en ese entonces, subdirector jurídico de la entidad distrital, como una persona con conocimiento directo de lo que sucedió en el trámite, celebración y liquidación de los contratos investigados, así como un funcionario público que ostentaba estudios y experiencia en esta materia, como también que sostuvo algunas reuniones directas con contratistas, concejales y particulares que igualmente figuraban como autores o partícipes de los distintos casos que integran lo que se llamó el *carrusel de la contratación*.

¹⁶⁸ Sobre este preacuerdo, se preguntó al fiscal delegado: “¿Cómo fue posible lograr el preacuerdo entre la Fiscalía y Meléndez Julio?, ¿y cómo este preacuerdo aportó al proceso penal y, en consecuencia, en general a la política criminal de Colombia?”, a lo que este respondió que, según constaba en la noticia criminal 2011-00283:

[...] se realizó este preacuerdo entre el fiscal tercero delegado ante la Corte Suprema de Justicia de la época, la defensa y el imputado, mediando iniciativa de estos últimos, [lo cual] significó corroborar información que directamente le constaba al entonces subdirector jurídico de una de las principales entidades públicas involucrada en actos de corrupción como lo era el IDU, y al ser aprobado el preacuerdo por un juez de conocimiento, fue la primera sentencia condenatoria emitida.

Rojas, Liliana Pardo Gaona y Wilson Duarte Robayo. A su vez, como condición para la aplicación del principio de oportunidad, Meléndez Julio se comprometió a la reparación integral de las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley respecto del delito indicado, teniendo en cuenta los intereses de estas, además de la manifestación pública de arrepentimiento por los hechos imputados, en diligencia judicial a la cual se le citaría con motivo del presente caso (FGN, 2018).

En este análisis se reitera la importancia de la existencia de alternativas frente a la sentencia punitiva, que permitan al procesado compensar, de cierta manera, el daño hecho a través de mecanismos que no se reducen al castigo, sino que pueden constituirse como herramientas pedagógicas y de resarcimiento social, como en este caso lo es la reparación integral a las víctimas y la manifestación pública de arrepentimiento.

Otra situación clave que sustenta aquí los argumentos de esta tesis es la que se presentó con Héctor Zambrano Rodríguez, secretario de Salud de Bogotá durante la administración referenciada, e imputado por los delitos de cohecho propio, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros. En el desarrollo del proceso, Zambrano manifestó su aceptación unilateral e incondicional de los hechos y delitos acusados, excepto en el de peculado por apropiación. Por este último delito, el Juzgado 4° Penal del Circuito de Conocimiento permitió la aplicación del principio de oportunidad, por vía de la causal 324, numeral 4 y 5, del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el 1 de agosto de 2014, Zambrano fue condenado a la pena principal de 157 meses y 9 días de prisión en establecimiento carcelario. De igual forma, el 7 de julio de 2015, la Fiscalía “expidió la Resolución 0-1246, en la que dispuso aplicar principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros (art. 397, C.P.)” (FGN, 2019).

En la sentencia de segunda instancia, se refiere que “la solicitud inicial de Zambrano Rodríguez fue realizar una negociación o preacuerdo, que posteriormente derivó en un principio de oportunidad, en la modalidad de suspensión” (Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de diciembre 11 de 2014). De tal manera que, en el marco de la Ley 906 de 2004, artículo 324, causal 4-a, el procesado adquirió un compromiso, orientado a “desarticular la organización criminal que afectó a la administración pública del Distrito Capital y evitar que se continuaran ejecutando delitos contra

la administración pública” (FGN, 2019). Como resultado de dicha colaboración se obtuvieron avances en los procesos adelantados contra Francisco Rojas Birry, Jorge E. Salamanca, Hipólito Moreno y Samuel Moreno Rojas.

Finalmente, otras piezas claves en el caso fueron Emilio Tapia e Hipólito Moreno. El primero de ellos, acusado por el delito de peculado por apropiación, se comprometió con la Fiscalía¹⁶⁹ a reparar a las víctimas y a servir de testigo en los procesos contra el exalcalde Samuel Moreno, Iván Moreno, Miguel Ángel Morales Russi (ex contralor de Bogotá) y otros funcionarios que también fueron partícipes en los desfalcos a la administración pública¹⁷⁰. Por esta razón, el 16 de agosto de 2017, mediante la Resolución 02613, el fiscal general de la nación aplicó en su favor el principio de oportunidad, en la modalidad de suspensión de la acción penal.

Por su parte, Hipólito Moreno, ex concejal de Bogotá, fue acusado por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, cohecho propio y tráfico de influencias de particular, pero aceptó un preacuerdo con la Fiscalía para facilitar información que permitiera esclarecer los hechos relacionados con el carrusel (FGN, 2013c). De este modo, Moreno aportó información en diferentes investigaciones relacionadas con el caso, con la cual se logró sindicar a otros funcionarios y particulares involucrados en los delitos de cohecho propio, interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación, celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, entre otros, revelando el *modus operandi* de estas personas y denunciando empresas contratistas vinculadas con los hechos delictivos, ante la evidencia de dineros indebidamente apropiados.

¹⁶⁹ En este tema se preguntó al fiscal: “¿En qué consistió la reparación de las víctimas?”. La respuesta fue que el proceso de reparación a las víctimas aún se estaba adelantando en la Fiscalía 83 del Grupo de Trabajo para la Corrupción en la Contratación de Bogotá, adscrito a la Dirección Especializada contra la Corrupción, dentro de la noticia 110016000102201300044, donde se estaba tramitando un principio de oportunidad y obraban actas de reuniones entre la Fiscalía y apoderados del IDU respecto de la suma de la reparación, así como respecto a fechas y formas de pago. Además estaba la obligación de cumplimiento de otros compromisos, como servir de testigo de cargo en varios juicios e investigaciones contra Samuel Moreno, que aún siguen vigentes.

¹⁷⁰ Con base en las entrevistas e interrogatorios rendidos por Tapia, se logró establecer testimonio en contra del exalcalde Samuel Moreno Rojas, los exconcejales José Juan Rodríguez, Wilson Duarte y Omar Mejía Báez, el ex contralor Miguel Ángel Morales Russi, la exdirectora del IDU Liliana Pardo Gaona, Carlos Parrado Díaz, Miryam Margot Martínez, el exdirector del IDU Néstor Eugenio Ramírez, el empresario Andrés Jaramillo López, Claudia Patricia Otálora, Álvaro Dávila Peña, Andrés Alberto Cardona Laverde, Francisco Álvarez, Javier Ríos y Alberto Ríos.

Así, este acuerdo le otorgó la posibilidad de aspirar a un principio de oportunidad, en calidad de suspensión de la acción penal para el delito de tráfico de influencias de particular, amparado en el artículo 411 del Código Penal. Posteriormente, la Fiscalía estableció cuatro prórrogas más en favor del ex concejal, con el fin de que siguiera participando en el proceso.

En la sentencia bajo Radicado 110016000010220110052601, del 3 de febrero de 2014, en segunda instancia contra Hipólito Moreno, el Juzgado 7º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá se pronunció sobre la pena impuesta por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho propio, por los cuales recibió una pena de seis años y seis meses, mientras que por el delito de tráfico de influencias de particular no fue acusado por la Fiscalía, previo acuerdo.

Este caso del carrusel de la contratación es un claro ejemplo del aporte que puede ofrecer la justicia penal en el país, ya que, si bien resulta importante el uso de los mecanismos de terminación anticipada y justicia premial (preacuerdos, principio de oportunidad o ambos), también se destacan las buenas prácticas inherentes al proceso, como la utilización integral de la figura del fiscal de apoyo, principalmente de aquellos con un amplio conocimiento del Sistema Penal Acusatorio, el empleo de evidencia técnica variada (peritazgos, interceptaciones telefónicas), la presencia de una policía judicial idónea (interdisciplinaria, proactiva y coordinada), la asociación de casos, la priorización (planificación, ejecución, metas y control de términos), la organización de la evidencia y su presentación en el juicio, la coordinación con otras entidades (Contraloría, Procuraduría, Superintendencias), el trato digno a las diferentes partes, el acompañamiento permanente a las víctimas, la reparación, el trabajo mancomunado con la Dirección de Extinción del Derecho de Domino, la interrelación con la Unidad de Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia y demás direcciones de la Fiscalía, la interrelación con las salas de instrucción de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y las medidas de autoprotección (fiscal-policía judicial)¹⁷¹.

En conclusión, el fiscal auxiliar delegado señaló en la entrevista que la resolución de este caso:

¹⁷¹ Para efectos pragmáticos derivados de lo anterior, baste reparar en la cuantía redimida a partir del proceso adelantado, ya que, a la fecha de mayo 31 de 2019, el total recobrado en la Fase III de Transmilenio ascendía a \$ 297 000 000-\$ 12 000 000 000 (reintegro) ; por la malla vial, \$10 000 000 000; por ambulancias, \$ 8 800 000 000; Unidad de Mantenimiento Vial, \$2 570 000 000; y por casos derivados, \$3 700 000 000.

[...] contribuyó a esclarecer un hecho importante de corrupción acontecido en la capital de Colombia, con obtención de sentencias a nivel contra aforados constitucionales y no aforados, dentro de un Estado social y democrático.

Esta contribución se vio reflejada por las actividades realizadas en actuaciones no solo penales (con participación de la Fiscalía General de la Nación, jueces, magistrados del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal y de Instrucción), sino también disciplinarias (investigaciones y sanciones de la Procuraduría General de la Nación y del Consejo Seccional de la Judicatura), fiscales (Contraloría General de la República), contencioso-administrativas (casos de pérdida de investidura ante el Consejo de Estado) y administrativas (Superintendencia de Sociedades y de Industria y Comercio).

Por último se le preguntó a este fiscal acerca de la optimización de derechos fundamentales en el proceso, a lo cual respondió que lo estimaba de forma positiva, dado que se atendió el debido proceso, pero principalmente en razón a que los derechos de las víctimas se consideraron desde el inicio, y su participación fue activa desde la indagación hasta el juicio y el incidente de reparación integral.

2.5.2. Caso por lesiones personales. Análisis en el tema de violencia de género.

La Corte Suprema de Justicia conoció en estadio de recurso extraordinario de casación un caso de lesiones personales dolosas agravadas en concurso homogéneo y simultáneo, resuelto mediante sentencia SP13189 del 10 de octubre de 2018 (CSJ, 2018b). Los hechos establecen que la víctima se encontraba saliendo de su casa, acompañada de su hija, cuando un sujeto en bicicleta se atravesó y les arrojó ácido, para emprender posteriormente la huida. Acto seguido, las dos mujeres fueron trasladadas a un establecimiento de salud cercano, donde fueron diagnosticadas con dermatitis aguda, indicando quemaduras de primer y segundo grado para la menor.

Posterior a la denuncia penal, el dictamen de medicina legal reportó para la madre una incapacidad total de 25 días, con secuelas de deformidad física aún por definir, y similar para la niña, con incapacidad de 21 días. Las actuaciones procesales que se realizaron después de la indagación

adelantada conllevaron a la imputación de cargos en contra de José Alfonso Romero Parra, el 12 de agosto de 2014, por los delitos ya mencionados¹⁷²; a la formulación de acusación, el 26 de enero de 2015; y al desarrollo de un juicio oral, el 9 de noviembre de 2016, ante el Juzgado 24 Penal Municipal de Bogotá con funciones de conocimiento, en el que fue finalmente condenado¹⁷³. La decisión fue revocada íntegramente luego, el 2 de mayo de 2017, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, la cual absolvió al enjuiciado; no obstante la víctima interpuso recurso extraordinario de casación, admitido por la Corte el 5 de marzo de 2018, luego de lo cual examinó de fondo el cargo propuesto¹⁷⁴, para encontrar que “la responsabilidad del acusado se halla demostrada más allá de toda duda” (CSJ, 2018b, p. 39), por lo que casó en consecuencia la providencia impugnada¹⁷⁵.

Este caso resulta relevante porque la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia abrió en su decisión un espacio de consideraciones finales, para el análisis del tema de las agresiones contra las mujeres con agentes químicos como una forma de violencia de género¹⁷⁶. En virtud de ese

¹⁷² La imputación se realizó ante el Juzgado 7º Penal Municipal de Bogotá en función de control de garantías. Se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

¹⁷³ Se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, y el acusado fue condenado:

[...] a la pena principal de 132 meses de prisión y multa por el equivalente a 54 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo, al hallarlo responsable del delito de lesiones personales dolosas agravadas en concurso homogéneo y simultáneo. (CSJ, 2018b, p. 3)

¹⁷⁴ Este cargo está suficientemente explicado en la decisión de la Corte Suprema de Justicia, donde además, al final de su sustento se destaca en la demanda que “las agresiones con agentes químicos constituyen una forma extrema de violencia de género que se ejerce contra el cuerpo de las mujeres, vulnerando su integridad personal y su dignidad humana” (CSJ, 2018b, p. 6).

Para analizar de fondo el cargo propuesto, la Sala Penal de la Corte estipuló la siguiente metodología:

(I) describirá la valoración probatoria realizada por el Tribunal para emitir la decisión absolutoria; (II) corroborará si las deducciones valorativas del *ad quem* se corresponden con la realidad de la prueba practicada, especialmente con el testimonio rendido por la víctima Karen Milena López López; (III) revalorará la prueba de cargo y de descargo; (IV) expondrá el resultado conclusivo del ejercicio anterior; (V) se referirá a las consecuencias de la decisión; y (VI) presentará sus consideraciones finales. (p. 13)

¹⁷⁵ Se declaró la responsabilidad penal de José Alfonso Romero Parra por el delito lesiones personales dolosas agravadas en concurso homogéneo y simultáneo, para lo cual se dejó vigente la sentencia de primer grado emitida por el Juzgado 24 Penal Municipal de Bogotá el 9 de noviembre de 2016 y, en consecuencia, se ordenó librar la correspondiente orden de captura.

¹⁷⁶ En este punto, la Corte consideró importante pronunciarse sobre la gravedad de la forma en la que se produjeron las lesiones personales en el proceso y su significación social, destacando que:

Las lesiones personales contra las mujeres con sustancias químicas constituyen una forma de violencia que tiene en Colombia un crecimiento exponencial, a punto tal que el legislador nacional debió tomar medidas legislativas para hacerle frente —Leyes 1639 de 2013 y 1773 de 2016—, al

importante ejercicio se tomaron medidas alternativas para optimizar derechos de las víctimas y del indiciado dentro del proceso, y más específicamente, llama la atención para este trabajo lo siguiente:

Debido a lo anterior, la Corte dispondrá que la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá D.C., o la institución distrital que sea del caso, actúe en doble vía: por un lado, frente a las víctimas del presente asunto, para que impulse las actuaciones administrativas necesarias tendientes a garantizarles el derecho a la rehabilitación como componente de la *restitutio in integrum* y, por otro lado, frente al condenado, para que le brinde un programa de sensibilización y formación en el respeto de los derechos de las mujeres y las niñas, lo que en efecto se ordenará. (CSJ, 2018b, p. 45)

Este ejemplo muestra de qué manera se ha avanzado en materia de justicia penal a través de las contribuciones del juez penal, cuando el mismo optimiza derechos fundamentales y, por ende, aporta con sus decisiones a un desarrollo efectivo de la política criminal, en este caso en temas de violencia de género¹⁷⁷.

2.5.3. Caso Daneidy Barrera Rojas (Epa Colombia).

El jueves 28 de noviembre de 2019 se realizaron las audiencias de formulación de imputación y de solicitud de medidas de aseguramiento a Daneidy Barrera Rojas, *influencer* conocida como *Epa Colombia* o *Chamita cheer*, por los delitos de “perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial, en concurso heterogéneo con instigación para delinquir [además de] daño en bien ajeno agravado por recaer el daño en bien de uso público” (Juzgado 19 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías, 2019), en hechos ocurridos del 22 de noviembre de 2019 aproximadamente a las 15:00 horas. En esta fecha, Daneidy Barrera Rojas subió un video en

tiempo que, administrativamente, diferentes instituciones del Estado han creado dependencias encargadas del tema. (CSJ, 2018b, p. 41)

También hubo un pronunciamiento adicional sobre la importancia del registro filmico de imágenes en la audiencia pública del juicio oral, como herramienta garantizadora de la inmediación de la prueba.

¹⁷⁷ Así lo dejó claro la Corte cuando señaló que: “Esta medida, además de reforzar el proceso de eliminación de la violencia contra la mujer y las niñas como un obstáculo para el logro de la igualdad, del desarrollo y de la paz, se erige como una estrategia de readaptación social del condenado que impulsará su proceso de resocialización” (CSJ, 2018b, p. 46).

su cuenta de Facebook en el que se la observaba golpeando con un martillo los lectores de tarjetas y los tableros electrónicos de recarga en la estación Molinos de Transmilenio¹⁷⁸.

En este caso el fiscal solicitó la procedencia de medida de aseguramiento privativa de la libertad, argumentando la posibilidad de obstrucción a la justicia y el peligro para la comunidad que encarnaba la imputada¹⁷⁹, y manifestó que esta había presentado comportamientos que denotaban su interés por obstruir la justicia, incluso en etapas preliminares al juicio oral¹⁸⁰. Por otra parte, señaló el fiscal que una medida no privativa de la libertad posibilitaría a la imputada para buscar la forma de alterar evidencias testimoniales a su alcance, ya sea que estuviese en libertad o inclusive en reclusión domiciliaria, debido a su posición como *influencer* y su capacidad de obtener un amplio seguimiento en redes sociales. De allí derivaba el peligro real para la sociedad, por ser ella alguien que tenía forma de persuadir a la realización de actos vandálicos a grandes sectores de la sociedad, y en este sentido la solicitud de la Fiscalía fue apoyada por el Ministerio Público.

En respuesta, la defensa argumentó la falta de conciencia de la imputada respecto a la gravedad de sus actos, realizados en el contexto general de expresión de descontento con el Gobierno nacional durante el paro nacional iniciado el 21 de noviembre de 2019. Como sustento de lo afirmado destacó el hecho de que ella hubiera mostrado su rostro en el video, lo que evidenciaba la falta de comprensión de la ilicitud de su actuación, además de señalar que la imputada subió un video a sus redes a las dos horas de acaecidos los hechos, en el cual expresaba su arrepentimiento y solicitaba a sus seguidores el promover la protesta pacífica y el respeto a las autoridades.

¹⁷⁸ Además, existe registro filmico que demuestra la participación de la joven en los actos vandálicos de destrucción de la URI de Tunjuelito y la realización de grafitis (Sangre azul, 2019).

¹⁷⁹ Los elementos materiales probatorios que acreditan la existencia de los hechos por los que se formuló la imputación son: 1) video publicado en Facebook, en el que se observa a la indiciada golpeando con un martillo los tableros electrónicos de la estación Molinos de Transmilenio, y sus puertas norte y sur, transmitido por Noticias Caracol; 2) entrevistas al vigilante Jairo Aníbal Galvis y a Alfonso Alirio Sánchez, testigos del hecho; 3) registros filmicos de las cámaras de seguridad de la estación Molinos y fotografías del lector de tarjetas y ventanales rotos en la estación; 4) informe del policía Servio Tulio Amaya, junto con el reporte de daños; 5) reconocimiento de la imputada por los testigos Sandy Johana Sánchez Suárez y Jairo Aníbal Galvis; 6) incapacidad médica falsa dada a Dancidy Barrera Rojas desde día 21 hasta el 28 de noviembre de 2019.

Destaca el delegado del ente acusador la magnitud de los daños materiales, que según los informes policiales ascienden a un valor de \$1 200 161 000.

¹⁸⁰ La imputada había sido citada previamente ante el Juzgado 76 y no compareció en ese momento, presentando el día de la audiencia una incapacidad médica de 8 días no registrada por ninguna EPS. El fiscal sostuvo que dicha incapacidad era falsa, y que la imputada había instrumentalizado a la médica que la profirió, al engañarla respecto a la finalidad de esta excusa médica, puesto que le informó que era para poder ausentarse laboralmente.

Terminadas las intervenciones, el juez en función de control de garantías destacó la estricta necesidad que debía concurrir para tomar la medida de aseguramiento privativa de la libertad, en aras de garantizar la asistencia al proceso y la no obstrucción de la justicia, o cuando se presenta riesgo para las víctimas y aseguramiento del cumplimiento de la pena. Así que, una vez declarada la existencia de elementos probatorios que permitieran inferir razonablemente la responsabilidad de la imputada, el togado destacó la excepcionalidad y la proporcionalidad implicadas en la razonabilidad y necesidad de toda medida privativa de la libertad, así como la prevalencia del derecho a la libertad individual (CC, C-024, 1994), además de la existencia de reserva legal que procede materialmente siempre ajustada a los principios rectores de la dignidad humana y demás garantías del sujeto pasivo de la acción penal¹⁸¹. Estas afirmaciones del juez, y su respaldo jurisprudencial, muestran la finalidad del análisis que debe realizar el mismo al estudiar la procedencia de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, como es lograr un equilibrio razonable y ponderado entre la injerencia oficial y el grado de obtención del fin propuesto. Para ello el legislador y el juez pueden obrar tomando justificadamente cualquiera de las alternativas posibles, si llegasen encontrarlas como más idóneas para la obtención de los fines de la política criminal.

Respecto al caso concreto, el juez detalló el hecho de que en el rastreo de videos en las redes sociales de la imputada (Facebook, Twitter y YouTube), luego de aquel de los actos vandálicos causantes del proceso, se notara una enorme resonancia, ya que fueron ampliamente comentados y republicados, generando una opinión prevalecientemente negativa. A su vez, el juez evidenció la acogida positiva del video donde la *influencer* pedía perdón por los actos de daño al sistema de transporte público.

Se concluyó entonces que en este caso particular no se sustentaba la posibilidad de obstrucción a la justicia o la no intención de comparecencia al proceso; sin embargo, respecto a la peligrosidad social de la imputada, el decisor encontró que sí residía en ella la capacidad de influir en amplios sectores de la sociedad, e incitar a la protesta violenta. Por esta razón concluyó que mediante una medida de prohibición de publicación de videos en redes sociales se obtenía la finalidad protectora de la sociedad, lesionando menos los derechos de la imputada que con su reclusión intramural.

¹⁸¹ Tal como predica la Corte Constitucional, en la sentencia C-469 de 2016.

Por todo lo anterior, el despacho resolvió negar la solicitud de medida de aseguramiento privativa de la libertad y en su lugar tomar medidas no privativas de la libertad, consistentes en la prohibición de publicar videos o contenidos en redes sociales y cerrar las suscritas en cabeza de Daneidy Barrera, además del emplazamiento para reportarse cada 30 días al despacho judicial y una caución pecuniaria por valor de 9 millones de pesos.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia ante el Juzgado 73 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, en la que la imputada aceptó cargos a título de autora de daño en bien ajeno, perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial e instigación a delinquir con fines terroristas¹⁸². Consecuentemente, el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado revisó el material probatorio y la evidencia física¹⁸³, para valorar los tipos penales objeto del allanamiento a cargos y finalmente corroborar la existencia de verosimilitud en la responsabilidad.

Dentro del análisis realizado en la etapa de conocimiento se resaltaron varios aspectos¹⁸⁴, si bien no todos relevantes para este trabajo de investigación, aunque sí cabe destacar que, al momento de

¹⁸² Estos punibles se encuentran descritos en los artículos 265, 266 (numeral 4), 348 (inciso 2) y 353, con la circunstancia agravante descrita en el numeral 17 del artículo 58 del Código Penal.

¹⁸³ Entre los elementos materiales de prueba aportados por Fiscalía se destacan: 1) informe del patrullero Nadier Estiven Álvarez Santander, con el cual se logra identificar un video publicado en la cuenta de Facebook “Daneidy Barrera Rojas” perteneciente a la procesada; 2) informes de los investigadores que contienen los resultados de búsqueda realizada en fuentes abiertas de información tales como redes sociales y paginas públicas; 3) informe investigativo de Sandy Sánchez Suárez, que da cuenta del reconocimiento fotográfico realizado por el testigo Jairo Alexander Castillo Galvis; 4) Acta de Inspección a Lugares FPJ-11, realizada en la estación Molinos, que informa sobre el recuento de daños; 5) cotejo morfológico de los fotogramas extraídos de los videos aportados; 6) preservación de las publicaciones en redes sociales de la procesada; 7) evaluación del valor de los daños causados a la estación Molinos, suministrado por Transmilenio S.A.

¹⁸⁴ Entre otros los siguientes: (i) que no existe elementos materiales de prueba suficientes para acreditar razonablemente el punible de instigación a delinquir con fines terroristas, por lo que decide absolver del particular; (ii) se observó que la procesada tenía plena capacidad, condición de imputable y tenía forma de actualizar su conocimiento sobre la prohibición y las sanciones penales existentes frente a su proceder contrario a derecho. Sin embargo, había actuado de manera intencionada y consciente sin la menor consideración por las consecuencias de sus actos, solo motivada por sus fines personales de popularidad; (iii) se decidió declarar a Daneidy Barrera Rojas como autora de las conductas de daño en bien ajeno y perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial. Por lo tanto, luego de la respectiva dosificación en 84 meses y multa de cuarenta y seis puntos veintitrés salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el allanamiento hubo rebaja legal del 45 % de la pena a imponer, por lo que se fijó la pena en tres años y 10 meses de prisión y multa de 25.42 salarios mínimos legales vigentes. También se le condenó a

resolver sobre el asunto, atendiendo a la especial relevancia del uso con fines económicos y de popularidad de las redes sociales como factor desencadenante del actuar delictivo de la condenada, y al grado de reproche exigible a alguien con condición de *influencer*, el despacho condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de este oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión, con base al artículo 46 del Código Penal. Destacó el juez que esta pena accesoria se sustentaba en el caso particular, por la inescindible relación existente entre el oficio y la publicación de la comisión de conductas punibles con la intención de hacerlas *virales*, lo que daba pie a un abuso del derecho susceptible de pena accesoria particular, con miras a prevenir conductas similares a la que fue objeto de condena¹⁸⁵.

Este caso resulta relevante en la medida que, tanto en etapa de control de garantías como en la de conocimiento, se adoptaron medidas alternativas adecuadas con el fin de optimizar los derechos fundamentales de la inculpada. A pesar de que el fiscal del caso solicitó medida de aseguramiento privativa de la libertad, el juez en función de control de garantías, desde un análisis constitucional y de ponderación, consideró que resultaban de mayor efectividad para el objetivo buscado las medidas finalmente adoptadas. Por su parte, al momento de la condena, el juez de conocimiento determinó la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del oficio de *influencer* o *youtuber*. Dichas medidas no se encuentran taxativamente señaladas en el código, pero son el resultado de una interpretación constitucional, ejercicio valioso por parte de un juez penal a la luz del Estado social de derecho.

2.5.4. Caso Hidroituango.

Previamente, y dada la magnitud de este caso, resulta necesario advertir que no se tratará a fondo el mismo, sino que lo que se pretende aquí es un análisis de las medidas que pueden asumirse como

la pena subsidiaria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por periodo igual al de la pena principal.

¹⁸⁵ Ello a la luz de lo contenido en el inciso 1 del artículo 52 del Código Penal. Concluyó entonces el proceso con la valoración de la procedencia del subrogado penal de suspensión de la ejecución condicional de la pena. El togado encontró esto procedente, en tanto se cumplían los requisitos objetivos del artículo 63 del Código Penal al no exceder la pena los 4 años de prisión, sumado a que la condenada no contaba con antecedentes penales por delito doloso en los últimos 5 años. Además, precisó el juzgador en este caso particular la obtención de los fines de la pena establecidos en los artículos 3 y 4 del Código Penal, logrados de manera más eficiente con la toma de medidas orientadas a humanizar la sanción penal, evitando así exacerbar el hacinamiento carcelario ya existente, especialmente en lo que respecta al tema de resocialización.

garantía de los derechos fundamentales de las comunidades, independientemente de que el proceso aún esté en trámite y de que pertenezca al ámbito de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y no al campo del procesamiento penal. Así las cosas, tal como señala la Sala de Prensa de la JEP en su página oficial, este caso inicia cuando:

El 29 de agosto de 2018¹⁸⁶, nueve peticionarios —dos representantes del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice) y siete familiares de desaparecidos— le solicitaron a la JEP¹⁸⁷ tomar medidas cautelares anticipadas sobre 16 lugares del país¹⁸⁸, en los cuales “se presume existen personas [inhumadas] dadas por desaparecidas en el marco y con ocasión del conflicto armado”. Entre los lugares se encuentra la zona de influencia del proyecto Hidroitungo¹⁸⁹. (JEP, 2020)

Por lo anterior, la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de los Hechos y Conductas (SARV) de la JEP se pronunció frente a dicha solicitud el día 14 de septiembre de ese mismo año, mediante Auto AT-001, en el que se especifica que las medidas solicitadas son¹⁹⁰:

1. Realizar las gestiones necesarias para que se suspendan los procesos de explotación minero-energéticas y otras que pone[n] en riesgo la conservación de los restos de las

¹⁸⁶ En el Auto de conocimiento de la solicitud de medidas cautelares se cita como fecha de radicación de esta solicitud el día siguiente, 30 de agosto de 2018.

¹⁸⁷ Invocando lo dispuesto en el artículo 7 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, y en los artículos 22 y 23 de la Ley 1922 de 2018.

¹⁸⁸ Las zonas referidas en la solicitud son, en Antioquia: zona de influencia Hidroitungo, Comuna 13 de Medellín, municipio de Betulia; en Caldas: Puerto Berrío, municipio de Victoria, resguardo indígena San Lorenzo, Riosucio (Magdalena caldense); en la zona del Magdalena Medio, departamento de Santander: vereda Muzanda en Lebrija, Hoyo Malo, San Vicente del Chucurí, Cementerio Colombia en Cimitarra; Cementerio Municipal de Aguachica (Cesar); y en Sucre: finca La Alemania y cementerios del corregimiento de San Onofre.

¹⁸⁹ Estas localizaciones comprenden los siguientes municipios del área de influencia de Hidroitungo: Briceño, Peque, Sabanalarga, Toledo y Valdivia.

¹⁹⁰ Las organizaciones solicitantes sustentan la procedencia de las medidas con base a que su objeto es la efectiva garantía de los derechos a la verdad y a la reparación integral de las víctimas con familiares desaparecidos. En particular, son necesarias para el derecho a la búsqueda, localización y exhumación de los seres queridos, destacándose que, según múltiples informes de instituciones estatales, se registran cifras entre 27 196 y 86 000 personas desaparecidas en el marco del conflicto, lo cual implica que las medidas humanitarias fijadas en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, respecto de la búsqueda, ubicación, identificación y entrega digna de los restos de personas dadas por desaparecidas en el contexto del conflicto, tengan un especial interés que debe ser protegido a través de medidas como las solicitadas.

personas dadas por desaparecidas. De manera especial lo relacionado con el megaproyecto de Hidroituango y el cierre de la Arenera y la Escombrera en la Comuna 13 de Medellín.

2. Se adopten medidas necesarias para que se protejan los cementerios municipales y se promueva la protección adecuada de los restos humanos no identificados depositados en tales lugares.

3. Se ordene de manera inmediata a todas las autoridades departamentales y municipales correspondientes [que] permita[n] desarrollar el mandato de la UBPD. (JEP, Auto AT-001, 2018, p. 2)

Más específicamente, en lo que respecta a las zonas de influencia del proyecto Hidroituango se informa a los juzgadores que desde 2009 existen denuncias por parte de movimientos sociales constituidos por comunidades afectadas por el megaproyecto¹⁹¹, en tanto uno de los efectos identificados es el que las obras afectan sitios de enterramiento, fosas comunes, cementerios veredales e informales, lugares donde se vio por última vez a desaparecidos o se sabe que fueron asesinados, y lugares de duelo, como puentes desde los que se arrojaron restos al río Cauca¹⁹², con iguales consideraciones compartidas desde 2015 por otros entes institucionales como la Fiscalía¹⁹³.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 22 de la Ley 1922 de 2018¹⁹⁴ se observa que en el ejercicio de competencias de control de garantías es posible abocar la solicitud presentada. Como elemento notorio, se advierte que la solicitud es realizada por familiares de víctimas de desaparición forzada, por lo cual debe atenderse de modo prevalente¹⁹⁵. Lo anterior sin perjuicio de

¹⁹¹ Se nombra expresamente al Movimiento Ríos Vivos de Antioquia.

¹⁹² Caso de los puentes Pescadero (entre Ituango y Toledo), La Garucha (entre Sabanalarga y Peque) y Puente Viejo (en Puerto Valdivia).

¹⁹³ El Tribunal señala que:

[...] en el año 2015, a través de su Dirección de Exhumaciones de la Unidad de Justicia Transicional (en entrevista publicada por el diario *El Tiempo*), la misma Fiscalía reconoció “la gravedad de las personas dadas por desaparecidas en esta región” y la urgencia de encontrar sus cuerpos, motivo por el cual decidió “priorizar las exhumaciones en la zona en donde se adelanta el megaproyecto”. (JEP, Auto AT-001, 2018, p. 5)

¹⁹⁴ Según el cual, en cualquier estado del proceso, de oficio o por petición debidamente sustentada, podrá la Sala o Sección de Conocimiento de la JEP decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias relacionadas con situaciones de gravedad y urgencia.

¹⁹⁵ De conformidad con el artículo 22 de las Reglas de Procedimiento de la JEP.

que el Alto Tribunal pueda solicitar a su vez precisiones en cuanto a su justificación y el alcance de las medidas solicitadas, con miras a verificar su proporcionalidad y efectividad.

Por otra parte, se reconoce el especial papel de la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas (UBPD) para el esclarecimiento y obtención de la verdad y para la reparación a partir de su mandato¹⁹⁶. En razón a lo anterior, se encuentra pertinente vincular a dicha entidad al trámite de la solicitud, pretendiendo así obtener su concepto y eventual participación, de manera consecuente con el artículo 72 de la Ley 1922 de 2018 y con las demás facultades de la JEP respecto a su trabajo mancomunado con esta unidad.

Dado lo anterior, la Sección expresa la necesidad de obtener algunas precisiones respecto a las medidas solicitadas para la garantía de su efectividad. Teniendo esto en consideración, y ya que no se estableció legalmente un término para la tramitación de las solicitudes de medidas cautelares, decide el despacho conceder un plazo razonable para que los representantes del Movice aclaren y complementen la solicitud, así como para recibir el concepto de la UBPD sobre las medidas solicitadas, de modo que vencidos tales términos se considera posible fallar de fondo y fijar qué entidades deben ser vinculadas para hacer efectiva la garantía.

Así en el Auto de Conocimiento de la solicitud de medida cautelar se resolvió:

1. Abocar el conocimiento de la solicitud de imposición de medidas cautelares presentada.
2. Vincular al expediente a la UBPD y a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.
3. Solicitar a la UBPD que en un plazo de quince días hábiles, a partir del día de recepción del Auto, presente informe técnico sobre: (i) la necesidad y procedencia de la solicitud de medidas cautelares anticipadas en cuestión; y (ii) lo que le conste sobre las condiciones de seguridad de los dieciséis lugares específicos sobre los cuales se solicita la medida; al mismo tiempo, para que se

¹⁹⁶ Mandato específico de:

[...] dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto que se encuentren con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la recuperación, identificación y entrega digna de cuerpos esqueléticos. (Decreto Ley 589 de 2017, art. 2)

sirva indicar: (iii) si estos lugares se encuentran incluidos o cuál es su consideración dentro de los planes nacionales o regionales de búsqueda, localización, recuperación, identificación y entrega de cuerpos esquelizados; y (iv) si en esos lugares la Unidad ha encontrado obstáculos o falta de apoyo por parte de las autoridades departamentales y municipales que dificulten el desarrollo de su mandato.

4. Pedir a los solicitantes que en el término de cinco días se sirvan de complementar por escrito el objeto de la solicitud precisando, además de cualquier información particular que consideren urgente en cualquiera de los lugares señalados: (i) cuáles son las medidas estimadas como necesarias que no se están llevando a cabo, o al menos no debidamente, y por parte de quién, en los cementerios municipales donde ellos consideran que se debe adoptar la protección con respecto a los restos humanos ya identificados depositados en tales lugares; (ii) específicamente, qué han requerido a las autoridades locales y nacionales por ellas mencionadas, y cuándo, sobre los hechos que aducen para sustentar su solicitud, así como las respuestas a sus solicitudes por parte de dichas autoridades, en caso de que lo hayan hecho; y (iii) cuándo y específicamente de qué forma el Movice ha insistido que el SIVJRN debe proteger los lugares por ellos referenciados, como se afirma en la solicitud, y especialmente si ese movimiento ya ha contactado o de qué forma a la UBPD y la CEV.

Posteriormente, en el marco de este debate, la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad de los Hechos y Conductas (SARV) del Tribunal para la Paz de la JEP citó el 18 de diciembre de 2019 a diez exintegrantes de las FARC para que rindieran versión, durante el mes de enero de 2020, en el proceso relacionado con la solicitud de medidas cautelares en dieciséis lugares del país, con el objeto de recolectar información que permitiera avanzar en la búsqueda de las personas dadas por desaparecidas en la zona de influencia de Hidroituango (Trejos Carvajal, 2020).

A pesar de la amplitud y complejidad de los múltiples factores asociados a este caso, por demás todavía abierto, lo que se resalta aquí es la importancia otorgada a los derechos de las víctimas, para lo cual se hace necesario agotar todas las medidas a disposición, más aún en procesos tan delicados como los que tienen que ver con desaparición forzada y posible participación o

complicidad estatal¹⁹⁷. Se resalta entonces la labor de la JEP, cuando opera desde sus competencias específicas y bajo la órbita de la Constitución para garantizar el derecho de las víctimas a conocer la verdad y encontrar los restos de los desaparecidos, agotando todo los mecanismos a su alcance. Así, en el ejercicio de su competencia y sus facultades, los jueces de la JEP realizan aproximaciones analíticas e interpretativas amplias sobre las características particulares del caso, respecto a las finalidades buscadas, dirigidas principalmente a garantizar en la mayor medida los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición.

A manera de síntesis, en el análisis de las decisiones estudiadas en esta parte final, esto es: el principio de oportunidad aplicado en los casos del joven de la Universidad Sergio Arboleda y de Nicolás Gaviria, el manejo del carrusel de la contratación, las medidas aplicadas a Daneydi Barrera, y las sentencias de asuntos de género, lesiones personales y protección a la juventud resueltas por la Corte Suprema de Justicia, incluso el caso de las medidas adoptadas en el caso Hidroituango, se destacan diversos ejemplos de figuras alternas consideradas en aras de lograr la optimización de derechos fundamentales, toda vez que en cada uno de los escenarios primó el análisis correspondiente y ajustado del juez penal dentro del modelo de Estado social y de derecho, y su contribución real al bienestar, la verdad, justicia y reparación.

Conclusiones

En este capítulo se intentó mostrar cómo las garantías en el derecho penal resultan absolutamente fundamentales para el cumplimiento de los fines del Sistema Penal Acusatorio, entendido este como el modelo más ajustado al Estado social de derecho que rige en Colombia, en su función esencial de ser garante de derechos.

Respecto al análisis sobre las audiencias preliminares y los jueces en función de control de garantías, frente al hecho real de que, en la práctica, no se están garantizando efectivamente los derechos del imputado, se concluye que son necesarios cambios en el procedimiento, sobre todo en la formulación de imputación, que involucren los objetivos últimos del proceso oral adversarial y

¹⁹⁷ En un informe de fin de año respecto al caso (JEP, 2020a), la JEP reportó nuevos hallazgos en el área de influencia del proyecto Hidroituango, elevando así a 2094 la cifra de personas víctimas de desaparición forzada, ejecutadas tanto por grupos paramilitares, frentes activos de las Farc en su momento, y miembros de la fuerza pública.

los principios constitucionales. En este punto, las garantías constitucionales deben servir como límite a la injerencia del Estado, posibilitando sobre todo que los derechos fundamentales puedan ser gozados y ejercidos en su plenitud, siendo tal vez afectados por la acción punitiva del Estado, pero no por ello desconocidos.

Desde esta perspectiva, la pretensión del garantismo judicial se traduce en la defensa de los derechos fundamentales de todas las partes involucradas en el proceso, y el papel del juez a lo largo de este aparece orientado siempre hacia el logro de ese objetivo último de la política criminal, como es el bienestar común y la reducción de infracciones a la ley, armonizando entre la autoridad y la libertad, entre la defensa de la sociedad y las garantías individuales.

En ese sentido, la razón del derecho penal en un Estado social de derecho pasa por la limitación del poder estatal, con el objeto de evitar que en el ejercicio punitivo se desconozca el principio de dignidad humana y los derechos concomitantes, fundamento de nuestro modelo constitucional, por lo cual las garantías vienen aquí a constituir ese núcleo de derecho penal mínimo que intenta poner límites al poder punitivo institucional, erigiendo entonces la verdadera fuerza del garantismo, esto es, el reconocimiento de los límites del Estado, establecidos en últimas por los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Toda esta exposición apunta por sobre todo a recalcar la importancia de la figura del juez penal y su función como garante del cumplimiento de tales derechos fundamentales en el Estado social de derecho, por lo que su papel constitucional pasa por el ejercicio de un control jurisdiccional que armonice la tensión existente entre la eficiencia de la política criminal, la administración de justicia y los derechos humanos de todos los asociados, de lo cual se deduce también la necesidad de un estudio y actualización constante respecto a la vigencia y aplicación de los derechos fundamentales en el derecho penal colombiano. Por otro lado, no debe pasarse por alto que, en este ejercicio, el juez penal tiene la posibilidad de enviar un mensaje que contribuya con la colectividad por medio de la aplicación positiva de la política criminal.

En conclusión, a través del análisis de los aspectos relacionados con el papel del juez penal, se puede determinar cómo su actuar trasciende el mero cumplimiento de las figuras procesales, para pasar a ser el principal garante del respeto de los derechos fundamentales constitucionales. Como tal, esta consideración de criterios para resolver el choque de principios constitucionales entre la sociedad y el procesado no significa simplemente anular unos sobre otros, sino que su sentido de

ponderación, en complemento con los demás métodos de interpretación, juega aquí un papel central para decidir en cada caso concreto de qué forma cede cada uno.

Esta figura ponderativa tomó especial relevancia en Colombia en razón del aspecto social vigente en el nuevo modelo estatal estipulado a partir del proceso constituyente de 1991, si bien su práctica no solo se asocia específicamente con la nueva Constitución, sino que su consideración como método para la solución de conflictos, particularmente de colisión de principios, se entiende desde una perspectiva complementaria y transitiva en este contexto.

Así pues, para el logro efectivo en Colombia de la optimización positiva de los derechos fundamentales en procura por una mejor política criminal, es necesario que los jueces penales desarrollen una mayor argumentación constitucional que les permita materializar efectivamente en sus decisiones los principios de la Carta Superior, sobre todo respecto a determinados postulados del Estado social de derecho quizá no debidamente considerados hasta el momento, como pudieran ser el fin resocializador de la pena o la concomitante condición precaria del sistema penitenciario y carcelario.

Es necesario reconocer sin embargo la complejidad de esta tarea, en la medida en que falta aún integrar un enfoque amplio de positivización de derechos fundamentales, de modo que pueda consecuentemente la justicia constitucional satisfacer, en cabeza de sus jueces, esa exigencia de realidad que las normas no están en posición de manifestar, y que la garantía de derechos se transforme en un mandato ético y categórico de respeto ante la vulneración de estos.

Una de las maneras en que el juez penal puede avanzar, pasando de la solución del conflicto a la optimización de los derechos fundamentales, es mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, identificando mediante casos reales cómo la aplicación de dicho principio puede significar un verdadero ejercicio hermenéutico para llegar a una decisión jurídica idónea y ajustada a la constitucionalidad del Estado social y de derecho, incluso incorporando medidas alternas que no se encuentran taxativamente enunciadas en la ley, en la búsqueda de que el impacto de la intervención penal resulte efectivo en su contribución a la sociedad en general.

Para ello resulta indispensable entonces que el juez tenga claro en su ejercicio diario el entramado constitucional de la ley, pero sobre todo que se permita un uso constructivo y propositivo del derecho, como función política y herramienta de impacto social. En torno a esto, un criterio

particularmente útil aquí viene a ser la aplicación sistemática del test de proporcionalidad, en el entendido de que si una medida que afecta los derechos fundamentales no supera el análisis en escala de sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es inválida constitucionalmente y por tanto debe ser considerada inadmisibile.

Finalmente, el análisis de algunos casos específicos permite entender cómo se pueden optimizar los objetivos últimos de la justicia penal a través de medidas alternas que no refieren únicamente a sanciones punitivas. Así por ejemplo, el manejo de determinados procesos de alta complejidad mediante nuevas modalidades investigativas, coordinación entre diversas entidades institucionales y aplicación de mecanismos de terminación anticipada y justicia premial, otorga la posibilidad de satisfacer un sentido último de verdad que pudiera resultar inaccesible por las vías usualmente recurridas. Importante resulta aquí la adecuada observación del principio de estricta legalidad, como forma de hacer seguimiento y control sobre las decisiones para verificar la efectiva positivización de los derechos fundamentales de todas las partes en el proceso. Igualmente, se exige del juez penal un análisis exhaustivo y pormenorizado sobre la procedencia de medidas privativas de la libertad, en tanto se puede optar justificadamente por otras alternativas si estas resultan más idóneas y menos lesivas respecto de tales derechos. Incluso si algunas de estas alternativas no están taxativamente formuladas, pueden surgir como resultado de una adecuada y precisa interpretación constitucional, configurando de este modo un ejercicio de valiosa contribución por parte del juez a la política criminal en el modelo social de derecho colombiano, con incidencias reales sobre la verdad, la justicia y el bienestar social.

3. El Estado social de derecho, el sistema procesal penal de tendencia acusatoria y la política criminal

En este capítulo vamos a establecer las relaciones existentes entre la *política criminal* con el modelo de Estado social de derecho y el Sistema Penal Acusatorio colombiano, a través de la identificación de su origen y evolución, así como de sus vinculaciones conceptuales con las políticas públicas estatales y la legislación del derecho penal, como forma de reconocer la importancia final de la misma en el país. Este ejercicio requiere además de una adecuada caracterización del concepto, desde la perspectiva de los fines, valores, principios y derechos de raigambre constitucional, así como del análisis de su función respecto a la prevención del delito y la posible optimización de derechos fundamentales, a partir del accionar y composición de los órganos específicamente asociados a esta política. Para ello, la investigación realizada se basó en información y cifras suministradas por algunos de estos organismos —tales como el Congreso de la República, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de Política Criminal, la Procuraduría y la Defensoría, e incluso la Corporación Excelencia en la Justicia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario—, claves en la determinación de la política criminal en Colombia, a fin de establecer su real estado actual y su congruencia a la luz de la Constitución nacional.

3.1. Política criminal: origen, desarrollo y caracterización

En este punto de nuestro estudio se requiere hacer algunas precisiones conceptuales en torno a la política criminal de Colombia, así como sobre su origen y desarrollo, toda vez que los cambios presentados en la misma se relacionan directamente con el modelo estatal adoptado y el sistema

procesal aplicado durante estos últimos años¹⁹⁸, desde el entendimiento de la evolución del Estado como institución humana y social. A partir de allí abordamos la caracterización de la misma¹⁹⁹, realizando algunas precisiones respecto a su diseño y la formulación de sus lineamientos, destacando sobre todo la evolución jurisprudencial dada en la última década por parte de la Corte Constitucional.

En su síntesis histórica del proceso penal colombiano, Reyes (2005) parte de identificar el desarrollo y establecimiento de los dos modelos principales: el inquisitivo y el acusatorio. Así, en los inicios del periodo republicano se tomó referencia del Código napoleónico, y del español de 1837, para establecer una separación de poderes proyectada en la órbita del proceso penal como desconcentración funcional, promoviendo una confrontación en pie de igualdad entre acusador y el acusado en un debate público con garantías al procesado, tales como la presunción de inocencia, el principio de *in dubio pro reo* y la dignidad humana como principio fundamental del sistema penal. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica dicho sistema fue una herramienta de las élites criollas para consolidar su hegemonía en una república que mantenía aún visos de corte esclavista (Cordero, 2000).

A lo largo del siglo XIX la institución republicana experimentó varios cambios constitucionales y legales, materializados en la Constitución de Rionegro de 1863 y el Código Penal de 1873, ambos de raigambre liberal, y en el retorno a la hegemonía conservadora con la Constitución de 1886 y el movimiento regenerador de Núñez. Ya en el siglo XX, durante la *Revolución en marcha* del gobierno de López se dio paso a la expedición del Código Penal de 1936 y al Código de Procedimiento Penal de 1938, caracterizados por su carácter mixto con tendencia inquisitiva y su estructura bifásica de investigación y juzgamiento, vinculada por la acusación, y contemplada en un juicio oral público y contradictorio, si bien su gran inconveniente fue la concurrencia en una sola autoridad de las funciones de acusador y juzgador.

¹⁹⁸ El intervalo seleccionado para la presente investigación se define a partir del establecimiento del Sistema Penal Acusatorio en el año 2004, destacando especialmente los años que van de 2014 a 2020.

¹⁹⁹ Esta caracterización que se pretende hacer aquí se refiere no solo a la precisión del concepto de política criminal, a partir de su origen y desarrollo jurisprudencial, sino quizá de manera más importante a los relacionamientos contextuales de la misma con las diferentes entidades estatales encargadas de su formulación y seguimiento.

Los códigos penales de 1971 y 1987 cerraron esta grave falencia en el procesalismo colombiano y, finalmente, con la Constitución de 1991 y la adopción del modelo de Estado social de derecho, que permitió la creación de la Fiscalía General de la Nación, se dieron las bases orgánicas para la configuración de un modelo penal acusatorio formal, o mixto de tendencia acusatoria²⁰⁰, con una fase escrita de corte inquisitivo y una fase plenaria pública.

Así, las principales garantías y derechos contemplados en el modelo social de derecho irradiaron al sistema procesal luego de 1991, determinando, para Reyes (2005), el monopolio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, propio de la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, lo cual a su vez supone para la misma una amplia autonomía de facultades²⁰¹ en torno a medidas de aseguramiento, restablecimiento de derechos y preclusión de investigaciones. Como consecuencia de ello, la separación de labores de investigación, acusación y juzgamiento pasó a ser protegida mediante ley estatutaria, siendo imposible reformar este precepto en estados de excepción —según lo establecido en el artículo 252 superior—, y se establecieron como principios del proceso penal la publicidad, intermediación, oralidad y concentración, orientados a lograr la celeridad en la impartición de justicia, caracterizándose así el derecho a la defensa como unitario y continuo, desde el inicio hasta la finalización de dicho proceso.

Todos estos principios y cambios constitucionales se desarrollaron de manera más precisa con la instauración del Sistema Penal Acusatorio, a la luz de las bases constitucionales del Estado social de derecho, como alternativa de ajuste en el funcionamiento del sistema procesal²⁰², en su tránsito

²⁰⁰ Con la transformación generada por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 se suprimieron funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, para que esta tuviera más un carácter de parte, además de que se introdujo un juicio oral, concentrado, contradictorio y público. Sin embargo, no puede decirse que el sistema sea puramente acusatorio, sino que es más bien un modelo mixto de tendencia acusatoria, caracterizado principalmente por la pérdida del carácter transitorio y excepcional de la privación preventiva de la libertad y por la prevalencia de una finalidad más punitiva que cautelar, lo cual se puede notar en la poca imposición de medidas no privativas de la libertad, así como en la no consideración del principio del derecho penal como *ultima ratio* y en la imposibilidad de materializar totalmente la pretendida igualdad de armas, debido a la intervención del Ministerio Público y el representante de víctimas, sumado a que la Fiscalía tiene todo un cuerpo investigativo a su disposición, mientras que la contraparte por lo general no cuenta con suficiencia para montar su defensa (León Arévalo, 2016).

²⁰¹ Incluso antes de la implementación del Sistema Penal Acusatorio, propiamente desarrollado a partir de la Ley 906 de 2004.

²⁰² En referencia a la sentencia SU-747 de 1998, y a la acepción de modelo estatal contemplada en el primer artículo de la Constitución, Cáceres (2018) afirma que las normas jurídicas rigen la actividad del Estado social de derecho, pero que:

desde un sistema de tipo inquisitivo a uno oral y público. Dicha transición se enmarcó en la formulación y creación de una política criminal del Estado más orientada a fortalecer el alcance social del modelo, dados los pobres resultados que el contexto histórico muestra respecto a la efectividad de las medidas penales institucionales. Paradójicamente, a pesar de que lo que se buscó fue un mayor alcance social, esto se hizo desde la pretensión de que se entendiera la eficiencia de la política criminal a través del aumento y la creación de nuevos tipos penales.

El establecimiento de tales disposiciones tuvo una incidencia directa sobre la garantía del debido proceso, notable característica propia del Estado social de derecho cuya precisión se encuentra en el artículo 29 de la Constitución, así como en la configuración del derecho de acceso a la justicia y la especialización de la ley respecto al juez natural y a la jurisdicción, como preceptos básicos para el logro de una efectiva impartición de justicia. Con todo, cabe afirmar que ni este modelo colombiano, ni ningún otro de los demás sistemas procesales penales en el mundo pueden concebirse como sistemas acusatorios puros o inquisitivos puros (Langer, 2014), sino que son siempre sistemas mixtos, cuya diferencia radica en el énfasis en uno de los dos enfoques²⁰³.

Una caracterización adicional del desarrollo de los planteamientos reguladores para el sistema penal actual ha sido elaborada por autores como Carrara (1993), Ferrajoli (1995) y Roxin (2000), en función de la estructura bifásica de investigación y juicio, que en Colombia se organiza como instrucción, juzgamiento y ejecución de pena (CC, C-150, 1993), aunado a la configuración triádica de autores (acusador, acusado, juez) y de actividades (acusación y prueba; defensa y refutación; juicio y sentencia), estructura que busca dar cabida a las garantías procesales de la formulación de la imputación, la carga de la prueba de la hipótesis acusatoria y el derecho a la defensa. Finalmente se hace referencia a la formulación de un juicio oral, contradictorio y continuo, con imposición de los ya mencionados principios de concentración, inmediatez, contradicción, celeridad, oportunidad, presunción de inocencia, sana crítica en la valoración de la prueba y publicidad.

[...] con el término social se señala que “la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas”, es decir [...] que la voluntad del Constituyente en torno al Estado “no se reduce a exigir de este que no interfiera o recorte libertades de las personas, sino que también exige [...] contrarrestar las desigualdades sociales existentes [...]”, adicional a que la definición del Estado colombiano como democrático entraña entre otros muchos otros importantes aspectos, “que la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías ni los derechos fundamentales de los individuos”. (p. 152)

²⁰³ En tal sentido, el autor afirma que existen múltiples fenómenos sociales que influyen en cada modelo penal particular, lo que hace que en realidad ninguno llegue a ser totalmente inquisitivo o acusatorio, sino que se conforme una escala de matices.

Como puede vislumbrarse, definir y comprender la conformación de la política criminal no solamente es un tema complejo, sino también problemático (Baratta, 2004), por lo que, al momento de elaborar sus contenidos, un aspecto fundamental viene a ser la integración de la misma con los demás elementos de las políticas públicas y la legislación penal del Estado.

Ahora bien, respecto a dicha legislación penal, Zaffaroni (1993) la define como “la ciencia o arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídico-penalmente y los métodos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica el sometimiento a crítica de las valoraciones ya hechas y de los métodos ya elegidos” (p. 268). En ese mismo orden, Delmás (1992) propone una definición amplia de política criminal como un “conjunto de procedimientos o metodos mediante los cuales el cuerpo social organiza la respuesta al fenomeno criminal” (p. 13), mientras que Silva (2000) la define como “un conjunto de actividades empiricas, organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito, y el conjunto de principios teoricos que habría de dotar de una base racional a la referida praxis” (p. 206).

Aquí lo que se resalta es la expresión del derecho penal como una manifestación propia del poder estatal, es decir, como una derivación del poder político en cabeza del Estado. En ese sentido, se puede deducir que el mismo surge a partir de las interacciones sociales y culturales propias de una sociedad, toda vez que se conforma como resultado de un debate y una decisión política en pro de garantizar la protección de los derechos fundamentales que la sociedad considera importantes en determinado momento histórico (Zaffaroni, 1993).

Por otra parte, Binder (2012) propone un concepto más restrictivo de la política criminal, insertándola como un elemento dentro de la política de gestión de conflictos:

La política criminal es, en consecuencia, el segmento de las políticas de gestión de la conflictividad que organiza el uso de los instrumentos violentos del Estado para intervenir la conflictividad, sobre la base de los objetivos y metas generales que esta fija, es decir, para evitar de un modo general la violencia y el abuso de poder como formas de solucionar los conflictos. En todo caso, esa intervención violenta es solo un nivel más de muchos disponibles para gestionar el conflicto. (p. 202)

El mismo autor destaca el enfoque político criminal de corte histórico que debe abordarse en la estructuración de un aparato adecuado para diseñar, formular, gestionar y evaluar todo lo concerniente a la criminalidad, tratándola por medio de una política pública de *administración* del poder del Estado. Y aunque advierte que no es un camino fácil, resalta que debe surgir de un esfuerzo democratizado para evitar improvisaciones.

En ese sentido, la articulación de la política criminal con la legislación penal puede seguirse en una línea evolutiva a través de un cuidadoso examen de la jurisprudencia constitucional, en la cual Cáceres (2018) identifica tres grandes momentos: un primer periodo entre 1992 y 2000 donde, pese a las múltiples referencias del concepto en la jurisprudencia de la Corte, estas solo establecían una idea genérica sin significados operativos concretos. En el segundo momento, a partir de la sentencia C-646 de 2001, ya existe una definición mucho más concreta y funcional de política criminal²⁰⁴, la cual conduce finalmente a un tercer grupo de sentencias, entre 2002 y 2016, que se dedican a desarrollar tal concepto.

Así, inicialmente, la sentencia C-504 de 1993 partió por establecer que la articulación de la que se habla constituía la manifestación normativa de las decisiones políticas orientadas al cumplimiento de los fines del Estado, tales como la lucha contra el fenómeno criminal, para independizar desde allí la norma de la voluntad política inicial, sujetándola en todo caso a los límites de la Constitución y garantizando el núcleo esencial de los derechos fundamentales. En ese mismo año, la sentencia C-565 precisó, dentro del modelo de Estado social de derecho colombiano, el objetivo primordialmente preventivo de la pena, en tanto la función de la política criminal es sobre todo regulatoria, enfocada en asegurar el adecuado funcionamiento de la sociedad mediante la protección de los bienes jurídicos de las personas.

Por otra parte, la sentencia C-344 de 1995 señaló un punto muy importante respecto a la conexión del carácter social del Estado con la política criminal, a través de criterios de protección a las partes, dada la necesidad de crear directrices para que los procesos penales sean eficaces y se sancione a

²⁰⁴ Esta primera definición concreta de política criminal por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional la establece como:

[...] el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. (C-646, 2001, POLÍTICA CRIMINAL-Concepto amplio)

los delincuentes, pero sin que ello implique sacrificar los derechos de los jueces, testigos, víctimas y demás intervinientes.

En el mismo sentido, la C-038 de 1995 hizo un análisis de la estrecha relación existente entre el derecho penal y la Carta Política, en tanto esta se entiende como fundamento y límite para el poder punitivo estatal. Con todo, también reconoce la amplia potestad que tiene el Legislador en la configuración de la política criminal y en el desarrollo de la Constitución, a fin de concretar sus objetivos, postura reiterada en la sentencia C-626 de 1996, en donde se declara que: “Cuando el Legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo, según el criterio de aquel” (VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, 4).

En el cumplimiento de esta función, la sentencia C-013 de 1997 reafirma que el Legislador tiene plena potestad de crear o suprimir tipos penales²⁰⁵, establecer modalidades punitivas, graduar las penas, fijar criterios de agravación o atenuación punitiva y demás, mientras no contraríen los preceptos constitucionales fundamentales. Una serie de sentencias posteriores avalan esta postura: la C-198 de 1997, donde además se apunta la posibilidad de realizar una delimitación entre delitos y contravenciones; la C-292 de 1997, la C-746 de 1998 y la C-592 de 1998, que establece la potestad de fijar procedimientos y regímenes diferenciados, en la medida en que se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la afectación del bien jurídico y el grado de culpabilidad, además del interés general y el orden social.

Es decir que, en materia de la definición de las funciones y finalidades de los instrumentos del derecho penal penitenciario y carcelario y sus instituciones, la Corte declara su importante papel en la política criminal, al afirmar que estos centros inciden en el proceso de *remoldamiento* social, por

²⁰⁵ En su estudio jurisprudencial, Cáceres (2018) evidencia la evolución tipológica penal en Colombia, destacando que, en un primer momento, la sentencia C-599 de 1992 definió los bienes jurídicos de carácter penal, susceptibles de protección por parte de la justicia, a partir de la tipificación de tendencias comportamentales principales que ameritan una sanción punitiva sobre las libertades del sujeto que las realiza. Posteriormente, la sentencia C-093 de 1993 hace referencia a la competencia de los jueces y a los procedimientos aplicables a la persecución de los delitos, indicando que el ejercicio de estas atribuciones debe darse en el marco de los mandatos constitucionales. Por último, la sentencia C-127 de 1993 buscó regular el aumento punitivo, de manera que hubiera coherencia entre la pena y la gravedad del delito, en función del interés tutelado.

lo que deben generar un ambiente de respeto a los derechos y ayudar a que el individuo aporte a la comunidad, según sus gustos, inclinaciones, oportunidades y talentos específicos (CC, C-184, 1998). Idénticamente, la sentencia C-679 de 1998 establece los criterios de dosificación mitigada y humanización de la pena como elementos necesarios en la aplicación del derecho penal carcelario y penitenciario, reafirmando los fines de prevención, retribución y resocialización de la pena, y el hecho de que esta debe ser necesaria, útil y proporcionada, para lo cual se indica que, entre los diferentes medios sancionatorios, siempre deberá preferirse el menos severo, como garantía de la dignidad del condenado.

La sentencia C-1404 del 2000 es más específica, al exigir que las medidas de la legislación penal deben guiarse por una política criminal y penitenciaria razonada (y razonable), ajustada en ese sentido a la Norma Superior. Por último, la sentencia C-1080 de 2002 reitera que al Legislador le corresponde establecer la política criminal y por lo tanto determinar qué conductas son constitutivas de delito, así como sus respectivas sanciones.

A partir de allí, las sentencias entre los años 2002 y 2016 “son en su mayoría amplias reiteraciones jurisprudenciales a lo ya sentado por la Corte; sin embargo, muchas de ellas hacen aportes jurídicos particulares novedosos al concepto de política criminal en el ordenamiento político colombiano” (Cáceres, 2018, p. 170). Ejemplo de ello es la C-873 de 2003 señaló el deber del Estado, a través de las distintas ramas del poder público, en especial la Legislativa, de diseñar y articular la política criminal²⁰⁶, entendida como un instrumento necesario para garantizar el orden social, en tanto aborda las conductas que atentan contra el mismo, garantizando con ello la protección de la sociedad, sobre todo de las víctimas. Así mismo, la sentencia C-936 de 2010 complementó lo relativo a este diseño, al resaltar que:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En ese sentido [...] “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasman

²⁰⁶ Complementariamente, González (1998) demarca los roles de cada una de las ramas del poder público respecto a la política criminal colombiana, anotando que el Ejecutivo participa igualmente en el diseño y proyección de dicha política a través del Ministerio de Justicia, en tanto la Fiscalía, ente autónomo de la Rama Judicial, realiza propuestas de proyectos de ley sobre temas relevantes de política criminal para que sean debatidos en el Congreso.

en el texto de la ley penal”. Así mismo [...] “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”. (VIII. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN, 14) [Comillas remiten a la sentencia C-504/93]

Ahora bien, en lo que respecta al diseño y estructuración de la política criminal mediante la legislación penal, la misma sentencia estableció que “las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos —esto es, normas, sean estas de rango constitucional, legal o reglamentario” (C-936, 2010, POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA CRIMINAL-Etapas en el proceso de diseño), y deben ser dirigidas al restablecimiento de los derechos de las víctimas, tanto como al logro de una efectiva resocialización.

Con el ánimo de aclarar en este punto la postura acogida en esta investigación doctoral con relación al concepto de política criminal, la tesis comparte la definición inicial de la Corte Constitucional (C-646, 2001), ampliamente citada en el texto, la cual enfatiza que dicha política constituye el conjunto de respuestas “de las más variada índole” para garantizar los intereses esenciales del Estado y los derechos de los residentes en todo el país. De igual forma, se entiende que dicha política puede desarrollarse a partir de diversas “estrategias y acciones en el ámbito social, jurídico, económico, cultural, administrativo y/o tecnológico, entre otros” (T-762, 2015, POLÍTICA CRIMINAL-Concepto). Esto indica que, si bien en este tipo de acciones pueden involucrarse dentro de una política de gestión para solucionar conflictos por parte del Estado, el fin general es combatir, con un enfoque más preventivo, el incremento de conductas perjudiciales para la sociedad, dentro de las cuales se encuentra por supuesto la comisión de delitos.

Es debido a esto que el juez penal, en el rol constitucional que representa dentro del Sistema Penal Acusatorio, tiene el poder/deber de contribuir a la construcción de dicha política, toda vez que, con el conocimiento concreto de los casos que día a día se manejan en su despacho, constantemente se está escogiendo un objeto de protección, y dicha experiencia resulta absolutamente enriquecedora en la creación y construcción de la política criminal, como lo han venido demostrando desde la Corte Constitucional a partir del análisis de situaciones que se presentan en materia de derechos fundamentales. En razón de esto, en el capítulo 1 se indicó que el enfoque de esta tesis se centra en ese juez constitucional penal, quien tiene en sus manos el poder para transformar la política criminal y dar un margen más pertinente de respuestas bajo el modelo del Estado social de derecho.

En relación a esto es necesario comprender que la política pública en nuestro Estado social de derecho se plantea cumplir, efectivamente, un papel eminentemente social, en el que es fundamental la articulación de acciones que ayuden a superar las desigualdades e inequidades propias del país²⁰⁷. Esto involucra una serie de reformas que posibiliten, por ejemplo, la redistribución de la riqueza, por medio de programas asistenciales a cargo del Estado, que den participación a los menos favorecidos, lo cual pareciera un tema por fuera del ámbito penal, pero que resulta sin embargo de gran importancia cuando se trata de proteger bienes jurídicos como la vida, el patrimonio económico y todos los demás aspectos similares contemplados en el Código Penal colombiano.

Consecuentemente, resulta importante no limitar la política criminal a su sentido puramente social, toda vez que lo adecuado para una eficaz justicia penal en Colombia es la unión de ambas, la política penal y la criminal, a fin de enfrentar contundentemente la delincuencia, abordando componentes tanto represivos como sociales, y esforzándose por identificar las causas del delito, así como las formas de prevenirlo o reprimirlo, como una función más propia de dicha política.

Continuando con el tema del diseño de la política criminal, la sentencia C-387 de 2014 lo atribuye igualmente al Legislador, al reiterar su potestad de regular todo lo concerniente a las conductas delictivas y su tratamiento, siempre teniendo en cuenta el mayor o menor daño que ciertos comportamientos pueden causar a la sociedad. Por su parte, la C-022 de 2015 resalta el mismo aspecto, enfatizando que toda regulación en la materia debe especificarse de modo tal que no se comprometa la integridad de los valores y derechos constitucionales.

Con todo, la implementación de la política criminal es un proceso complejo y multidimensional, que involucra diversos sujetos, valores y límites (Binder, 2012), por lo que consecuentemente tendrá efectos sobre todos estos aspectos, lo que hace necesario una cuidadosa consideración sobre cada uno de ellos al momento de la planeación. Esto también apunta al hecho de que las relaciones entre dichos elementos son dinámicas, en permanente y constante flujo, por lo cual no se los puede

²⁰⁷ Por otra parte, como lo indica Cuervo (2007), “no todo lo que hace el Estado y el Gobierno son políticas públicas” (p. 68), pues en realidad lo que puede existir es un mero enfoque para resolver los problemas, sin medidas o actividades específicas tendientes a cumplir metas en esa materia. Lo que señala este autor encaja con lo que se ha entendido hasta ahora como política criminal en el país, esto es, una colección de meros *enfoques* de resolución de problemas, pero ninguna medida o proyecto serio que permita un control de metas en esta materia.

a estos pensar como taxativos ni unívocos, sino como categorías analíticas que identifican sectores o dimensiones de la política criminal. En ese sentido, el reconocimiento y establecimiento de dichos elementos en la formulación de la política criminal requiere de un saber especializado que permita efectivamente dar cuenta de los mismos, más allá del mero saber teórico y sin dejar de reconocer por ello su importancia en la identificación de elementos concretos, para basarse en la praxis y en estudios previos y rigurosos que permitan identificar los aspectos problemáticos que urgen respuestas por parte de la política criminal.

A su vez es necesario solventar la falsa contraposición entre lo académico (teórico) y lo descriptivo (empírico-práctico), no tomando las metas de la política criminal como un hecho dado, sino entendiendo que dentro de la investigación para el planteamiento efectivo de la misma se requiere que tales metas sean producto del conocimiento obtenido, y que la construcción de mecanismos para potenciar las mismas sea un resultado análogo. Como tal, Binder (2012) arguye que un análisis político-criminal basado en elementos de la praxis y la teoría en interacción armónica tiene la capacidad de ofrecer elementos de una política criminal eficiente, que responda a las problemáticas generadas por el delito en el espectro social en el cual se enmarca.

Sin embargo, poco más de una década luego de la instauración del Sistema Penal Acusatorio, y casi una veintena de años después de las primeras sentencias sobre política criminal en el marco constitucional del Estado social de derecho, la misma Corte concluyó que: “El manejo histórico en el país ha contribuido en perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena” (CC, T-762, 2015, POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA), con lo cual dejó en evidencia la necesidad de un cambio de perspectiva, por lo que en el mismo fallo se propusieron los siguientes principios directrices, a partir de una serie de lineamientos²⁰⁸ propuestos previamente por la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), referenciados constantemente en este capítulo y que resultan cruciales en el desarrollo de las ideas que se exponen en esta tesis:

²⁰⁸ Con todo, unos años antes la Corte había emitido una primera sentencia sobre el estado de cosas de institucionalidad en el sistema penitenciario y carcelario (CC, T-388, 2013), en la cual ya se habían establecido unos primeros lineamientos claros y concretos para la formulación de una política criminal más acorde con los principios fundamentales del modelo social de derecho colombiano.

La política criminal debe tener un carácter preventivo. Uso del derecho penal como última ratio. Debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada. Debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales. Debe ser coherente. Debe estar sustentada en elementos empíricos. Debe ser sostenible. Medición de costos en derechos económicos. Debe proteger los derechos humanos de los presos. (CC, T-762, 2015, Deberes)

En esta misma línea, la sentencia T-267 de 2016 estableció que la privación de la libertad dentro de un Estado social de derecho debe basarse en criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, además de que resulta mandatorio el respeto y la garantía plena de los derechos de los internos, tales como su integridad personal, la posibilidad de visita íntima o conyugal, la presentación de peticiones, el debido proceso disciplinario y los derechos a la salud, al descanso, a la unidad familiar y a la resocialización, en condiciones dignas.

Aquí resulta relevante la visión fuertemente funcionalista de la política criminal dada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁰⁹, lo cual conlleva una delimitación del concepto a partir de la caracterización llevada a cabo por parte del juez en cada caso concreto. En el ejercicio por parte de la Corte de caracterizar lo que se debe entender sobre política criminal, a partir de ordenar el cumplimiento de elementos concretos en su funcionalidad, más aún en los casos en que los análisis jurisprudenciales resultan en la implementación de políticas criminales²¹⁰, resalta la manera como el juez constitucional, por lo menos en el ámbito de los togados de la Corte Constitucional, se considera como sujeto creador de política criminal.

²⁰⁹ Respecto de esta visión y su reflejo de aplicación jurídica cabe destacar una amplia línea de sentencias, que si bien no resulta oportuno citar en extenso, sí es posible referenciar: C-150, C-301 y C-504 de 1993; C-133 de 1994; C-026 y C-038 de 1995; C-430 y C-626 de 1996; C-013, C-087 y C-198 de 1997; C-592 y C-745 de 1998; C-301 de 1999; C-392 de 2000; C-551 de 2001; C-316, C-709, C-805, T-961, C-939 y C-1030 de 2002; C-039, C-622, C-740, C-873, C-899 y C-1116 de 2003; C-016 y C-247 de 2004; T-039, C-148 y C-475 de 2005; C-605 de 2006; T-1033 de 2008; C-468 y C-853 de 2009; C-073 y T-963 de 2010; C-100 de 2011; C-121, C-241 y C-742 de 2012; C-334 de 2013; C-387, C-508 y C-829 de 2014; C-022 y C-694 de 2015; y C-041 de 2017.

²¹⁰ Como por ejemplo, mediante las sentencias de inconstitucionalidad del estado de las cárceles y el sistema penitenciario (T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015 y, más recientemente en relación con la situación de las mujeres en establecimiento carcelario, la T-267 de 2018).

Sin embargo, en el ámbito práctico la situación adquiere matices específicos propios de nuestra realidad, como bien lo señala Acuña (2005) a partir de un agudo análisis:

Al hacer más detallado el contenido de los procesos de criminalización formal, tanto de conductas como de individuos, notamos que ellos en verdad coinciden con lo que tradicionalmente se entendió, o mejor, se redujo la política criminal a la creación de nuevos delitos, o al aumento de penas —proceso de creación de normas penales—, o al elevar el grado de eficiencia de los organismos encargados de aplicar las leyes, —aumento del pie de fuerza policivo, militar, o de jueces, mejoramiento de técnicas antidelictivas, mejora de los establecimientos carcelarios, etc. —, todo lo cual no viene a ser otra cosa que una especie de tecnificación del proceso de definición de individuos como criminales. (p. 23)

Desde esta perspectiva se puede entender por qué gran parte de la falla por parte del Estado colombiano para lograr una correcta formulación de política criminal pasa por la falta de una adecuada planeación con objetivos específicos a mediano y largo plazo. En ese sentido, avances como la creación del Consejo Superior de Política Criminal podrían ser utilizados para consolidar aún más una propuesta seria con tintes pedagógicos, pero conectada con la política penal que ejercen diariamente jueces, fiscales y Policía Judicial en el país²¹¹. Esto se fundamenta en últimas en la necesidad de un conocimiento directo de la aplicación del poder punitivo para comprender el uso racional de la violencia por parte del Estado, y en el conocimiento empírico que poseen los mismos actores que ejercen diariamente este poder respecto a las *regularidades* que deben ser tenidas en consideración al momento de escoger un objeto de protección en la política criminal.

Sin embargo, también cabe señalar que la falta de coordinación y cooperación entre las diversas entidades encargadas del uso de la violencia estatal, así como la no existencia de un referente claro y homogeneizador de política criminal por parte del Estado, puede derivar en una *burocratización* de la misma, lo que conlleva irrevocablemente una falta de coherencia interna y visión general. Para Binder (2012), tal burocratización de las instituciones penales se expresa en una deficiente división de sus funciones, así como en un trabajo desarticulado entre fiscales y policías, lo cual desnaturaliza en últimas la actividad judicial y distorsiona a su vez el desarrollo de la política criminal.

²¹¹ Esta tesis apunta solo a jueces penales en el Sistema Penal Acusatorio. No obstante, es necesario observar que actualmente la Fiscalía articula su trabajo mediante unidades delegadas que coordinan temas centrales como crimen organizado, finanzas y seguridad ciudadana.

Sintetizando, a partir de lo analizado hasta ahora respecto al origen, caracterización y desarrollo de lineamientos de política criminal en Colombia puede señalarse la imperativa necesidad de que la misma aparezca plenamente articulada a la luz de las disposiciones constitucionales superiores, lo cual demanda un mayor compromiso respecto a los beneficios que pueda representar para la comunidad. Esto implica pues una re-creación de dicha política en el contexto de un Estado constitucional y de derecho, en el que la solución a los conflictos sociales no sea únicamente referida a la justicia penal, y en la que se modere el manejo mediático de los casos como cultura populista²¹², propendiendo mejor por una adecuada administración de los conflictos y por una reforma estructural del Estado exenta de intereses particulares.

3.2. Importancia fundamental de la política criminal dentro del Estado social de derecho

Una revisión de la política criminal dentro del Sistema Penal Acusatorio permite identificar, sustancialmente, el problema que se presenta al momento de aplicar la ley como expresión máxima del proceso legislativo. En un estudio previo (Flórez, 2015) indiqué cómo este proceso se caracteriza por desconocer la realidad profunda del país y el entorno en el que se desarrolla la población colombiana, lo cual permite la coexistencia de dos realidades paralelas: la que efectivamente acontece en el territorio y viven día a día los ciudadanos, una Colombia con amplios márgenes de desigualdad e inequidad, desempleo, falta de oportunidades, salud y educación en deplorables condiciones, entre otras muchas fallas en factores necesarios para una vida digna; y una segunda realidad para la que el Estado adopta sus políticas, vivida solo por una minoría de la población, con acceso a óptimas condiciones de vida.

En ese mismo sentido, Barrera (2009) afirma que el enfoque principal del Estado debe ser la mejora de las condiciones de todos los ciudadanos para el logro de una sana convivencia; de lo contrario, se enfrenta en consecuencia con grandes patrones de conflictividad, por lo que su respuesta en general

²¹² La propuesta de no contar con una justicia penal solamente, ni manejar mediáticamente los casos, es un argumento que fortalece esta tesis, en la medida en que, siempre que el juez en función de control de garantías —e igualmente el de conocimiento— pueda desentenderse de estos dos asuntos, podrá construir ponderadamente nuevos parámetros de justicia, a través de la administración del conflicto de forma adecuada.

tenderá a maximizar el régimen penal, en su intento de controlar por la vía represiva de sanciones y castigos tales fallas.

Al carecer el Estado colombiano de un proyecto de sociedad que garantice la integridad y el bienestar de la familia, se reproducen los perfiles sociales propios de una sociedad sin bienestar para todos: pobreza, marginalidad, desempleo, precarización del trabajo, desigualdad en la distribución del ingreso y la riqueza, criminalidad, etcétera. Ante estas condiciones, la ilegalidad como opción de supervivencia se convierte para muchos de los marginados en una válvula de escape. La solución, que de manera permanente ofrece el Estado para cerrar esta válvula, es la fuerte aplicación del régimen punitivo. (Barrera, 2009, p. 48)

Por otra parte, Bayona, Gómez, Mejía y Ospina (2017) afirman que la reforma al sistema penal colombiano que tuvo lugar entre 2002 y 2004 promovió el cambio de un modelo de tendencia inquisitorial a un modelo acusatorio, bajo la consideración de que los principios político-criminales del sistema acusatorio eran más acordes con el modelo de Estado social y democrático de derecho. Lo que se buscó entonces fue un mayor énfasis en el derecho penal como *última ratio*, mediante la implantación del principio de necesidad, además del paso a un derecho penal de acto, más que de autor, dado que para la configuración de una conducta punible se requiere que haya lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de terceros, desde la perspectiva de protección de principios fundamentales como la presunción de inocencia, el debido proceso y la igualdad. No obstante, tal y como lo advierten los autores, “una cosa es lo que prometen las reformas legales y otra la cruda realidad, pues las viejas y enquistadas prácticas de los operadores jurídicos se perpetúan con las vulneraciones de garantías penales que llevan consigo” (Bayona et al., 2017, p. 73).

Así, pese a que el actual sistema penal colombiano cuenta con más de tres lustros de vigencia, aún padece graves problemas de congestión y de eficacia, además de que se presenta falta de confianza ciudadana en la respuesta dada por el Estado frente a la criminalidad y el delito. Revisada en la presente investigación la ruta procesal para el trámite penal ordinario, más allá de las figuras alternas que propugnan por la eficiencia y eficacia, tales como el principio de oportunidad, la aceptación unilateral de los cargos o la celebración de preacuerdos, se encontraron relevantes problemas teórico-prácticos (Bayona et al., 2017), de hondo impacto y afectación en la práctica del sistema:

1. La participación del Ministerio Público resulta problemática en la medida en que resquebraja el principio adversarial, cuando la justificación para dicha intervención no pasa de pobres razones burocráticas.
2. Es contrario al garantismo penal que la Fiscalía pueda realizar actos previos de investigación sin control judicial, tales como interceptación de comunicaciones, registros y allanamientos, entre otros.
3. Una grave dificultad a enfrentar es el populismo punitivo y su tendencia a convertir la privación de la libertad en regla²¹³. Zaffaroni (2005) hace una aguda crítica al respecto, toda vez que existe contradicción entre el fundamento liberal de la privación de la libertad, cimentado en el principio de *última ratio*, y el peligro que entraña la proliferación de estas medidas cautelares.
4. Aunado a lo anterior, se presenta una precaria utilización de figuras alternas (Ospina, 2015), las cuales constituyen verdaderas medidas de racionalización de los recursos económicos y humanos del sistema de investigación y juzgamiento, pero han sido limitados por el Legislador sobre la base del populismo punitivo, desvirtuando así los principios político-criminales que definen al mismo sistema²¹⁴.
5. El control material de la acusación, esto es, la verificación respecto a la existencia o no de la misma, con probabilidad de verdad de que la conducta punible existió y de que el procesado es su autor o participe; en otras palabras, la verificación de congruencia normativa entre la acusación y la ley (CPP, art. 336)²¹⁵.

²¹³ A pesar de que existen medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, en la práctica la medida que más se impone es la privativa, tema que será abordado más adelante.

²¹⁴ Al respecto se puede consultar la Ley 1453 de 2011, conocida como ley de seguridad ciudadana, en la cual se contempla la formulación de nuevos tipos penales, con una marcada tendencia a la exacerbación punitiva.

²¹⁵ En principio, el control material de la acusación es una característica del modelo acusatorio adversarial, y en otros países con este modelo es realizado por una entidad diferente al juez del juicio oral. Por ejemplo, en Estados Unidos está en cabeza del jurado, quien determina si existe o no mérito para acusar (Lindquist, 2015). En Colombia, autores como Fernández (2012) señalan la necesidad del control material de la acusación, dado nuestro sistema de corte adversarial, cuando lo que está pasando es que la Fiscalía misma es la que decide sobre la existencia de mérito, ocurriendo que se inician juicios pese a la ausencia de hechos jurídicamente relevantes. Esta postura es apoyada también por Urbano (2013), quien sostiene que en Colombia la omisión del control material de la acusación por vía judicial lleva a que la verificación de la inferencia razonable la realice el mismo fiscal que formula la imputación, lo que hace que el procesado esté en este punto expuesto al arbitrio de la Fiscalía. Por otro lado, el hecho de que el sistema colombiano no sea típicamente acusatorio, pues, por ejemplo, carece de jurado, evidencia que el control material presenta problemas estructurales, ya

6. Una última situación se relaciona con la congruencia entre la acusación y la sentencia, entendida como la exigencia impuesta al juzgador de encadenamiento entre la sentencia condenatoria y los cargos por los cuales es procesado el acusado, de forma que en último momento no haya lugar a otros para los cuales no hubo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, ni de defensa.

Además de todo lo anterior, se presenta desbordamiento de la capacidad del sistema procesal, dada la insuficiencia del recurso humano²¹⁶, su funcionamiento inadecuado o la carencia de recursos técnicos y financieros que permitan atender la enorme demanda que se presenta todos los días²¹⁷. A ello se suman otros problemas generados por el poco impacto de la justicia en el país, como el aumento y acumulación de las denuncias penales, la desastrosa morosidad judicial y el hacinamiento carcelario, que viola cualquier estándar mínimo de derechos fundamentales²¹⁸, así

que el juez al que se le presenta la acusación es el mismo ante el que se lleva a cabo la audiencia preparatoria, y es quien de la misma forma decide en el juicio oral, lo cual configura una posibilidad de prejuzgamiento al decidir este mismo juez sobre el mérito de la acusación; lo ideal sería que no fuera él quien realice este control material, para lo cual, Tejedor y Aguilera (2015) proponen como solución una reforma al Código de Procedimiento Penal para incluir una audiencia preliminar de causa probable, dirigida por un juez en función de control de garantías.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (2016) establece el control material de la acusación como acto complejo y formal, para evitar el posible prejuzgamiento, en la medida en que “tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal, por disposición constitucional y legal, pertenecen exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, en quien recae el deber de acusar ante los jueces de conocimiento” (p. 21).

²¹⁶ A pesar de los constantes aumentos de planta de personal para combatir la criminalidad, como queda expuesto en el Decreto 898 de 2017, que crea al interior de la Fiscalía General de la Nación una unidad especial de investigación para el desmantelamiento de las organizaciones criminales que atentan contra la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, para lo cual, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura y la planta de cargos de la entidad.

²¹⁷ En 2014, el diario *El Espectador* recogía algunas de las que consideraba “perlas” del sistema penal colombiano, al cumplirse diez años de la implementación del mismo, anotando que uno de los cuellos de botella de la Fiscalía era la carencia de personal suficiente para conocer de todas las noticias criminales que llegan, además de la falta de jueces, defensores y peritos.

Aunque hay algunos avances, se reconoce que con el pasar del tiempo la justicia ha perdido legitimidad ante los ciudadanos: en febrero de 2014, el sistema alcanzó una imagen desfavorable del 75 %. Una cifra [...] justificada en falencias que no se han corregido como el prolongado tiempo que duran las audiencias, sus constantes aplazamientos, las dilaciones de los abogados defensores, los trámites que implica interponer denuncias, las fallas en la atención a las víctimas, y el personal limitado que a veces no puede atender la extensa demanda de los ciudadanos. (Rincón, 2014, § 2)

²¹⁸ Respecto a este tema, el Instituto Nacional Penitenciario de Colombia (Inpec) señaló:

El primer mes del año 2019, se presentan en el ámbito nacional 187 477 personas en conflicto con la ley penal, acogidas en el sistema nacional penitenciario y carcelario con necesidades a cumplir en albergue, ingreso, permanencia, sumado a las funciones con ocasión a la restricción de la libertad a través de las medidas de seguridad: la prevención general, la protección del procedimiento penal y la

como la realidad de una justicia tomada por mano propia, que copa diariamente los espacios de noticias en Colombia²¹⁹. Todos estos temas repercuten en la ineficiencia del derecho a la justicia y en la imposibilidad de concretar en las penitenciarías uno de los fines esenciales de la pena, como es la resocialización, hecho que deviene un factor criminógeno importante.

Para hacer frente a toda esta problemática, de conformidad con la Resolución 0286 del 15 de febrero de 2011 del Ministerio de Justicia se creó la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano, con el propósito de apoyar su formulación en el país y realizar recomendaciones al Gobierno nacional en torno la misma, lo cual representa en general un avance significativo (Bayona et al., 2017), en tanto ha posibilitado la elaboración de un diagnóstico y de la propuesta de lineamientos previamente mencionada en el apartado anterior para la construcción de la política criminal.

En principio, el foco de atención de dicha comisión se orientó hacia el exceso del poder penal frente a las conductas delictivas tratadas diariamente, en la medida en que la principal solución que se concebía para la problemática criminal era la penal, pese al aumento constante en las cifras de delito, lo cual evidenciaba para la Fiscalía General de la Nación la necesidad de una alternativa de solución. En respuesta a ello, como medida administrativa orientada a mejorar el análisis judicial, la misma Fiscalía promulgó en 2012 la Directiva 001²²⁰, para la adopción de criterios de priorización de casos y creación de un nuevo sistema de investigación y de gestión penal, desde un modelo de análisis criminal entendido como: “Estudio sistemático e interdisciplinario del delito y de los factores problemáticos que alteran la convivencia social e interesan a la investigación penal” (FGN, 2012, p. 1). Además se focalizaron algunos delitos según las perspectivas de género admitidas por la Corte Constitucional, como en los casos de desplazamiento forzado, respecto de los cuales la misma Corte señaló la necesidad de comprender realmente el comportamiento delictivo, sus motivaciones, manifestaciones y repercusiones, como forma real de salvaguardar los derechos. El énfasis pasó entonces a la precisión de los contextos en los que se generan los delitos, para

ejecución de las penas con la prevención especial y la resocialización, aspectos que permiten identificar el cumplimiento de los objetivos institucionales y del sector justicia. (Inpec, 2019, p. 12).

²¹⁹ Según informó el periódico *El Espectador*, entre junio de 2014 y junio de 2015 fueron linchadas 140 personas en Bogotá, y otras 600 fueron rescatadas de muchedumbres enardecidas (Flórez Suárez, 2016).

²²⁰ En el siguiente capítulo se hará un abordaje en profundidad de dicha directiva, desarrollando de manera más completa sus instructivas. Por lo pronto baste decir que el ente acusador concibió su implementación de manera progresiva y gradual, y en ese sentido expidió en junio de 2013 la Resolución 002, en la cual ordenó a sus distintas direcciones seccionales presentar planes de acción para la gestión de los mencionados criterios de priorización, en orden de desarrollar el nuevo modelo de investigación (FGN, 2013).

desarrollar un manejo investigativo adecuado y oportuno según las dinámicas particulares, y a la asociación de casos, para ganar efectividad en las investigaciones a partir de un trabajo coordinado.

En una línea similar, la Rama Ejecutiva, en uso de facultades extraordinarias, expidió en 2014 decretos que modificaron la estructura de la Fiscalía²²¹, cuyo objetivo fue dotarla de más herramientas humanas y técnicas, para fortalecerla en el combate de los más graves fenómenos de criminalidad. Esto permitió la creación del Departamento de Política Pública al interior de la Fiscalía, con una Subdirección en Política Criminal, desde donde se promueven iniciativas de interés y se manejan las cifras a nivel nacional de investigaciones.

Una ley adicional que fue presentada como mejora a la política criminal es la Ley 1709 de 20 de enero de 2014, que realizó algunas reformas al Código Penitenciario. Pese a las críticas de populismo punitivo, esta ley muestra la intención del Gobierno nacional de hacer un contrapeso a la política de penalización excesiva, en razón de lo cual se han disminuido o morigerado los requisitos para acceder a beneficios carcelarios y mecanismos sustitutivos de la pena, entre otros. Esto posibilita una mínima descongestión de los establecimientos carcelarios, procurando que solo por conductas delictuosas graves se afecte el derecho a la libertad del procesado (Flórez, 2015).

Sin embargo, pese a que todas estas disposiciones constituyen avances en materia penal, permanece la situación de formulación genérica de directrices de política criminal, la cual conlleva la equivocación de entender todo en el plano de la política penal, dejando a un lado otras políticas públicas que puedan atacar más a fondo las causas originales del delito. Es necesario entender entonces que una política criminal claramente definida permitirá a los funcionarios judiciales del Estado mejores herramientas para combatir el crimen, desde la comprensión del alcance de las penas y las medidas adoptadas como el fin de resocializar a quienes infringen la ley, y que el papel fundamental de la justicia penal es pues intervenir para que esto se convierta en una realidad, especialmente a través de la figura del juez penal como protector de garantías fundamentales.

²²¹ El principal es el Decreto Ley 016 del 9 de enero de 2014, el cual modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía.

3.3. Caracterización de la política criminal en el Estado social de derecho

A partir de lo establecido previamente, procedemos ahora a caracterizar la política criminal colombiana a la luz de los fines, valores, principios y derechos fundamentales de raigambre constitucional en nuestro en nuestro modelo de Estado social de derecho.

Como se ha venido sosteniendo en la presente investigación, en Colombia no existe actualmente un trabajo articulado y definido entre los órganos a los cuales les compete la creación y formulación de la política criminal, si bien se han intentado acciones tendientes a ello por parte del Consejo Superior de Política Criminal (2016). Tal ausencia se hace evidente cuando, sin razón justificante, se amplían penas o se otorgan libertades de manera inconsistente, y cuando en menos de veinte años las penas por delitos que podrían considerarse menores pasaron a ser exorbitantes. Al respecto, se ha señalado además que:

Otro aspecto crucial, omitido, es el de la prevención del delito, que deben abordar diversas entidades estatales. No es casual que en su mayoría [estos] sean contra el patrimonio económico y la vida e integridad personal. Las causas sociales no justifican el delito, pero sí lo explican. Todo el Estado, no solo jueces y Policía, debe diseñar la política de prevención en asuntos de familia, desarrollo psicosocial y educación, entre otros. (Gómez Méndez, 2017, § 9)

Por otra parte, en un estudio realizado por el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes (2011) se reconocieron algunos aciertos de la política criminal en Colombia, tales como el paso del sistema inquisitivo al sistema penal acusatorio, como forma de dar una más pronta y eficaz respuesta del Estado a la criminalidad, discriminando además las funciones de investigación, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, y de juzgamiento para los jueces penales, así como la inclusión de una justicia de tipo premial, que otorga beneficios a quienes ahorran el desgaste judicial. Un aspecto adicional por reconocer es el carácter garantista del sistema penal, que mantiene la libertad como derecho esencial y propende por la igualdad procesal, a través de una defensa técnica más organizada.

En cuanto a la protección de derechos y garantías de los procesados, los fiscales se encuentran obligados a someter incautaciones, allanamientos e interceptaciones de comunicaciones al control de legalidad por parte de jueces en función de control de garantías. Finalmente, se establece la exigencia de atención idónea a las víctimas, de modo que sus derechos sean protegidos, resarcidos, amparados en los principios de verdad, justicia y reparación, garantizando además el principio de oportunidad, para lo cual la Fiscalía queda sujeta a consultar sus decisiones con las víctimas.

Sin embargo, este mismo grupo de investigación encontró que el funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio presenta también varios problemas, siendo uno de los principales su falta de eficacia, reflejada en el balance de los diez primeros años del sistema en Colombia, pues para 2014 el ingreso de noticias criminales fue de 1 100 016, mientras que el egreso ascendió solo a 878 283 casos, quedando así un importante déficit por atender (Ospina, 2015).

Otro problema significativo que ha llegado a identificarse es el desmonte parcial de la prevalencia de la libertad como pilar fundamental, luego de la expedición de leyes como la 1142 de 2007, denominada de convivencia y seguridad ciudadana, la cual se concentra en la adopción de medidas de *represión* de la actividad delictiva; igualmente, se constata la existencia de otras leyes, previas y posteriores, que desvirtúan de manera similar la esencia del espíritu inicial del Sistema Penal Acusatorio²²².

A este respecto, Huertas (2013) considera que en Colombia no se tienen en cuenta aspectos básicos para garantizar los derechos fundamentales en los procesos penales, dado el distanciamiento existente entre la realidad y la norma, toda vez que persisten las problemáticas identificadas. En ese sentido, resulta fundamental contemplar también los factores materiales que permitan positivizar la correlación entre tales derechos y su efectivo cumplimiento²²³. En consecuencia con ello, diversos

²²² Tales como la Ley 747 de 2002, que crea el tipo penal de trata de personas; la Ley 890 de 2004, que contempla aumento de penas para determinados delitos contemplados en la Parte Especial del Código Penal; la Ley 1236 de 2008, que también implica aumento de penas por delitos contra la integridad sexual; la Ley 1273 de 2009, que crea nuevos tipos penales relacionados con delitos informáticos; y la Ley 1356 de 2009, o Ley de Seguridad en Eventos deportivos, entre otras. Como puede verse, son todas leyes de creación o ampliación de tipos penales previos, con marcado espíritu punitivista.

²²³ Por ejemplo, incluso antes de entrada en vigencia de la Carta Política actual, ya la Corte Constitucional había expresado la necesidad de que sean respetados los derechos de los reclusos, precepto desarrollado luego en diferentes jurisprudencias, entre las cuales se pueden señalar cronológicamente, en los primeros veinte años de la Constitución: T-596 de 1992, T-420 de 1994, T-714 de 1996, T-153 de 1998, T-208 de 1999, T-

autores han señalado la necesidad de articular una política criminal más eficiente dentro del Estado colombiano, tales como Cáceres (2018), quien refiere a los resultados encontrados por parte de la Comisión Asesora de Política Criminal para evidenciar cómo, el combate contra la criminalidad, resulta preferible, y mucho más humano, mejorar la eficacia del sistema penal y manejar una perspectiva de medidas preventivas, antes que un incremento de las penas. En un sentido similar, se tiene que:

El llamado a la racionalidad punitiva no es un llamado a la inacción frente al delito; todo lo contrario, es un recordatorio de que las violencias de distinto tipo —sexual, doméstica, homicida y la provocada por los grupos ilegales— son tan costosas para la sociedad colombiana que requieren una respuesta de conjunto, no una lista de normas que en la práctica lo confunden todo. Los conflictos detrás de la criminalidad no son de menor importancia como para jugar a las soluciones de papel. ¿Por qué no pensar que antes de seguir creando delitos y aumentando penas, necesitamos que la Fiscalía investigue y acuse, que se reduzca la impunidad y que se garanticen los derechos de las víctimas? (Cruz, 2019, § 10)

Aquí el autor hace énfasis en la racionalidad punitiva como un elemento necesario en la implementación de una política criminal eficaz, ante la falta de coherencia y eficiencia de la que se maneja actualmente en Colombia. Con todo, se hace necesario reconocer que esta problemática de ineficacia de las políticas criminales en cuanto a la reducción de la criminalidad, manteniendo coherencia en su ejecución dentro del orden jurídico penal, no es un fenómeno exclusivamente nacional, sino que abarca toda la región de Latinoamérica:

La política criminal de la región es incoherente, reactiva, populista y ausente de base empírica. El fundamento es con mucha frecuencia anecdótico o basado en unos cuantos casos surgidos de la alarma de los medios de comunicación. Es necesario diseñar una política criminal coherente que se articule con una visión democrática e incluyente de la seguridad ciudadana. Pero para ello se requiere renunciar al uso populista del sistema penal y que se entienda que los conflictos sociales no se resuelven punitivamente. Una política pública en

materia de seguridad y de prevención del delito debe articularse con el fin de eliminar la paradoja del control penal actual. (Benavides, 2016, p.129)

Así, el diseño de una política criminal eficiente debe hacerse tanto en atención a la reducción de los delitos como a la adecuada resocialización de quienes sufren penas privativas de la libertad, en tanto esta no es la única solución para la criminalidad en el país. Por otra parte, el Sistema Penal Acusatorio instaurado con la Ley 906 de 2004 permitió al público mayor acceso, principalmente a raíz de la posibilidad que tienen ahora los medios masivos de comunicación para presionar sobre los funcionarios judiciales, directa o indirectamente, en el tratamiento de temas que puedan guardar algún tipo de interés colectivo²²⁴. Con todo, la prioridad real del juez penal es dar respuesta pronta y eficaz a las necesidades particulares en todos los casos, no solamente respecto de aquellos con amplio impacto mediático, pues la publicidad de este tipo por parte los medios puede hacer que se pierda el enfoque último de la política criminal, requerida por ello de directrices claras y bien definidas que permitan al Estado y a sus distintos órganos prestar una eficaz atención al fenómeno criminal en Colombia.

En este desarrollo ha habido aciertos y desaciertos, como lo reconoce la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ, 2013)²²⁵, quien señala principalmente que las trabas en la justicia se presentan muchas veces como infranqueables, como los llamados *choques de trenes* entre las Altas Cortes, la injerencia de la parapolítica o los desafueros en el esquema de pensiones, además de las conductas inapropiadas de muchos funcionarios, todo lo cual contribuye a generar una visión desfavorable de toda la Rama Judicial a los ojos del país, nutrido por otra parte de noticias tendenciosas y amarillistas. Esta peligrosa insatisfacción popular conduce consecuentemente a una sensación de inseguridad jurídica que termina por permear todo el ordenamiento legal colombiano, afectando así la legitimación de la impartición de justicia penal, elemento esencial para la protección de bienes jurídicos y vía hacia la implementación jurídica de una política criminal coherente.

²²⁴ Al respecto, García (2007) hace referencia al derecho a la información, pero también pone en consideración los deberes que pueden ser exigidos a los comunicadores para respetar el debido proceso, en la medida en que se hace necesario buscar una clara diferenciación entre lo que es realmente el manejo de la información y lo que puede llegar a convertirse en injerencia estridente dentro del proceso por parte de la prensa.

²²⁵ Este documento es un informe de las transformaciones más importantes del sistema de justicia generadas con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991, y de las acciones emprendidas desde entonces hasta el año 2001, con lo cual se brinda un punto de partida para un repaso histórico, desde la mirada de expertos, sobre lo ocurrido con el sistema de justicia colombiano durante la última década, periodo en el que se abarca, aunque muy someramente, la reforma al sistema criminal colombiano.

Con relación a este tema, y en referencia a la necesidad de reformas o el establecimiento de modelos alternativos de justicia se ha establecido que:

[...] en cuanto la deslegitimación del sistema penal supone, tanto la incongruencia de los fines declarados con sus funciones reales y la perversión de sus mecanismos, como el cuestionamiento de los criterios de “normalidad” que definen las desviaciones, es de considerar que su abolición estaría condicionada a la transformación de la sociedad hacia estadios de igualdad en los que emerja una normalidad alternativa y, consecuentemente, a la extinción del Estado, lo cual se enmarca en una utopía, que, si bien es considerada por las teorías críticas sobre la sociedad y el Estado, sin dejar de ser valiosa para la comprensión y la explicación de los conflictos sociales, resulta incierta, especialmente si es impulsada únicamente en función del cuestionamiento del control social formal y de la construcción de modelos alternativos de justicia penal. (Leal y García, 2005, p. 438)

Aquí se evidencia la necesaria correlación entre la administración de justicia y la política criminal, en tanto la legitimidad de la primera se ve afectada por la falta de armonía de la segunda con los preceptos constitucionales, a la vez que una administración de justicia penal deslegitimada e ineficiente conlleva a un deterioro de la capacidad de cumplimiento de los fines de la política criminal. Esto conllevó a que una gran mayoría del establecimiento judicial asumiera el reto de clamar por una reforma judicial que coadyuvara a lograr las propuestas de un Estado social y de derecho, enmarcadas en la Constitución de 1991, con el fin de que la justicia fuera ágil y eficaz para los ciudadanos (CEJ, 2013).

En respuesta a ello, la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal presentó en 2012 un *Informe final*, que alertó sobre la necesidad de consolidar mecanismos que den garantía efectiva de no discriminación, dentro del ámbito de la imposición de penas, mediante el fortalecimiento de la capacidad técnica del Consejo Superior de Política Criminal, de modo que este supere su *papel reactivo* y entre a participar activamente en el diseño la política criminal del Estado con reformas estructurales y no coyunturales. Por último, para generar estos cambios estructurales, la Comisión sostuvo que debería imponerse una reserva de ley estatutaria en materia penal, debido a que estas leyes van encaminadas a restringir derechos tan fundamentales como la libertad (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Las conclusiones de este informe fueron retomadas posteriormente por la Corporación Excelencia en la Justicia para establecer los dos principios fundamentales que debían regir la política criminal del Estado: por un lado, el derecho penal como *ultima ratio*, de tal forma que se castiguen penalmente solo las conductas atentatorias contra bienes jurídicos fundamentales, mientras que para el resto se busquen sanciones alternativas, medidas administrativas de control y políticas públicas, de modo que la privación de la libertad solo ocurra si fracasan todas las demás, materializando así el principio de lesividad²²⁶; por el otro lado, la política criminal debe tener en cuenta todos los elementos diferenciales en la sociedad, como la discriminación por temas de género, o grupos históricamente marginados, para implementar acciones afirmativas que ayuden a superar dicha inequidad (CEJ, 2013).

Ahora bien, el desarrollo de la política criminal en Colombia debe tener un sustento que permita reflexionar sobre la justicia, los límites del derecho, el castigo y los derechos humanos, así como sobre el trato que recibe el delincuente y la percepción ética acerca de los distintos niveles de participación o complicidad en el acto delictivo, sin olvidar que estas medidas tomadas constituyen un medio y no un fin en sí mismas. Es por ello que se requiere la unión de fuerzas de las diferentes instituciones estatales, a través de equipos de estudio y evaluación constante respecto al cumplimiento de estos objetivos, que contribuyan así al desarrollo de una política criminal articulada. Más aún, estas intervenciones deben realizarse desde la perspectiva de una política penal minimalista, en la medida en que ya han sido previstas actividades de combate a los focos y causas de criminalidad identificados por el Estado.

Aquí tiene importancia crucial una aproximación metodológica para el manejo y construcción de la política criminal que incorpore el aspecto social y de relaciones, a partir de conceptualizaciones sociológicas como la *teoría de la estructuración*, que pueden resultar sumamente útiles al momento de analizar “los movimientos estructurales, las contradicciones presentadas dentro de los regímenes políticos, las transformaciones de la normatividad, en fin, las distintas formas posibles de configuración de la realidad social a partir de la interacción entre el Estado, sociedad civil y mercado” (Cuervo, 2007, p. 113).

²²⁶ Al respecto anota Huertas (2019): “La invitación, es, por tanto, al posicionamiento crítico frente a las alternativas actuales de política criminal, siendo conscientes del impacto negativo de la prisión y el uso del derecho penal como primera medida ante el control de la criminalidad” (p. 330).

Tal metodología debe tener como principio la inclusión del estudio y análisis de la legislación penal en la política criminal del Estado colombiano, en tanto el crecimiento desenfrenado del aparato punitivo en los últimos tiempos hace indispensable la existencia de una política criminal fundamentada en una verdadera *ingeniería institucional penal* (Zaffaroni, 1993). En este orden, dicha aproximación debe ser ante todo interdisciplinar, en especial respecto a los cruces entre el derecho penal y la ciencia política, incluyendo como política pública el fortalecimiento de componentes pedagógicos y culturales que posibiliten, por ejemplo, la abolición de la cultura *mafiosa*, heredada de la penetración del narcotráfico en la sociedad colombiana durante las décadas de los ochenta y los noventa, y fuente de mucha de la corrupción imperante en el país, a partir de la comprensión del patrimonio público como recurso *sagrado* para el desarrollo del país y beneficio de toda la comunidad. Solo con cambios y nuevas perspectivas como estas es posible advertir a los funcionarios penales sobre las repercusiones reales de las prácticas jurídicas, a partir del sentido político general implicado en las decisiones, superando de este modo las interpretaciones puramente positivistas del derecho.

A la postre, la alternativa última de solución, a la luz de una política penal criminal coherente con los principios esenciales del Estado social de derecho, es, o debería ser, el abolicionismo penal, si bien entendiéndolo siempre como un proceso gradual. Desde una concepción inicial del dominio del Estado sobre la libertad de la persona como única alternativa frente a conflictos sociales que afectan o pongan en peligro bienes jurídica y constitucionalmente protegidos, la elaboración de abolicionismo se ha ido dando sobre todo en torno a la realidad y función de las cárceles²²⁷. Así, Gómez Jaramillo (2008) evidencia el problema de las mismas desde una perspectiva amplia y compleja, explicando cómo la práctica penitenciaria se ha desarrollado en dirección contraria a lo que nos muestran los saberes que legitiman a la prisión:

²²⁷ Diversos autores aportan y defienden el abolicionismo penal desde la óptica de la criminología, tales como Baratta (2004), quien apoya la deslegitimación del sistema penal a raíz de la innegable crisis del discurso jurídico, o Zaffaroni (1993; 2011), para quien el abolicionismo ha dado voz, desde una literatura considerable, a los marginados por el poder penal. En la misma línea, Tourinho (2012) recuerda que para Louk Huslman el entendimiento del sistema judicial penal resulta ser un problema en sí mismo, y que Nils Chirstie considera que el Estado robó o expropió el conflicto a sus verdaderos dueños, esto es, las partes directamente involucradas; finalmente está Foucault, quien en principio no es considerado como abolicionista, sino crítico del modelo litigante de decisiones de tribunales superiores, desde una concepción estructuralista.

La dominación y la exclusión son rasgos naturales de la pena. No obstante, hay un conjunto de sistemas del pensamiento que rodean y legitiman el derecho penal por medio de principios racionales, que contrastan con la simpleza despótica del castigo cuando opera materialmente en los cuerpos y en las almas de los condenados. (p. 21)

En este punto es necesario recordar que las líneas de lo penal, en su vertiente pedagógica, y lo criminológico, como labor científica para determinar las causas reales del delito y los efectos de las penas, si bien se orientan a fines distintos, se establecen ambas sobre la importancia de la defensa de lo social, respecto a lo cual el mismo autor, remitiéndose a esta composición liszteana del derecho penal como ciencia total, concluye que, en la complementación de estas dos funciones, la política criminal se establece como una agenda pública estatal cuyo fin es la prevención de la comisión de delitos, excluyendo al delincuente.

En este contexto, el abolicionismo penal no deja de ser relevante, pues se considera como una respuesta a la problemática de violencia social, buscando crear nuevas soluciones al conflicto presentado por la ausencia de control respecto a la protección de bienes jurídicos y de sus titulares. Para Tourinho (2012), esta aproximación, lejos de ser una crítica de fondo, “debe ser como una alternativa para la resolución de conflictos, que en [reemplazo de los organismos judiciales formales para realizar los procesos penales] propone la creación de organismos con experiencia en la protección social del trabajo y los derechos humanos” (p. 572).

Es decir, no se trata aquí de suprimir los órganos judiciales, sino de que la formulación de la política criminal debe readecuar los lineamientos establecidos para proteger derechos, con el fin de custodiar principios como la seguridad jurídica y aportar así propuestas novedosas de resocialización y transformación en el núcleo central del conflicto, que involucren principios de reparación a la víctima, verdad a la sociedad y justicia proporcionada, con un enfoque de prevención y solución del conflicto.

En tanto la justicia penal constituye el marco central de la política criminal perfilada por el Estado, resulta indispensable que sus órganos de impartición tengan mayor preparación y herramientas de materialización de la misma, además de la posibilidad de generación de propuestas que coadyuven en su realización, de lo cual se deduce la importancia de los cursos de actualización y de las contribuciones por parte de expertos que permitan reflexionar sobre el estado actual en materia criminal en Colombia.

3.4. Funcionamiento de la política criminal en el Estado social de derecho

Para el análisis de este funcionamiento de la política criminal en el Estado social de derecho, datos del Congreso de la República²²⁸ revelan que todos los proyectos de ley en materia penal presentados desde 1992 hasta la fecha son 234, clasificados en 9 categorías desde el aspecto legislativo: (i) los que buscaron agravar los resultados de una conducta punible, es decir que pretendían aumentar las penas, disminuir beneficios como rebajas o subrogados penales, o imponer penas accesorias²²⁹; (ii) aquellos cuyo propósito fue crear nuevos tipos penales²³⁰; (iii) los que pretendían modificar algún tipo penal, ya fuera agregando verbos rectores, o ampliando o restringiendo los sujetos pasivos o activos de la conducta²³¹; (iv) aquellos denominados de *categoría mixta*, que pretendían dos de los objetivos anteriormente descritos, o incluso los tres²³²; (v) los que pretendían crear normas complementarias, especialmente que ayudaran a interpretar tipos penales en blanco²³³; (vi) los que buscaban generar beneficios para las partes del proceso²³⁴; (vii) los que buscaban establecer normas procesales o procedimentales en materia penal; (viii) los que tratan temas de derecho internacional, como acuerdos de asistencia mutua en materia penal con otros países; y (ix) aquellos en los que no

²²⁸ En respuesta a un derecho de petición presentado en febrero de 2020, con número de radicado 03407, e incluido en los anexos al final de esta tesis con las demás respuestas dadas por las otras instituciones consultadas en el desarrollo de esta investigación.

²²⁹ Proyecto de Ley 200 de 2016, que pretendía imponer la pena accesoria de castración química a las personas que fueran condenadas por el delito de acceso carnal abusivo en menor de catorce años, siempre que se probara que la conducta había sido reiterada.

²³⁰ Proyecto de Ley 255 de 2008, que buscó introducir el delito de fraude en encuesta o sondeo electoral.

²³¹ Proyecto 171 de 2014, que creó al final la Ley 1752 de 2015, la cual modificó el artículo 134 A sobre el delito de actos de discriminación, para agregar a las personas en situación de discapacidad como sujetos pasivos de la conducta.

²³² Proyecto de Ley 154 del 2009, que pretendía replantear el tipo penal de aborto, cambiando su nombre por “muerte con consentimiento de la madre del niño o niña que está por nacer”, imponiendo una pena de 7 a 15 años, además de incluir otro tipo penal denominado “muerte sin consentimiento del niño o niña que está por nacer”; adicionalmente se pretendía que los tres casos existentes de responsabilidad dictados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia C-355 de 2006 para casos de interrupción voluntaria del embarazo se convirtieran en circunstancias de atenuación punitiva que rebajaran la pena a la mitad. En resumen, el proyecto buscaba la modificación de un tipo penal, la creación de uno nuevo y la agravación de resultados para la conducta señalada.

²³³ Proyecto de Ley 119 de 2013, que buscaba establecer y regular sanciones en materia ambiental, útiles para determinar si una conducta corresponde con el delito de daños en recursos naturales.

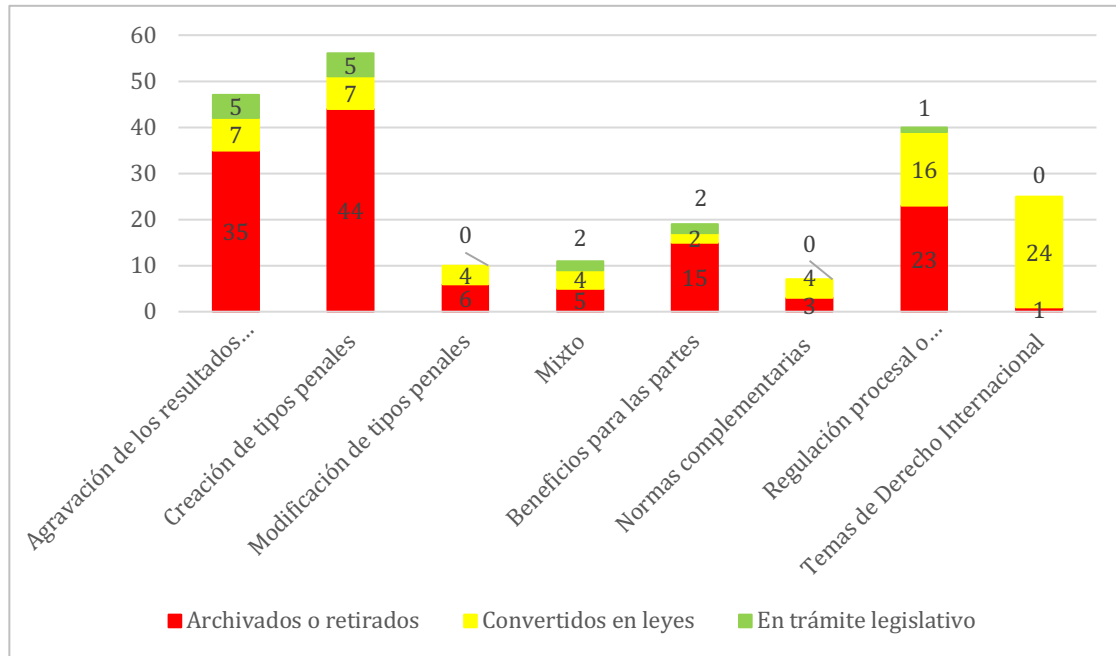
²³⁴ Proyecto de Ley 254 de 2008, que buscaba establecer libertad provisional para mujeres cabeza de familia; Proyecto de Ley 093 de 2019, todavía en trámite, que busca que a las mujeres cabeza de familia condenadas por ciertos delitos se les pueda sustituir la pena privativa de la libertad por prestación de servicios de utilidad pública no remunerada.

se encontró mayor información o no fue posible clasificar por falta de claridad. Además, estos proyectos también se discriminaron entre los que fueron archivados o retirados, los que generaron la creación de una ley y los que para el 6 de marzo de 2020 se encontraban todavía en trámite legislativo, tal como se ilustra en la tabla 3.1 y en la figura 3.1:

Tabla 3.1: Clasificación de los proyectos de ley en materia penal presentados entre 1992 y mayo de 2020.

Tipo de proyecto de ley	Archivados o retirados	Convertidos en leyes	En trámite legislativo	Total
Agravación de los resultados para la conducta punible	35	7	5	47
Creación de tipos penales	44	7	5	56
Modificación de tipos penales	6	4	0	10
Mixto	5	4	2	11
Beneficios para las partes	15	2	2	19
Normas complementarias	3	4	0	7
Regulación procesal o procedimental	23	16	1	40
Temas de derecho internacional	1	24	0	25
No hay información	-	-	-	19
Total	132	68	15	234

Fuente: Realización propia a partir de los datos proporcionados por el Congreso de la República.

Figura 3.1: Destino de los proyectos de ley en materia penal presentados entre 1992 y mayo de 2020.

Fuente: Realización propia a partir de los datos proporcionados por el Congreso de la República.

A partir de esta información se pueden extraer varias conclusiones, como que el número de proyectos de ley presentados con ánimo de un mayor castigo para quienes sean condenados es muy alta, es decir, en lo que se refiere a la modificación de tipos penales, todos los proyectos revisados buscaban ampliar el margen de acción de los delitos, lo cual, sumado a las categorías de agravación de resultados, creación de tipos penales y mixta, configura un gran grupo de proyectos cuyo objetivo es la generación de mayores perjuicios, a una mayor cantidad de personas, por un rango más amplio de conductas determinadas como delitos. Así, en este periodo de 28 años se han presentado 124 proyectos de ley con este objetivo, mientras que solo se han presentado 19 con el ánimo de generar beneficios para las partes del proceso²³⁵.

²³⁵ Esta conclusión puede ilustrarse con los 8 proyectos de ley presentados desde 2008 con el objetivo de tipificar como delito el porte de armas blancas, y en cuyas exposiciones de motivos se muestra que, desde el punto de vista del Congreso, esto ayudaría a reducir el número de hurtos en el país (CRC, Proyecto de Ley 231 de 2007; Proyecto de Ley 240 de 2008; Proyecto de Ley 077 de 2010; Proyecto de Ley 133 de 2010; Proyecto de Ley 172 de 2012; Proyecto de Ley 204 de 2012; Proyecto de Ley 033 de 2013; Proyecto de Ley 176 de 2019). Por otra parte, entre los proyectos que tenían como propósito generar beneficios para las partes en el proceso, se considera importante mencionar los cuatro proyectos de ley presentados desde 2018 con el objetivo de establecer medidas para un tratamiento penal diferenciado, transitorio y condicionado para cultivadores de plantaciones ilícitas en pequeña escala, ya que estos sí muestran atisbos de política criminal para el tratamiento de los cultivos ilícitos (CRC, Proyecto de Ley 065 de 2018; Proyecto de Ley 104 de 2018;

Esto refleja una marcada cultura punitivista por parte de la legislación colombiana²³⁶, además de que, al revisar los proyectos de ley incluidos en ese gran grupo, muchos de ellos expresaron en la exposición de motivos que el objetivo de la futura ley era proteger a la comunidad²³⁷, lo que evidencia la convicción de que la manera de hacer esto es convirtiendo más conductas en delitos e imponiendo castigos más severos; todo lo contrario a los principios de un sistema penal bajo un modelo de Estado social de derecho, que debe preocuparse más por la aplicación de una justicia restaurativa²³⁸ que por una orientada al incremento de penas.

Obsérvese además que la mayoría de estos proyectos se archivan o se retiran, de modo que de los 234 proyectos considerados desde 1992, solo 68 se convirtieron en leyes, siendo 40 de ellas referidas a temas exclusivamente procesales o de derecho internacional. Así que, como tal, en temas de política criminal solo se han expedido 28 leyes, y solo 2 de ellas con miras a generar garantías

Proyecto de Ley 197 de 2018; Proyecto de Ley 039 de 2019); valga aclarar que el último de estos proyectos referenciados, para el momento de redacción de esta tesis, se encuentra todavía en debate.

²³⁶ Como apoyo de esta afirmación se pueden citar los 14 proyectos de ley presentados desde 1992 encaminados a aumentar las penas o agregar penas accesorias, como la castración química, para delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (CRC, Proyecto de Ley 002 de 1995; Proyecto de Ley 145 de 2004; Proyecto de Ley 183 de 2004; Proyecto de Ley 008 de 2005; Proyecto de Ley 037 de 2005; Proyecto de Ley 214 de 2005; Proyecto de Ley 025 de 2006; Proyecto de Ley 022 de 2008; Proyecto de Ley 024 de 2008; Proyecto de Ley 115 de 2012; Proyecto de Ley 200 de 2016; Proyecto de Ley 195 de 2018; Proyecto de Ley 029 de 2019; Proyecto de Ley 105 de 2019); tema que hoy sigue en discusión con proyectos como la cadena perpetua (Reyes Alvarado, 2019), o incluso la pena de muerte (El Tiempo, 2020b).

²³⁷ Como ejemplo puede citarse el Proyecto de Ley 200 de 2016, sobre castración química a personas condenadas por acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en cuya exposición de motivos se expresaba que la idea con esta medida era velar por la convivencia ciudadana, fortalecer la salud pública, agilizar y efectivizar la justicia.

²³⁸ Al respecto valga señalar, por ejemplo, cómo la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), a partir de la firma de los Acuerdos de Paz de La Habana, se planteó como objetivo una justicia restaurativa orientada a satisfacer principalmente los derechos de las *víctimas* a la verdad, la justicia y la reparación, con garantías de no repetición de los hechos, en su afán de aportar para el país en la construcción de una paz estable y duradera. Desde esa perspectiva, la misión de la justicia restaurativa se enfoca sobre todo en “administrar justicia para consolidar la transición hacia la paz y restaurar el tejido social, garantizando los derechos de las víctimas y la seguridad jurídica de los comparecientes, con enfoque territorial, diferencial y de género” (JEP, s.f.).

para las partes²³⁹, en tanto que 22 fueron creadas con el objetivo de generar mayores perjuicios²⁴⁰ para los condenados por un delito²⁴¹.

A lo anterior se añade que, de los 15 proyectos en materia penal que se encuentran hoy en día en trámite legislativo, 12 mantienen este objetivo punitivista y tan solo 2 pretenden beneficios para las partes²⁴².

Se concluye que el mayor trabajo en materia de política criminal ha sido a través de expedición de normas específicamente punitivas, por lo que se hace necesario en este punto reflexionar si esto ha sido suficiente hasta el momento en el Estado social de derecho colombiano.

3.5. Funcionamiento de la política criminal en Colombia, a la luz del Sistema Penal Acusatorio

En este apartado se realiza un análisis del funcionamiento de la política criminal en Colombia a la luz del Sistema Penal Acusatorio, desde sus órganos, composición y funciones, para lo cual se empieza por revisar los inicios de la intervención de los actores de la política criminal y su aplicación en el proceso penal.

La labor de los órganos del Sistema Penal Acusatorio, su composición y sus funciones se encuentran en estrecha relación con los componentes del Consejo Superior de Política Criminal²⁴³,

²³⁹ Al respecto, la Ley 1652 de 2013 creó un procedimiento especial para practicar las entrevistas y testimonios de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la integridad sexual.

²⁴⁰ Como muestra, la Ley 1326 de 2009 agregó circunstancias de agravación punitiva al homicidio culposo, mientras que la Ley 1696 de 2013 introdujo la conducción en estado de embriaguez como una circunstancia de agravación punitiva para el homicidio culposo.

²⁴¹ Los datos recabados evidencian que no existe al interior del Congreso de la República un control de los proyectos que se manejan en pro de la política criminal de Colombia, toda vez que esta corporación no resulta competente para determinar cuáles han sido los cambios relevantes en dicha materia a partir de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, dada su función estrictamente legislativa.

²⁴² Por ejemplo, el Proyecto de Ley 039 de 2019 pretende establecer los requisitos y las condiciones para acceder a un tratamiento penal diferenciado, transitorio y condicionado para los cultivadores de plantaciones ilícitas en pequeña escala. Por otra parte, como ya se mencionó, el Proyecto de Ley 093 de 2019 busca que las mujeres cabeza de familia condenadas por ciertos delitos se les pueda sustituir la pena privativa de la libertad por prestación de servicios de utilidad pública no remunerada.

²⁴³ Este organismo está conformado por los siguientes miembros: Ministerio de Justicia, Ministerio de Educación, Departamento Nacional de Planeación, Departamento Nacional de Inteligencia, Instituto Nacional

organismo colegiado que elabora y publica conceptos no vinculantes propios²⁴⁴ sobre temas de materia penal que se discuten en el Congreso de la República, así como documentos de diagnóstico, lineamientos de política y otros informes, además de que posee un observatorio permanente.

La Ley 65 de 1993 especifica que entre las funciones de este consejo se encuentran las asesorías dadas al Gobierno nacional, la aprobación del Plan Nacional de Política Criminal²⁴⁵ y la presentación de un concepto previo no vinculante sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo que incidan en la misma y en el funcionamiento del sistema de justicia penal, y que cursen trámite en el Congreso de la República.

A partir de lo anterior se desprenden dos instancias técnicas: la Comisión Asesora de Política Criminal, conformada por diez académicos de reconocida idoneidad y experiencia, cuyo fin es generar insumos y evidencia empírica para la toma de decisiones respecto a la política criminal, mediante estudios, investigaciones, diagnósticos y recomendaciones en las diferentes fases del ciclo de política; y el Comité Técnico, instancia generadora de insumos para fortalecer los conceptos del Consejo, que también realiza un trabajo más estructural en la identificación de otro tipo de herramientas que permitan decisiones basadas en evidencia (CSPC, 2018).

Respecto a los lineamientos de política, la Comisión Asesora presentó en 2012 un *Diagnóstico y propuesta de lineamientos*, en tanto el mismo Consejo presentó a su vez unos *Lineamientos de política criminal* en 2018, a partir de los cuales se puede colegir la necesidad de principios rectores que permitan una aplicación eficiente de la misma²⁴⁶, respecto a temas como: proporcionalidad, en

Penitenciario y Carcelario, Fiscalía General de la Nación, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura, Policía Nacional, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Gobierno de Colombia, y todos sus ministerios, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, Superintendencia de Notariado y Registro y la Agencia Nacional de Defensoría Jurídica del Estado. Su normatividad viene dada por la Ley 65 de 1993 y al Decreto 2055 de 2014.

²⁴⁴ Los conceptos elaborados por el CSPC se encuentran elaborados desde 2014 a 2020, para distintos proyectos de ley, entre otros de rebajas de penas, reestructuración de justicia, penas privativas de libertad, y adiciones al código penal. Al respecto, se puede consultar el link:

<http://www.politicacriminal.gov.co/Instancias/Consejo-Superior-de-Pol%C3%ADtica-Criminal/Qu%C3%A9-es-el-CSPC>

²⁴⁵ El Plan más reciente corresponde a un documento de 2017, disponible en:

<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Anexos/Presidencia/8%20Plan%20de%20acci%C3%B3n%20Plan%20Nacional%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf?ver=2017-01-17-102658-920>

²⁴⁶ En relación a esto, las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, como refrendación de lo expuesto inicialmente en la sentencia T-153 de 1998, apuntaron a la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario, a partir de lo cual la misma Corte pasó entonces a caracterizar a la

el sentido de que la política debe ser adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto; coherencia sobre una sola política pública para combatir las conductas punibles, protegiendo los intereses del aparato estatal y los derechos fundamentales de las personas; previsibilidad respecto a las consecuencias que esto genera dentro y fuera del sistema de justicia; exclusión de manifestaciones de derecho meramente simbólicas; recurso a la evidencia empírica, conforme a su necesidad y consecuencias; respeto a la seguridad jurídica, evitando cambios abruptos e injustificados que afecten al sistema penal; coordinación de metas con otros órganos estatales; respeto de derechos fundamentales, teniendo en cuenta el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes; y, finalmente, los parámetros de prevención, como mecanismos para evitar la comisión de delitos, “dentro de los cuáles se deben priorizar aquellos que estén dirigidos a la disminución de la reincidencia, fomentando el tratamiento penitenciario y la reinserción del pospenado” (CSPC, 2018, p. 4).

Por último, se señala que la función del Observatorio es que:

[...] sirva de sustento técnico y logre fortalecer institucionalmente la labor de Ministerio de Justicia en el quehacer de una política pública criminal integral, al tiempo que permita orientar a las instituciones que intervienen en esta, en las respuestas oportunas a los problemas de la criminalidad y el seguimiento y evaluación de la política. (CSPC, s.f.)

Para el logro de estos objetivos se maneja un sistema de información para la política criminal, donde se encuentran cifras del Ministerio de Justicia y del Derecho, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Rama Judicial, Senado de la Republica e Inpec, entre otros.

La participación de todas estas entidades resulta fundamental en la formulación los lineamientos de política criminal en Colombia, aunque es necesario reconocer que los resultados presentados en la práctica resultan muchas veces más formales que eficaces²⁴⁷, dadas las constantes noticias de

política criminal colombiana como reactiva y sin fundamentación empírica, tendiente al endurecimiento punitivo, irreflexiva, inestable, inconsciente, volátil y subordinada a las políticas de seguridad.

²⁴⁷ Las críticas que se hacen al Consejo Superior de Política Criminal vienen de múltiples sectores: así, en febrero de 2017 se presentaron diferencias de criterios entre el fiscal Néstor H. Martínez y el ministro de Justicia, Jorge Londoño, ante lo cual un senador de la Comisión Primera manifestó:

Es claro que se trata de temas de fondo y no de simples divergencias de criterios o de énfasis. Queda en evidencia que el Consejo Superior de Política Criminal, que es donde Fiscalía y Gobierno deberían

crímenes y violencia que se presentan. Sin embargo, se puede reconocer que estos organismos han intervenido en el desarrollo del Sistema Penal Acusatorio para el logro de resultados positivos, lo cual se ve reflejado en los informes y trabajos investigativos sobre el funcionamiento de dicho sistema, entre otros, por parte de la Corporación Excelencia en la Justicia, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia.

Del informe de la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ, 2014) se encuentra que, en la primera década del Sistema Penal Acusatorio²⁴⁸, este recibió muchas críticas, entre otras por la confusión de la oralidad con la sola lectura de documentos y dictados al juez, la poca aplicación del principio de oportunidad, las restricciones a beneficios por aceptación de cargos, impuestas por normas posteriores a la Ley 906, y la falta de estrategias coherentes de investigación.

Antes que corregirse estas situaciones perjudiciales para el Sistema, lo que ha venido sucediendo es la adopción de medidas que han detenido su efectividad, tales como la tipificación de nuevos delitos o el impedimento para que se pueda terminar anticipadamente el proceso. Esto genera acumulación de investigaciones y congestión judicial, lo cual, según el estudio mencionado, podría ser resuelto a partir de estrategias como la aplicación mejoras tecnológicas que impidan el cruce de audiencias públicas, la reglamentación de la mediación penal —para que se pueda hacer una correcta aplicación de esta figura—, o el fortalecimiento de la capacitación del juez penal como director del proceso, idea central de esta investigación.

discutir sus diferencias y buscar consensos en la materia, es una instancia de papel que no tiene ninguna funcionalidad práctica. (El Nuevo Siglo, 2017)

Del mismo modo, cuando Néstor H. Martínez fue ministro del Interior, en 1999, manifestó que el Consejo enviaba mensajes equivocados a la sociedad, sobre todo cuando se daba casa por cárcel, resumiéndolo en la frase “delinca y váyase a su casa”. Además anotó:

Colombia no va a poder ser afortunada en la solución de sus altas tasas de criminalidad si no mira este tema con una visión de conjunto. La política criminal está ausente de la vida nacional. Es de recordar que el Consejo Superior de Política Criminal lo integran el procurador, el fiscal general y el ministro de Justicia, entre otros funcionarios. (Redacción El Tiempo, 1999)

Esto da a entender que, pese a que en el Consejo toman asiento varias instancias, pareciera que no existe coherencia o un trabajo realmente integrador que opere en atención a la creación de una verdadera política criminal para el país.

²⁴⁸ Estudio desarrollado en tres momentos, correspondientes a los primeros cinco años del Sistema, y posteriormente a los años 2010-2011 y 2012-2014.

En el mismo informe, la Corporación Excelencia en la Justicia señaló cómo, a esa fecha, la Fiscalía General de la Nación seguía con inventarios cercanos al millón y medio de noticias criminales, con indicadores que empeoraban día a día, dada la reducción en el número de sentencias y el aumento de absoluciones²⁴⁹, indicadores de un déficit en las investigaciones desarrolladas. En tal escenario, el principio de oportunidad no alcanzó a ser el 1 % de las salidas del sistema, mientras que el aplazamiento de audiencias llegó en ocasiones a superar el 50 %.

Respecto al tema de garantías, tampoco los resultados fueron los mejores, pues lo que más se destaca es el alto nivel de hacinamiento carcelario, el cual:

[...] aunque logró reducirse en cuatro puntos luego de la entrada en vigencia de la reforma al sistema penitenciario y carcelario, aún alcanza niveles del 53.6 %. Así mismo, algunos actores identifican una flexibilización en el principio de prevalencia de la libertad, lo que ha derivado en una argumentación menos estricta en la solicitud de medidas de aseguramiento y su aceptación por parte de los jueces de garantías. (CEJ, 2014, p. 62).

También resalta este estudio la importancia de los esfuerzos realizados en materia de reestructuraciones a la Fiscalía General de la Nación, destacando la creación de la Dirección Nacional del Sistema Penal Acusatorio, de la Articulación Interinstitucional en Materia Penal, encargada de la coordinación interna y el impulso de la articulación interinstitucional del sistema, y de una universidad para la formación de funcionarios, si bien este último proyecto no tuvo mayor resultado debido a problemas en su implementación.

Finalmente, el informe concluye que:

Es hora de emprender los grandes cambios que necesita la reforma, cuyo estado actual no es responsabilidad de una entidad ni de una administración, sino de la suma de varios años de desatención y desarticulación para la solución de los problemas identificados. Ahora, en un estado que puede considerarse crítico, es el momento de que tanto las cabezas de las entidades de todas las Ramas del Poder, así como los funcionarios de sus diferentes niveles

²⁴⁹ Pese a que este documento data de 2014, la situación de aumento en la tasa de absoluciones persiste hasta la actualidad, según puede constatarse en el más reciente informe de Fiscalía de 2020, que será abordado en el capítulo 4.

asuman como suyo el compromiso de sacar este sistema adelante, pues de él depende en buena parte la confianza de los ciudadanos en la justicia y la posibilidad de alcanzar una paz duradera. (CEJ, 2014, p. 63)

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación viene presentando informes anuales de su accionar en el marco del Sistema Penal Acusatorio desde 2005. En el primero de ellos (FGN, 2005-2006) se señala que para dicho periodo los primeros distritos judiciales que iniciaron el proceso gradual de implementación del Sistema fueron las direcciones seccionales de Bogotá, Manizales, Armenia y Pereira. Entre los resultados obtenidos desde el 1 de agosto de 2005 al 30 de mayo de 2006 se destaca cómo en materia de noticias criminales, querellas recibidas, escritos de acusación, conciliación pre procesal, capturas y audiencias de aceptación de cargos, las Direcciones Seccionales de Fiscalía que compusieron la fase I tuvieron un desarrollo relativamente equilibrado en sus ingresos, con una mayor concentración de actividad procesal en la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, a la cual le correspondieron en las diferentes variables proporciones que superaron el 50 % del total.

En el siguiente informe (FGN, 2007-2008) se señalaron resultados en torno al afianzamiento de la oralidad, lo cual le significó a la entidad una significativa reestructuración, resaltando que dicho cambio implicó además una capacitación integral de los fiscales en el tema, para adaptarlos a las nuevas disposiciones. También resulta sobresaliente la reducción en los tiempos procesales²⁵⁰, así como la celeridad que se le imprimió a la justicia, disminuyendo de este modo los niveles de impunidad en la justicia.

La Fiscalía concluye en el referido informe cómo la implementación del Sistema Penal Acusatorio

²⁵⁰ Especifica el mencionado informe que:

Con base en una muestra de casos resueltos de 30 138 de homicidios y 37 778 de tráfico de estupefacientes, tramitados bajo Ley 600 de 2000, y de 3032 de homicidios y 6083 de tráfico de estupefacientes tramitados bajo Ley 906 de 2004, obtenidos de la información registrada en los sistemas misionales SIJUF (Sistema de Información Judicial de la Fiscalía Ley 600) y SPOA, y con base en los tiempos transcurridos desde la fecha de conocimiento de los casos por la Fiscalía (fecha de registro o fecha de denuncia) hasta la fecha de la resolución de acusación o del escrito de acusación, según el sistema penal aplicable, se realizó el cálculo de los días corridos entre estos dos eventos, obteniendo que los tiempos promedio para resolver un caso de homicidio en Ley 600 de 2000 eran de 462 días, y por tráfico de estupefacientes eran de 329 días. De la misma manera, con respecto a los casos tramitados bajo Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio) se obtuvo que el promedio para resolver un caso de homicidio es de 111 días y por tráfico de estupefacientes es de 33 días. (FGN, 2007-2008, p. 40)

conllevó la flexibilización de los esquemas procesales, contemplando entre las nuevas figuras complejas de justicia negociada los acuerdos, preacuerdos y principio de oportunidad. Se modernizaron además las gestiones judiciales soportadas en componentes tecnológicos y de comunicación, lo que plantea para este nuevo sistema una diferencia sustancial respecto al anterior, en la medida en que la tecnología constituye un componente articulador de todo proceso, soportado en recursos informáticos.

Por otra parte, el Sistema Penal Acusatorio mejoró en un alto grado la percepción ciudadana respecto de la Fiscalía, por lo cual se continúa con el fortalecimiento de los modelos de atención a la ciudadanía, tales como las Salas de Atención al Usuario (SAU) y las Casas de Justicia. En una línea similar, entre los logros significativos atribuibles a las audiencias de conciliación se encuentra que, en promedio, un 35 % de las querellas fueran resueltas mediante esta figura. Se refiere por otra parte una gran cantidad de sentencias proferidas en hechos sucedidos en el mismo periodo por delitos de alta incidencia, en tanto el mecanismo de aceptación de cargos es el que ha permitido que los procesos terminen anticipadamente, según principios de economía procesal y de ahorro en recursos.

Un efecto positivo adicional tiene que ver con la logística implicada en el Sistema Penal Acusatorio, puesto que involucra una estructura de gestión sólida y de permanente retroalimentación, a diferencia del sistema penal tradicional. Con la nueva ley se hizo necesaria la articulación interinstitucional con los organismos de Policía Judicial, parte del éxito mismo del Sistema. También implicó la implementación en las Direcciones Seccionales de Fiscalías y en las Unidades Nacionales de los Comités Técnicos Jurídicos de una metodología de reuniones permanentes entre fiscales coordinadores, para precisar las dinámicas al interior de cada unidad, estableciendo elementos fácticos respecto al rendimiento de los fiscales, el grado de compromiso de estos frente al conjunto de deberes estipulados, su actuación en el ejercicio de sus funciones, los controles que se ejercen sobre las intervenciones de los mismos en las audiencias, las dificultades que se advierten en cada unidad, entre otros aspectos.

En lo que respecta a la Policía Judicial, el informe señaló el trabajo hecho para lograr un reparto equilibrado de los funcionarios de la DIJIN-SIJIN, DAS y CTI, de modo que se aumente el número de investigadores y peritos de acuerdo a las necesidades del servicio (FGN, 2007-2008).

Prosiguiendo, en relación a los años 2008 a 2009, el informe de este periodo (FGN, 2008-2009)

señaló los resultados especiales del Sistema Acusatorio en las seccionales donde se implementó, destacando el fortalecimiento de los modelos de atención en las URI, SAU y Casas de Justicia, entre otras, en donde se desarrolló un programa de humanización del servicio de justicia para consolidar un proceso de transformación de la cultura organizacional que reconozca y valore los aspectos subjetivos, históricos y socioculturales de los funcionarios que laboran allí. Por otra parte se logró fortalecer, con el apoyo de la Escuela de Estudios e Investigación Criminalística y Ciencias Forenses y del programa OPDAT (*Overseas Prosecutorial Development, Assistance and Training*), la capacitación de fiscales, Policía Judicial y demás funcionarios de la entidad para el desarrollo de esta fase.

Entre los resultados más notorios de gestión para ese año se reseñó la presentación, en las audiencias ante los jueces de conocimiento, de un total de 114 000 escritos de acusación, con 79 000 sentencias condenatorias, de las cuales la mayoría correspondió a formas de terminación anticipada del proceso, por allanamiento a cargos o preacuerdos, como una muestra relevante de los buenos fines, propósitos y bondades del nuevo sistema para realizar el principio de la pronta y cumplida administración de justicia.

Adicionalmente, el informe resaltó la participación proactiva de las instituciones a las que, directa o indirectamente, la Ley 906 de 2004 les asignó responsabilidades específicas, tales como el Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría, la Defensoría, la Policía Nacional y los distintos organismos de Policía Judicial.

En la revisión correspondiente al periodo 2009-2010, la Fiscalía (FGN, 2009-2010) hizo énfasis en el funcionamiento de las Salas de Atención al Usuario, las Unidades de Reacción Inmediata, los Centros de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar y los Centros de Atención Integral a Víctimas de Delitos Sexuales, con los cuales se pretendió:

[...] lograr la optimización en la prestación del servicio a partir del mejoramiento de los procedimientos establecidos en estos modelos de gestión, logrando un acercamiento de la justicia a la comunidad. Es así como continuamente y mediante mesas de trabajo con los diferentes fiscales adscritos a dichos modelos de las Direcciones Seccionales de Fiscalías se ajustan los procedimientos al Sistema de Gestión de Calidad, conforme a los requerimientos que se presentan en la atención a los usuarios, para que se ajusten no solo al Sistema de Gestión de la Calidad, sino también en la atención prioritaria a la víctima. (FGN, 2009-2010,

p. 44)

Finalmente, interesa reseñar la gestión del año 2011 (FGN, 2011), en la cual se hizo énfasis en la participación de los peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal en las audiencias de juicio oral, sobre las cuales se hizo un control de seguimiento. Entre los resultados obtenidos a partir de este ejercicio se resalta que, en ese mismo año, el Instituto recibió 7054 citaciones para estas audiencias, de las cuales se realizaron 1810, es decir, 26 % del total, mientras que se cancelaron 2089 audiencias (30 %) y se aplazaron 953 (14 %) del total de citaciones recibidas.

Tales citaciones a audiencias de juicio oral se relacionaron en su mayoría con los servicios de clínica forense, con 4231 casos (60 % del total), patología con 1103 (16 %) y psiquiatría con 550 (8 %); los casos restantes se relacionaron con citaciones a los peritos de los laboratorios forenses. Por otra parte, la mayor representación se dio en las áreas de biología (356 casos) y genética (167 citaciones), que abarcaron el 44 % del total de casos (FGN, 2011).

Ahora bien, en lo que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, resaltamos particularmente el informe al Congreso de la República para el periodo 2009-2010, en el cual se pone de presente cómo en los cinco primeros años del Sistema Penal Acusatorio se logró cobertura en todos los despachos judiciales del país, siendo condenadas 4442 personas en 2005, 11 982 en 2006, 31 515 en 2007, 38 385 en 2008 y 43 328 en 2009, lo cual suma para el mencionado periodo un total de 128 632 personas, bien sea en prisión intramuros, domiciliaria o incluso prófugos (Consejo Superior de la Judicatura, 2009-2010).

Este mismo informe señaló que, del total de condenados en 2009 (43 328 personas), 31 086 se allanaron a cargos, es decir el 73 %; 7113, hicieron preacuerdo con la Fiscalía, equivalentes al 17 % de la población total; mientras que 4129 (10 %) fueron condenados en juicio oral; de estos últimos, solo 2587 (6 %) fueron absueltos. Asimismo, de los 1881 despachos distribuidos en 32 distritos judiciales, 402 cumplían tareas exclusivas de control de garantías y conocimiento de Ley 906 de 2004, mientras que los restantes 1479 atendían conjuntamente casos de la Ley 906 de 2004 y la Ley 600 de 2000.

Con relación a los casos atendidos en el Sistema, el informe indicó que:

En el año 2005, primer año de implementación del sistema, se adelantaron 13 798 casos; para el 2006, la cifra se incrementó a 34 049, equivalente a un aumento del 147 %, teniendo presente que ya eran 11 los distritos judiciales incorporados. En el transcurso de 2007 se adelantaron 67 456 casos, con 19 distritos incorporados al sistema; frente al año anterior, el aumento fue de 98 %. Ya para el año 2008, el número de casos aumentó a 79 858, cuando el desarrollo del sistema estaba en los 32 distritos judiciales; con respecto al año anterior el incremento representó el 18 %. El último año de gestión del sistema reporta el 30.12 % de los casos, correspondiente a 84 127 procesos y el incremento con respecto al año 2008 fue de 5 %, lo que muestra la estabilidad que va adquiriendo el sistema (Consejo Superior de la Judicatura, 2009-2010, p. 137).

Y respecto a la evolución de las audiencias de control de garantías, se reportó el porcentaje de ellas discriminado por años, así: en 2005 se adelantó el 4.9 % de todas las audiencias en el periodo, en 2006 el 12.2 %, en 2007 el 24.1 %, en 2008 el 28.5% y en 2009 el 30.4 %. Esto significa que, en el periodo considerado, el 39.86 % de todas las audiencias se realizó en los distritos judiciales incorporados en la fase I, desde enero de 2005; el 34.26 % lo fueron en aquellos integrados de la fase II, a partir de enero de 2006, correspondientes a 7 distritos; el 18.84 % se realizó en los distritos correspondientes a la fase III de 2007, establecida en la Ley 906 de 2004; mientras que los 13 distritos judiciales incorporados en 2008, en la fase IV del sistema, han realizado el 7.04 % restante.

En un informe adicional de 2012, presentado por el mismo Consejo, las características del Sistema Penal Acusatorio se resumen en: oralidad; gratuidad; legalidad; diferenciación estricta de los responsables de la investigación, control de garantías y juzgamiento; publicidad; intermediación y celeridad; contradicción y controversia probatoria en el juicio; concentración; igualdad de oportunidades en un esquema adversarial; la figura del juez penal constitucional como garante de derechos y la aplicación del principio de oportunidad. A su vez, el Consejo señaló la implementación paulatina en todo el país del Sistema, entre los años 2005 a 2008, precisando el carácter incremental de la demanda de servicios a partir de lo recibido de parte de la Fiscalía General de la Nación (Consejo Superior de la Judicatura, 2012).

Para finalizar esta exposición, queremos resaltar los distintos aportes realizados por otras de las instituciones mencionadas más arriba, tales como los informes anuales de seguimiento a la política criminal y penitenciaria del Estado presentados por la Defensoría del Pueblo ante el Congreso de la Republica desde 1993, realizados a partir de su participación en los comités de los establecimientos

de reclusión en materia de derechos humanos y del seguimiento a políticas públicas para la realización de los mismos, así como por medio de investigaciones sobre derecho a la salud, vivienda digna y adecuada, educación, alimentación, trabajo y otros.

Por su parte, en la página web de la Procuraduría General de la Nación (www.procuraduria.gov.co/relatoria/consulta_sirel.page) se pueden encontrar diversas reflexiones en torno al nuevo sistema procesal, en las que se discute el tema de los grandes desafíos de la justicia penal colombiana y la intervención del ministerio público en el Sistema Penal Acusatorio, así como sobre las relaciones entre el mismo y los medios de comunicación, entre otros aspectos.

Respecto de la Corte Suprema de Justicia, si bien esta no cuenta con informes institucionales como tal, en el dominio web²⁵¹ de la Red Hemisférica de Cooperación Jurídica en Materia Penal de la OEA se expone una reseña sobre el Sistema, elaborada con apoyo de la Fiscalía General de la Nación. De la misma destacamos que:

El Sistema Acusatorio tiene fundamento constitucional en los artículos 29 y 250. El primero contempla el derecho de todo ciudadano a un proceso “público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”; el 250 dispone que 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 lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías. (OAS, 2004, p. 1)

La conclusión a la que se arriba luego de todo este análisis es que, si bien se han dado avances en materia de justicia, representativos en cifras, lo cierto es que la realidad social y cultural del país exige un mayor compromiso en la ejecución de la política pública criminal, en tanto no se ha

²⁵¹ Este y otros documentos se pueden consultar en:
<http://web.oas.org/mla/es/paginas/countries.aspx?ISO=COL>

logrado aún una articulación coherente que permita un real trabajo mancomunado de los organismos implicados de la aplicación de la misma dentro de la justicia penal colombiana. Se puede afirmar que ciertamente el Consejo Superior de Política Criminal funciona de manera formal, pero del mismo modo no es suficiente con la conformación de este órgano, la existencia de una comisión y un observatorio, y la publicación de algunos documentos para que este funcionamiento sea adecuado, si no se trabaja bajo la perspectiva común de la justicia como vía para dotar al juez penal de una nueva visión y mejores herramientas para realizar su trabajo. Así pues, una correcta valoración de la actual política criminal en Colombia se hace necesaria en función de lograr estos objetivos relacionados, tema del cual nos ocuparemos a continuación.

3.6. Estado actual de la política criminal en Colombia

Pasamos ahora a analizar el estado actual de la política criminal, a partir de cifras, líneas de acción formuladas y parámetros con los que operan las distintas entidades nombradas más abajo, a la luz de la política criminal vigente y su coherencia con la Constitución Nacional, a fin de tener un panorama amplio de valoración de la justicia penal en el país. Para el logro de este objetivo se parte de la información suministrada por varias entidades estatales, en respuesta a diversos derechos de petición solicitados en torno a distintos tópicos, así:

1. Del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, respecto a los datos solicitados formalmente por el Consejo Superior de Política Criminal para la construcción de líneas de acción, con las especificaciones sobre el contenido y características de dichas solicitudes, y sobre el número de jueces penales en el Distrito Judicial de Bogotá y en Cundinamarca.
2. Del Inpec, las cifras de personas privadas de la libertad para febrero de 2020, y el número de ellos en calidad de imputados o de condenados, así como los índices de aumento en la población carcelaria en Bogotá año a año, los nombres y cifras de los establecimientos carcelarios y penitenciarios que presentaban mayores índices de hacinamiento a nivel nacional, y el registro de casos de personas que, tras el cumplimiento de una parte de la pena o medida de aseguramiento, habían sido dejadas en libertad con la condición de cumplir con medidas de efectivización de derechos fundamentales.

3. De la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación y Corporación Excelencia en la Justicia, un informe conjunto que ilustrara el funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio para el periodo 2014-2019.

4. De la Fiscalía General de la Nación, las cifras el lustro 2014-2019 respecto a las distintas medidas de aseguramiento solicitadas e impuestas, cantidades de casos con acusación, procesos resueltos por mecanismos alternativos de justicia en Bogotá y número de fiscales en el mismo distrito judicial, así como un informe propio acerca del funcionamiento del Sistema Acusatorio en ese periodo y los datos solicitados formalmente por el Consejo Superior de Política Criminal para la definición de líneas de acción²⁵².

5. Finalmente, ante una petición de información respecto a la solicitud de datos por parte del Consejo Superior de Política Criminal en el periodo 2014-2019, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia remitió una respuesta en la que adujo que, por las condiciones actuales de la pandemia, no le era posible suministrar más detalles debido a su imposibilidad actual de acceder a los archivos de la institución.

A partir de esta información se realizó un análisis detallado para determinar la real coherencia de la política criminal en Colombia²⁵³ respecto al Estado social de derecho planteado en la Constitución. Este análisis se dividió en cinco apartados, enfocados en distintas etapas o desarrollos del proceso, que pasan a explicarse a continuación.

²⁵² Cabe señalar aquí que, en relación a dicha información, se presentaron adicionalmente sendos derechos de petición a la Procuraduría y al complejo judicial de Paloquemao; sin embargo, la primera remitió la respuesta a la misma Fiscalía, en tanto la respuesta al segundo nunca llegó, muestra clara del nivel de desarticulación existente entre estas distintas dependencias.

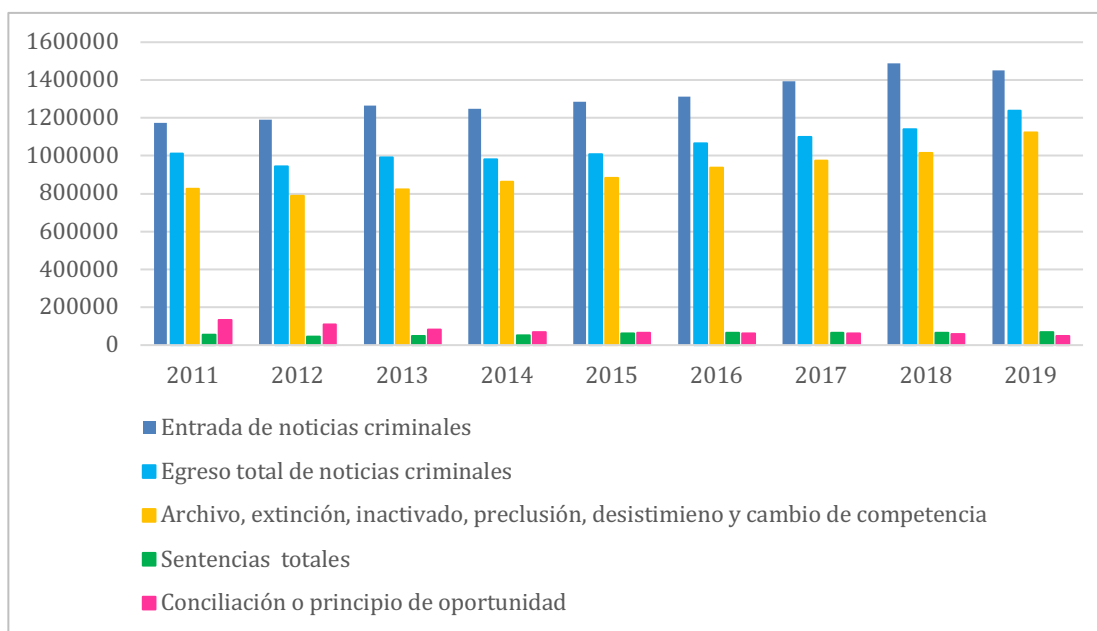
²⁵³ El Consejo Superior de Política Criminal (2018) explica así el concepto de coherencia:

La política criminal debe entenderse como una sola política pública, la cual congrega las respuestas adoptadas por el Estado para lidiar con las conductas reprochables y así proteger los intereses esenciales del Estado y los derechos fundamentales. Estas medidas pueden ser de diferente orden, como jurídicas, culturales, tecnológicas, educativas, entre otras. Por lo tanto, todas las medidas que afecten o modifiquen la política criminal deberán ser coherentes entre sí para evitar una desarticulación estructural del Estado. Debe tenerse especial cuidado con las modificaciones que se puedan afectar en el Sistema Penal para niños, niñas, y adolescentes. (p. 2)

3.6.1. Egreso de noticias criminales y formas de terminación de los procesos.

En relación a este tema se realizó un análisis cuantitativo de las noticias criminales que recibe la Fiscalía, comparadas con el egreso, año a año desde 2011 hasta 2019. Según datos publicados por la Corporación Excelencia en la Justicia, las noticias criminales que egresaron tuvieron diferentes destinos, agrupados para su análisis en tres grupos: (i) las que fueron archivadas o precluyeron, por extinción de la acción penal, desistimiento de la querrela, cambio de competencia o inactivación por acumulación a causa de conexidad procesal, esto es, los casos que no llegaron a ninguna conclusión por parte del sistema penal ordinario; (ii) las que concluyeron con una sentencia condenatoria o absoluta; y (iii) las que llegaron a término mediante aplicación de principio de oportunidad o por conciliación en caso de delitos querrelables, es decir, los casos resueltos sin necesidad de un juicio.

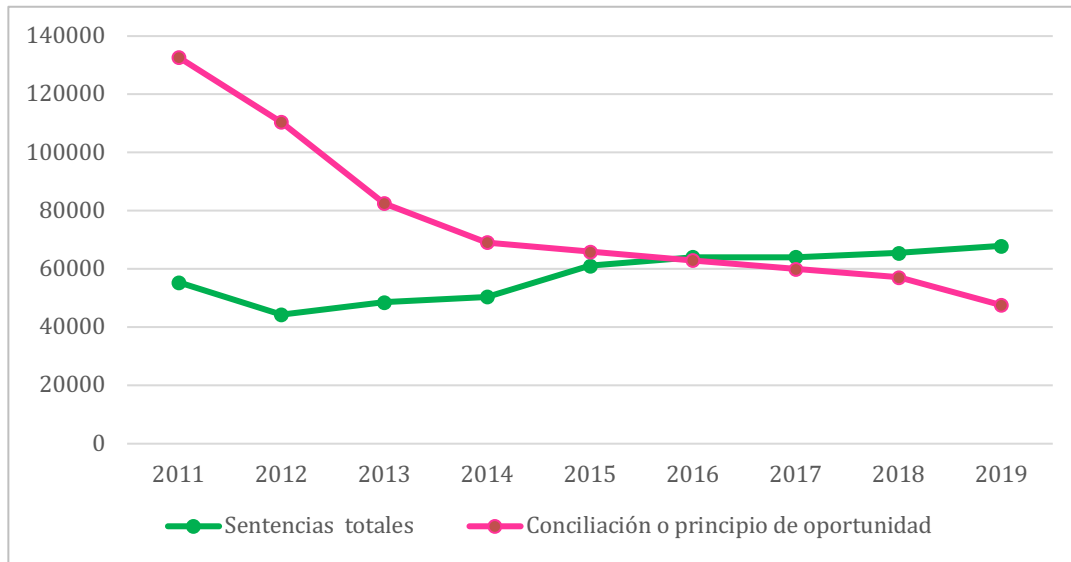
Figura 3.2: Entrada de noticias criminales vs. egreso y terminación, 2011-2019.



Fuente: Todas las figuras de esta sub-sección son de elaboración propia a partir de datos de la CEJ.

Como puede verse en la figura 3.2, en el periodo considerado se mantiene una tendencia mayoritaria de casos que conoce la Fiscalía, pero que no llegan a término alguno por parte de la jurisdicción penal ordinaria, mientras que los que culminan con sentencia, o por medio de conciliaciones o principios de oportunidad, son minoría.

Figura 3.3: Tendencia de casos resueltos mediante sentencia vs. casos llevados a término por principio de oportunidad o conciliación, 2011-2019.



A su vez, la figura 3.3 muestra que, entre 2011 y 2014, los casos resueltos por conciliación o principio de oportunidad superaban los llevados a término mediante sentencia, igualándose aproximadamente entre 2015 y 2017, e invirtiéndose la tendencia a partir de 2018. Esto implica un descenso en la utilización efectiva de estos mecanismos alternativos que, contrario a los juicios ordinarios, generan menor desgaste de la administración de justicia y pueden reportar mayores beneficios a los afectados por la conducta punible.

Figura 3.4: Tendencia de casos resueltos mediante sentencia, por conciliación y por principio de oportunidad, 2011-2019.

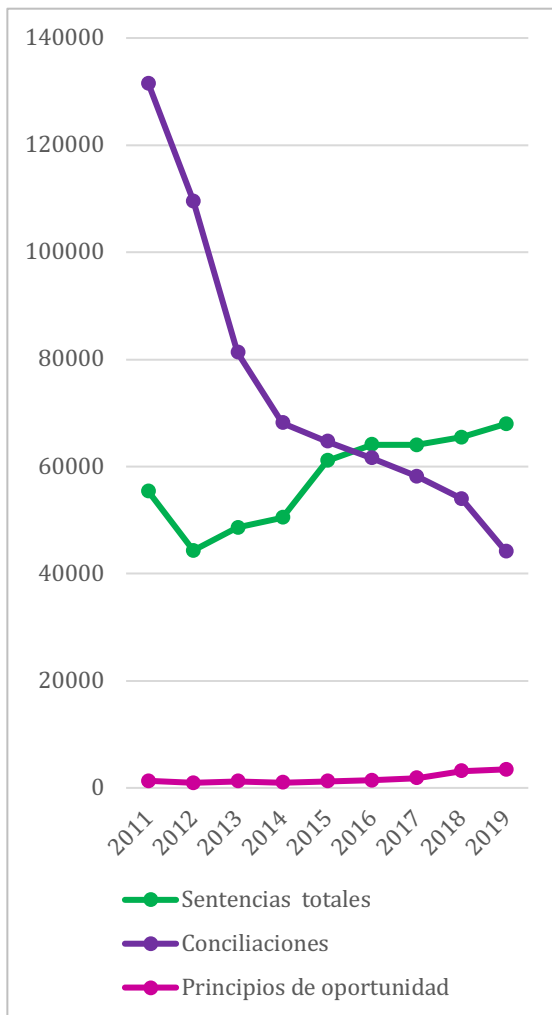
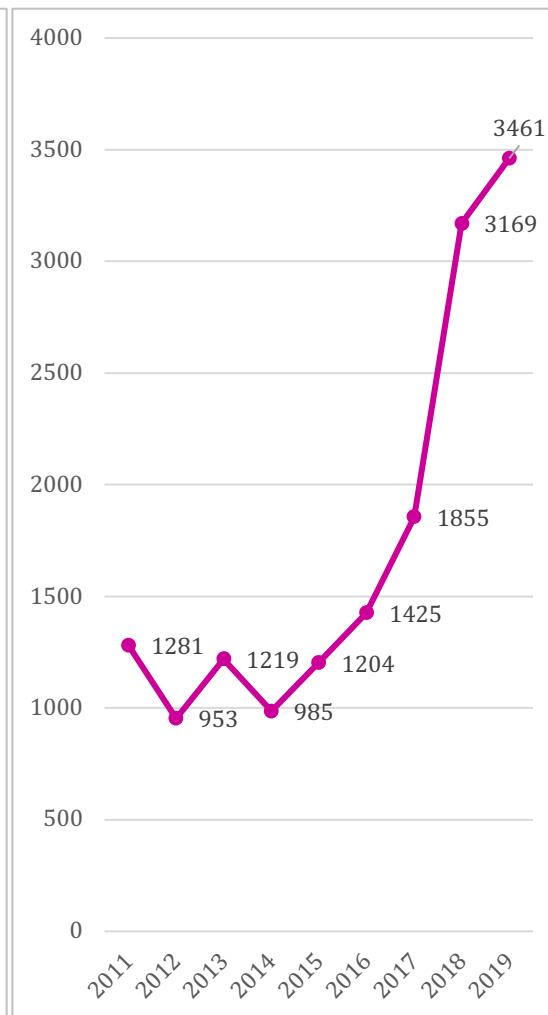


Figura 3.5: Tendencia de casos resueltos por principio de oportunidad, 2011-2019.



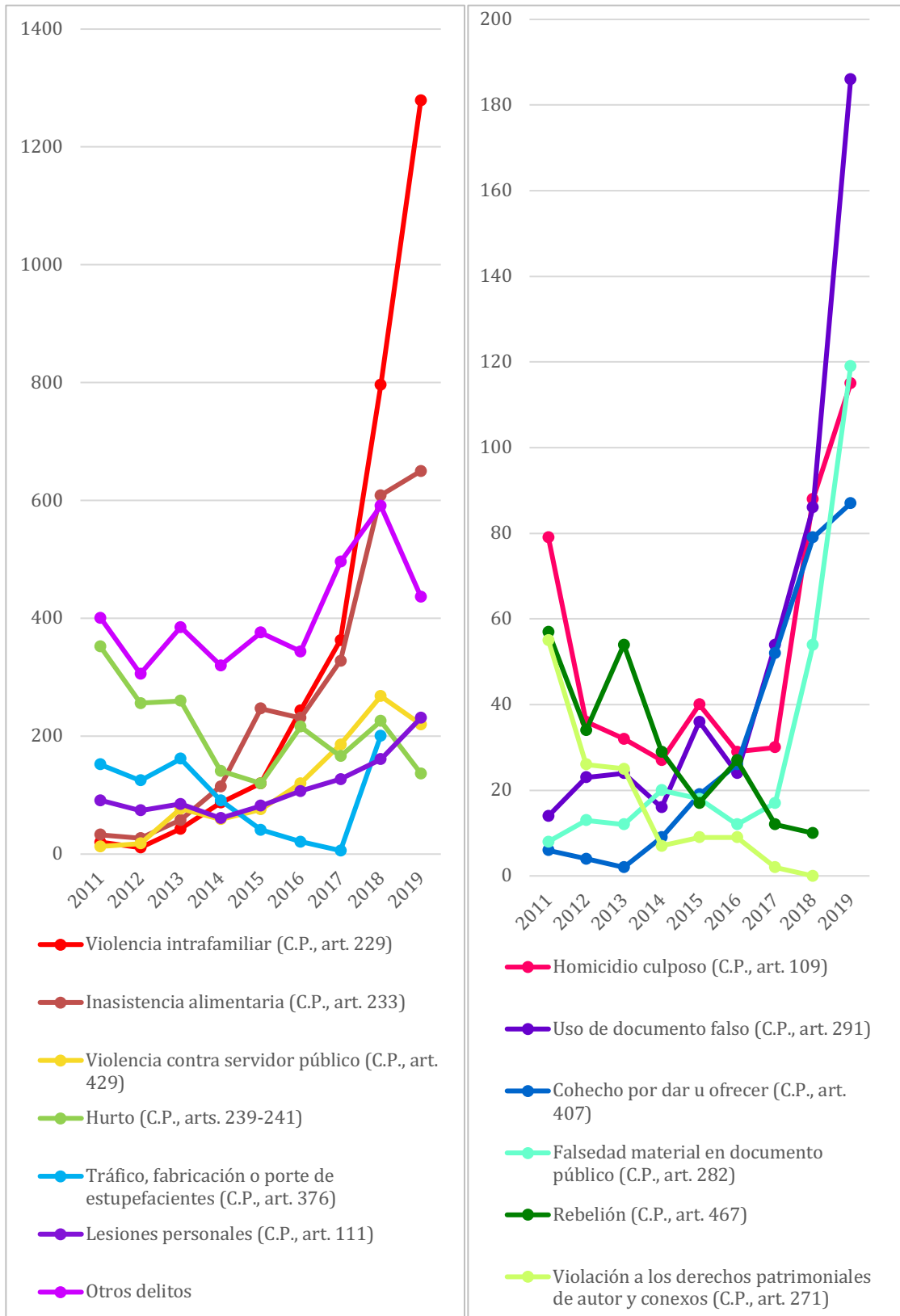
Sin embargo, en la figura 3.4 se desagregan los casos en los que hubo conciliación de los resueltos por principios de oportunidad para señalar que, si bien las conciliaciones presentaron un abrupto descenso en todo el periodo, los principios de oportunidad, a pesar de su número claramente inferior comparado con los otros dos mecanismos, presentan un notable crecimiento, evidenciado más claramente en la figura 3.5, donde se destaca el aumento importante en la utilización de este mecanismo a partir de 2014, cuando se reportaron 985 casos resueltos por principios de oportunidad, aumentando luego hasta alcanzar los 3461 casos en 2019.

De las anteriores gráficas se obtienen dos conclusiones: por un lado, ha habido una apreciable reducción en el recurso a las conciliaciones, pero por otro lado se constata un crecimiento en la

utilización de los principios de oportunidad, siendo esto último algo que va a favor de los objetivos del sistema penal en el Estado social de derecho.

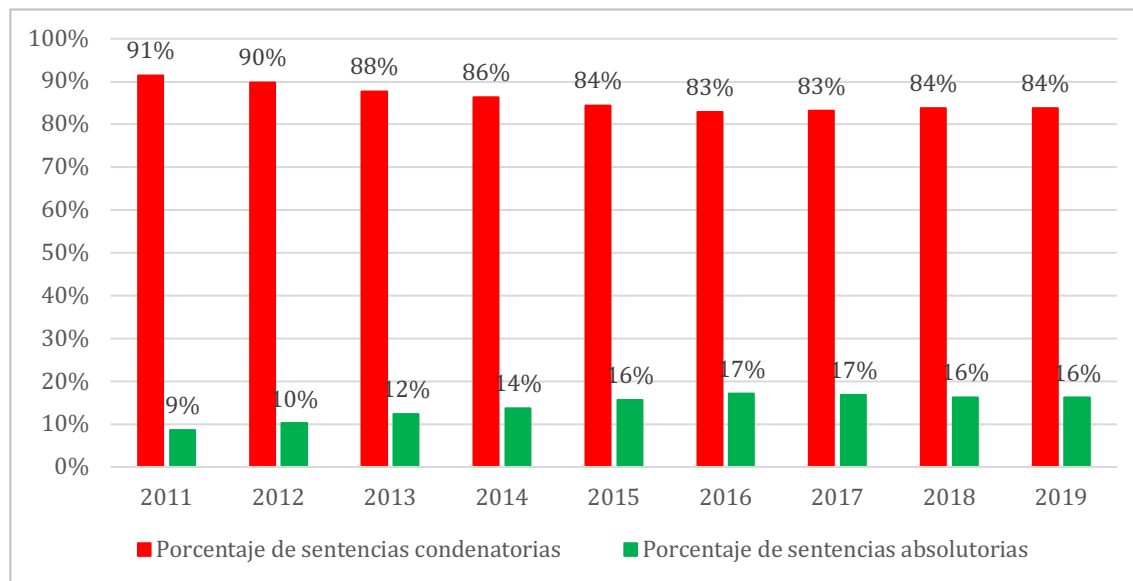
A nivel de detalle, en las figuras 3.6 y 3.7 se desagregan los casos resueltos por principios de oportunidad en relación a cada delito, desde 2011 hasta 2019, lo que revela el aumento del uso de este mecanismo en los delitos de violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria, lesiones personales, falsedad material en documento público, uso de documento falso y cohecho por dar y ofrecer; incluso para delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y homicidio culposo, se reportó un importante crecimiento desde 2017, a pesar de sus bajos números en los años anteriores. Sin embargo, en delitos como violación a los derechos patrimoniales de autor, rebelión y hurto, si bien no se presenta una tendencia muy clara, sí se evidencia una disminución, mientras que en la gráfica que representa otros delitos aparece una reducción en el uso del principio de oportunidad entre 2018 y 2019. En conclusión, a pesar que existe un uso relativamente eficiente de los principios de oportunidad para distintos delitos, hace falta aún un esfuerzo conjunto por parte de las organizaciones al frente de la política criminal en Colombia para consolidar una verdadera consideración de mecanismos como estos, que efectivizan prerrogativas fundamentales en los procesos, incidiendo en su eficacia en términos de tiempos y costas.

Figuras 3.6 y 3.7: Principios de oportunidad por delitos, 2011-2019.



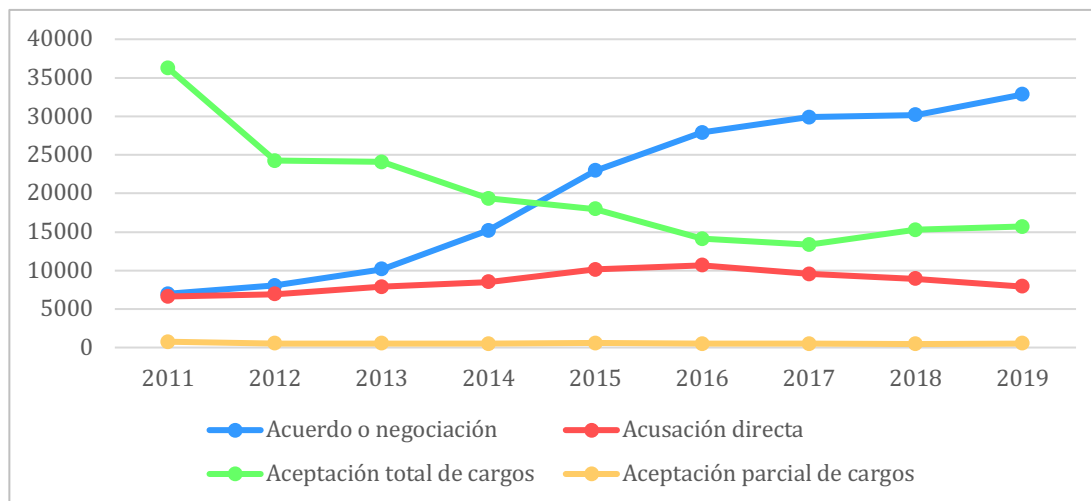
Ahora, en relación a los casos que se cierran mediante sentencia, la figura 3.8 muestra cómo las condenatorias superan con creces a las absolutorias en todos los años.

Figura 3.8: Porcentaje de sentencias condenatorias y absolutorias entre 2011 y 2019.



Pero lo relevante para este análisis es el modo en que se llegó a esas sentencias condenatorias, que, según los datos obtenidos, puede clasificarse en: (i) obtenidas por acuerdo o negociación con la Fiscalía; (ii) por aceptación total de cargos por parte de acusado; (iii) por aceptación parcial de cargos; y (iv) por acusación directa (figura 3.9).

Figura 3.9: Formas como se llegó a sentencia condenatoria entre 2011 y 2019.



Si bien estos dos últimos mecanismos evidencian un comportamiento relativamente constante, e inferior a las otras, la tendencia creciente de las sentencias por acuerdo o negociación con la Fiscalía contrasta aquí con el comportamiento inverso mostrado por aquellas donde hubo aceptación total de cargos, teniendo ambas su punto de encuentro hacia el año 2014, a partir del cual muestran un comportamiento divergente, pues mientras los acuerdos y negociaciones muestran una clara tendencia al alza, lo inverso sucede con las sentencias obtenidas por aceptación total de cargos, con un comportamiento más estable y con tendencia a la baja.

Se resalta de este modo un viso de cambio en la perspectiva del proceso penal acusatorio, dado que, según el Código de Procedimiento Penal, los acuerdos y negociaciones con la Fiscalía tienen como fin “humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados en el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso” (CPP, art. 348).

Ahora bien, la figura de allanamiento a cargos es también una forma de preacuerdo, y en ese sentido se orienta hacia los mismos fines, pero debe tenerse en cuenta que aquella siempre se presenta de manera unilateral. El contraste surge del hecho de que, cuando una persona acepta total y unilateralmente los cargos, simplemente se cumple con un beneficio legal consistente en una rebaja de pena otorgada por la ley, en función de la aceptación hecha en momento oportuno y del aprovechamiento de dicha prerrogativa por parte del imputado; por otro lado, en el preacuerdo se presenta diálogo y voluntad de acuerdo entre las partes frente a determinados puntos sobre los que la ley permite aplicar el mecanismo. Es decir, aunque para ambas figuras los beneficios son personales y legales, y el porcentaje de rebaja de la pena depende sobre todo de la etapa procesal²⁵⁴, el allanamiento a cargos es una oportunidad a la que puede acogerse el procesado, *motu proprio*, pudiendo obtener un alto porcentaje de descuento en la pena si lo hace en la formulación de imputación, y gradual para la audiencia preparatoria y la instalación de juicio oral, mientras que en

²⁵⁴ Sin embargo, como cabe esperar, esta posibilidad de aceptación de cargos para obtención de beneficios no es absoluta, sino que se puede aplicar siempre y cuando no existan prohibiciones respecto al delito que se acepta. Esto quiere decir que en la práctica resulta limitada si se trata de casos en donde el sujeto activo obtuvo incremento patrimonial fruto del delito, y no ha reintegrado al menos el 50 % de dicho incremento ni ha asegurado el recaudo del remanente; cuando se trate de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa; delitos de feminicidio; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes; delitos de terrorismo, financiación al terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, entre otros (Peláez y Mora, 2020).

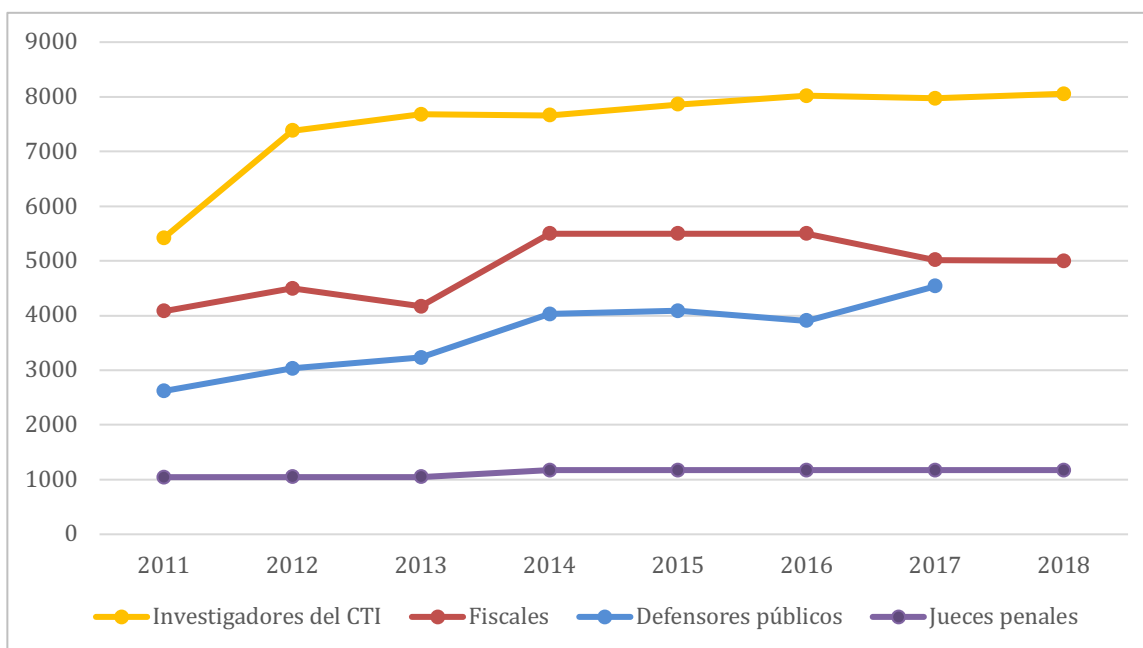
el preacuerdo —mecanismo sobre el que se profundizará más en el capítulo cuarto— el porcentaje de rebaja puede negociarse en distintas etapas del proceso siempre que se utilicen estrategias con variaciones permitidas por la ley que permitan obtener un beneficio en ese sentido.

Esto es una evidencia de cómo, en un sistema penal coherente con los fines del Estado social de derecho, los acuerdos y negociaciones con la Fiscalía pueden contribuir con una mayor efectivización de los derechos fundamentales para todas las partes implicadas en el proceso, particularmente las víctimas y quienes reciben la carga de la imputación, de manera ágil y eficiente, lo cual constituye un argumento de peso para que los mismos ganen una mayor consideración en el desarrollo de la política criminal del país, más allá de la simple sentencia.

3.6.2. Capacidad del Sistema en términos de personal.

Un análisis de la capacidad del sistema penal colombiano con base al número de fiscales, jueces, investigadores del CTI y defensores públicos, nos permitirá hacernos una idea clara del nivel actual de congestión que se presenta en el mismo.

Figura 3.10: Personal del sistema penal colombiano, 2011-2018.

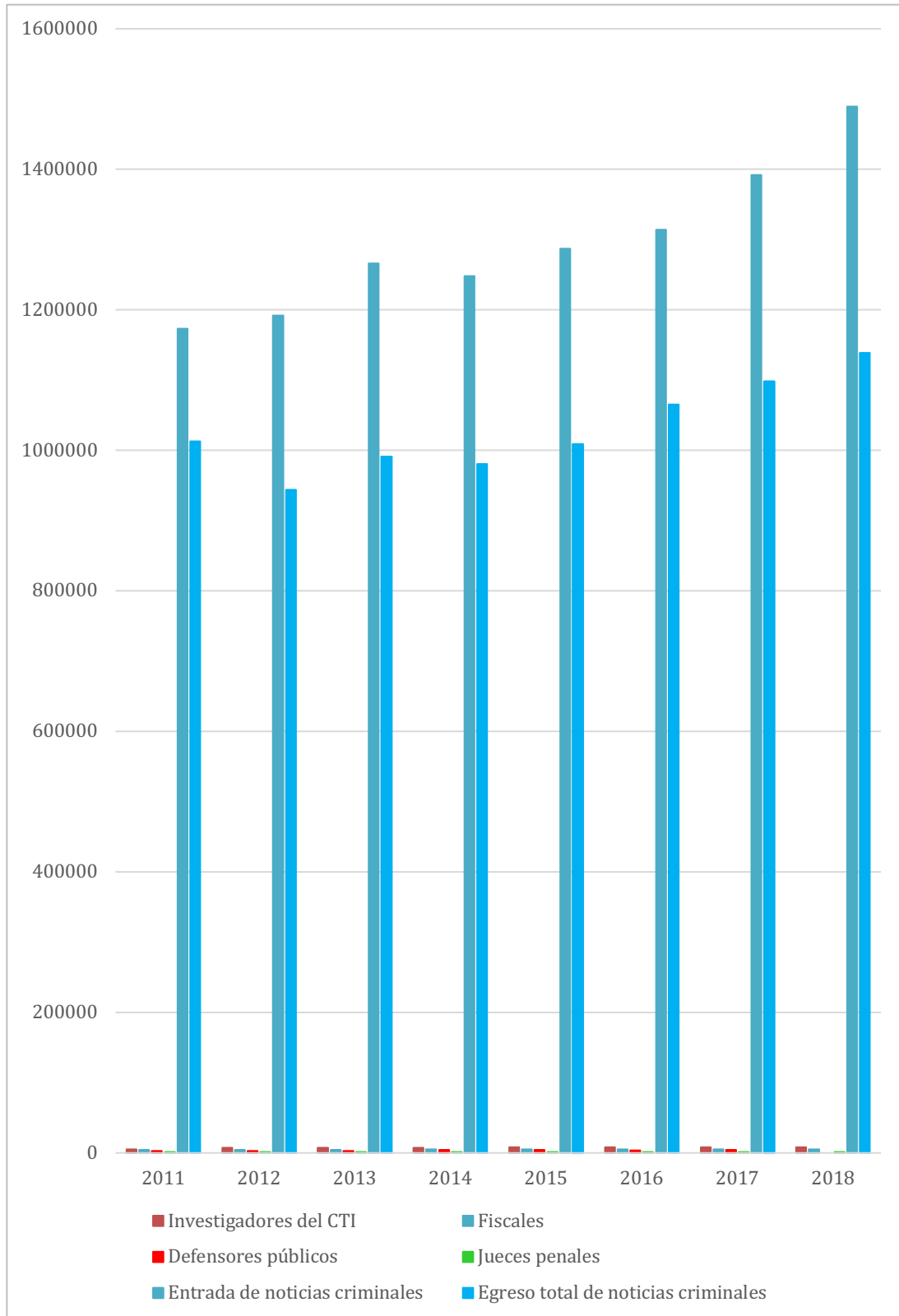


Fuente: Todas las figuras de esta sub-sección son de elaboración propia a partir de datos de la CEJ.

Como se deduce de la figura 3.10, la cantidad de personal para el sistema penal se ha mantenido más o menos constante año a año, destacándose además el bajísimo número de jueces penales en comparación con los demás funcionarios.

Por su parte, en la figura 3.11 se compara este personal con las cifras de entradas y de egresos de noticias criminales, siendo notorio el mínimo número de personas encargadas comparado con la cantidad de casos que deben tramitar. Por ejemplo, en 2017 se registró una entrada de 1 392 259 noticias criminales, con un egreso de 1 098 014; ese mismo año se contaba con 7973 investigadores del CTI de la Fiscalía, 5016 fiscales, 4534 defensores públicos y solo 1174 jueces penales. Comparativamente, estas cifras en sí mismas no representan ni el 1 % de las noticias criminales, lo cual constituye una buena explicación de por qué los funcionarios judiciales no están en la capacidad de tratar los casos con la individualización necesaria, reduciéndolos, por el contrario, generalmente a simples trámites.

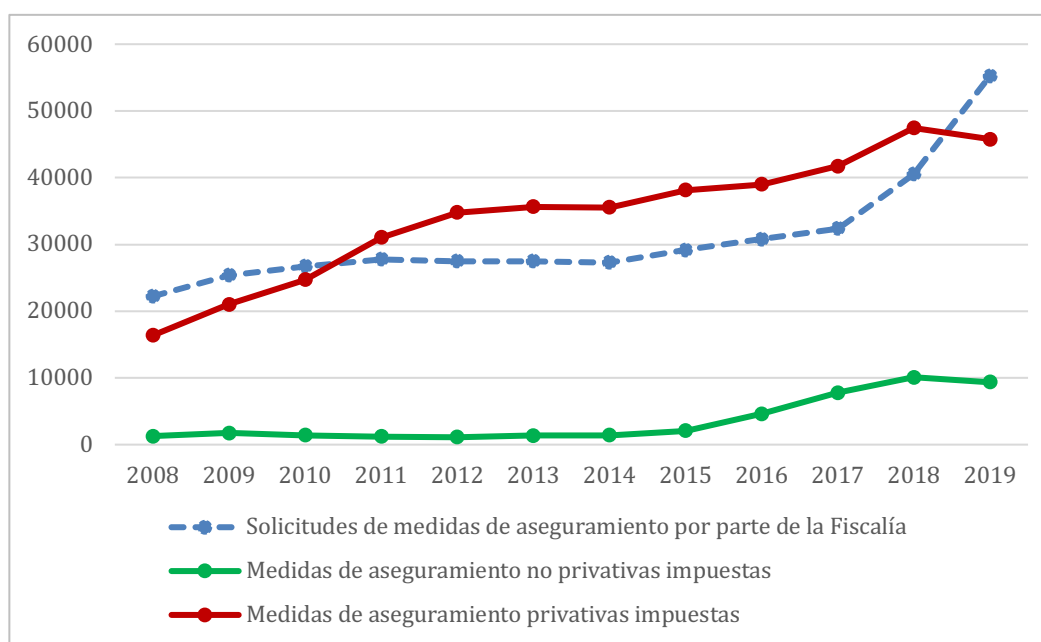
Figura 3.11: Personal del sistema penal colombiano entre 2011 y 2018 vs. entrada y egreso de noticias criminales cada año.



3.6.3. Medidas de aseguramiento.

En la figura 3.12 se muestra el número de solicitudes de medidas de aseguramiento por parte de la Fiscalía entre el 2008 y el 2019, comparado con las medidas de aseguramiento privativas y no privativas impuestas en los mismos años.

Figura 3.12: Medidas de aseguramiento privativas y no privativas de la libertad entre 2008 y 2019 vs. solicitudes de medidas de aseguramiento por parte de la Fiscalía.



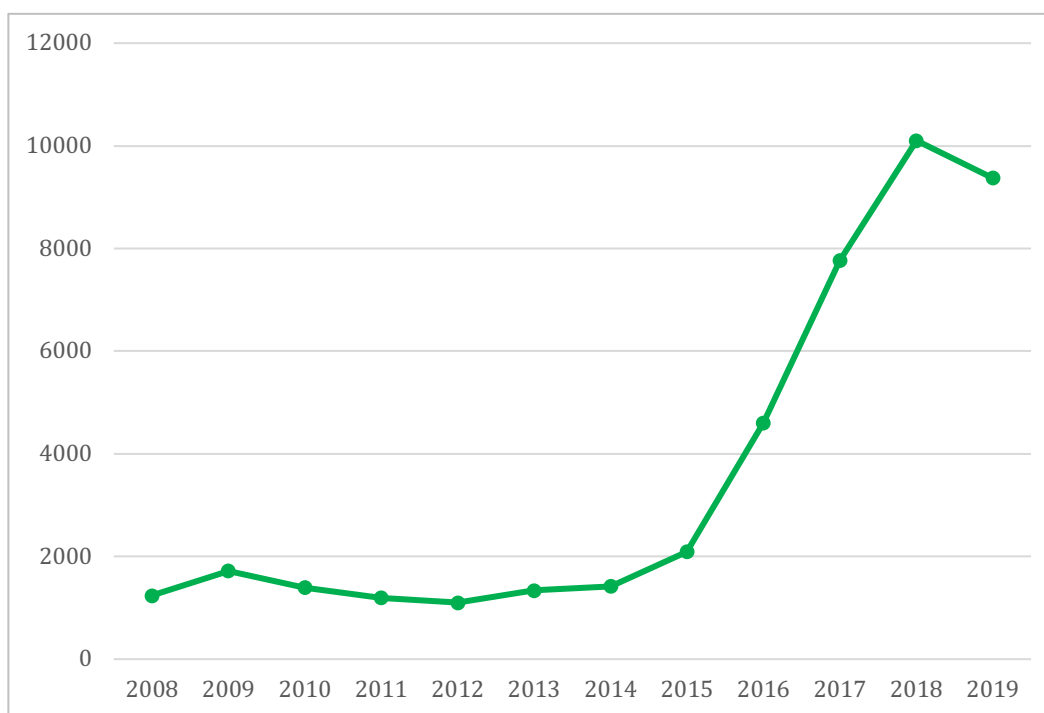
Fuente: A menos que se especifique lo contrario, todas las figuras de esta sub-sección son de elaboración propia a partir de datos de la Fiscalía General de la Nación.

Como puede constatar, las solicitudes de medidas de aseguramiento por parte de la Fiscalía fueron en aumento entre 2008 y 2010, para presentar luego un comportamiento relativamente estable hasta 2014, año en que empezaron a crecer de nuevo, mostrando a partir de 2017 una vertiginosa subida. Como nota curiosa, entre 2011 y 2018 se impusieron más medidas de aseguramiento privativas de la libertad que las solicitadas por la Fiscalía, lo que lleva a concluir que, en los casos en los que la solicitud no era presentada por esta, lo era posiblemente por parte del

representante de las víctimas²⁵⁵, todo lo cual constituye una muestra fehaciente de lo que podríamos denominar un afán general, por parte de los encargados de la acusación en el proceso penal, e incluso de la sociedad en general, de privar de la libertad a toda persona a la que se le impute un delito reprochable.

Adicionalmente resalta la gran diferencia entre el número de medidas privativas de la libertad impuestas respecto a las no privativas, lo que refleja la falta de una actitud más propositiva por parte de los jueces del sistema penal al momento de considerar la imposición de medidas de aseguramiento²⁵⁶. De todas formas, cabe resaltar que a partir del 2014 el recurso a las medidas no privativas de la libertad experimentó un importante crecimiento (figura 3.13), lo cual podría marcar un atisbo de avance en la política criminal colombiana.

Figura 3.13: Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad impuestas entre 2008 y 2019.



²⁵⁵ Esto no es lo más usual, lo cual arroja al menos una inquietud sobre los medios a los que se acude para hacer efectivas tales solicitudes, pese a que las cifras de la Fiscalía evidencian claramente este fenómeno.

²⁵⁶ Cabe aquí recordar al respecto, a manera de ejemplo, cómo en el caso de Daneidy Barrera Rojas analizado en el capítulo anterior, a pesar de que la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento privativa de la libertad para la imputada, el juez en función de control de garantías para el caso optó por la adopción de medidas alternativas orientadas a la optimización de derechos de todas las partes dentro del proceso.

Por su parte, como puede verse en la figura 3.15, las cifras de la Defensoría del Pueblo desde el 2014 son distintas, en comparación a las de las de la Fiscalía (figura 3.14), pero presentan un comportamiento similar entre ambos mecanismos, además de que también aparece un notorio crecimiento en la imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

Figura 3.14: Medidas de aseguramiento privativas y no privativas vs. solicitadas por la Fiscalía.

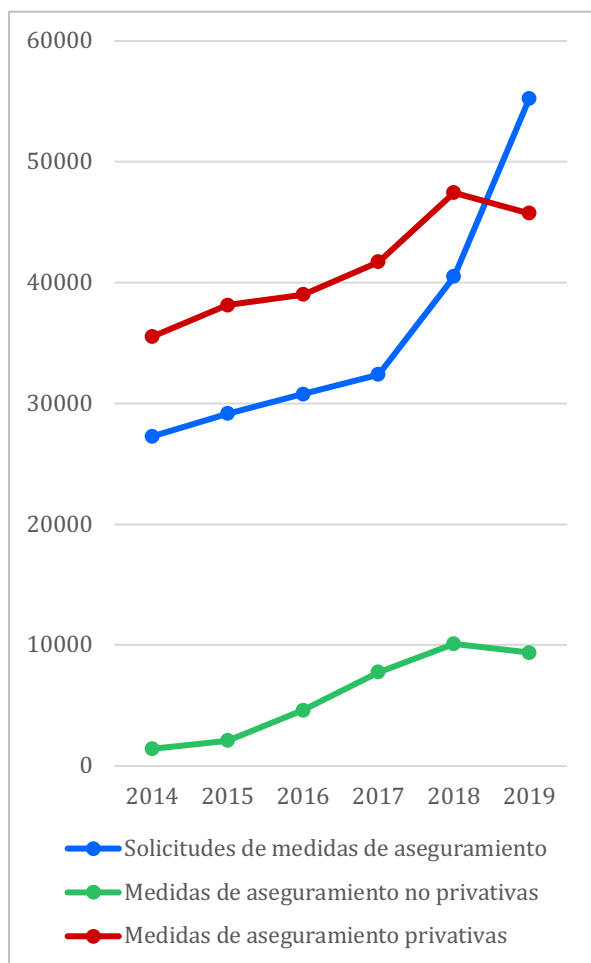
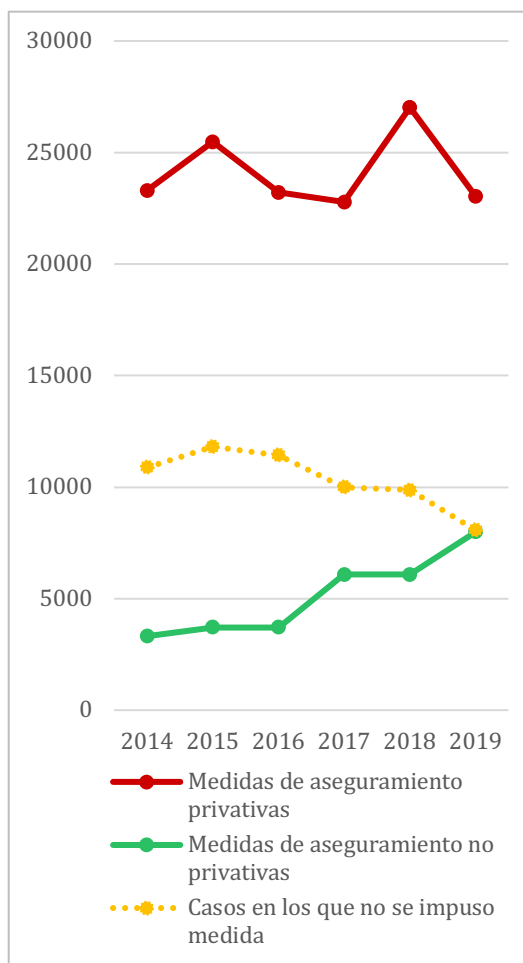


Figura 3.15: Medidas de aseguramiento privativas y no privativas otorgadas vs. casos en los que no se impuso medida.

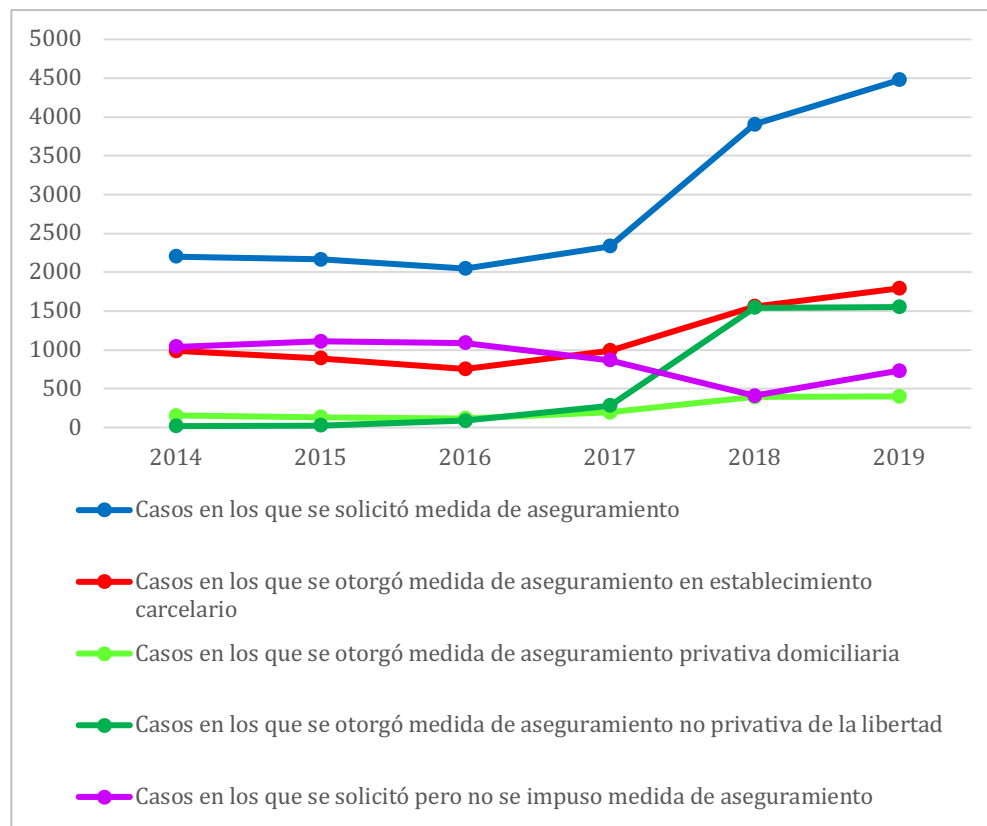


Fuente: Realización propia a partir de datos de la Defensoría del Pueblo.

Más aún, quizá lo que más resalta a partir de las visibles diferencias en cifras entre las dos entidades es la clara desarticulación existente, no solo entre ellas, sino entre todos los organismos al frente de la política criminal en Colombia.

Enseguida se procede a hacer un análisis sobre las medidas de aseguramiento solicitadas e impuestas en concreto en el Circuito Judicial de Bogotá, debido a que, según los datos recabados, es donde más se presentan noticias criminales en el país.

Figura 3.16: Casos en los que la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento; casos en los que se otorgó en establecimiento carcelario, en los que se otorgó detención domiciliaria y en los que se otorgó medida no privativa de la libertad en Bogotá; casos en los que no se otorgó medida, 2014-2019.

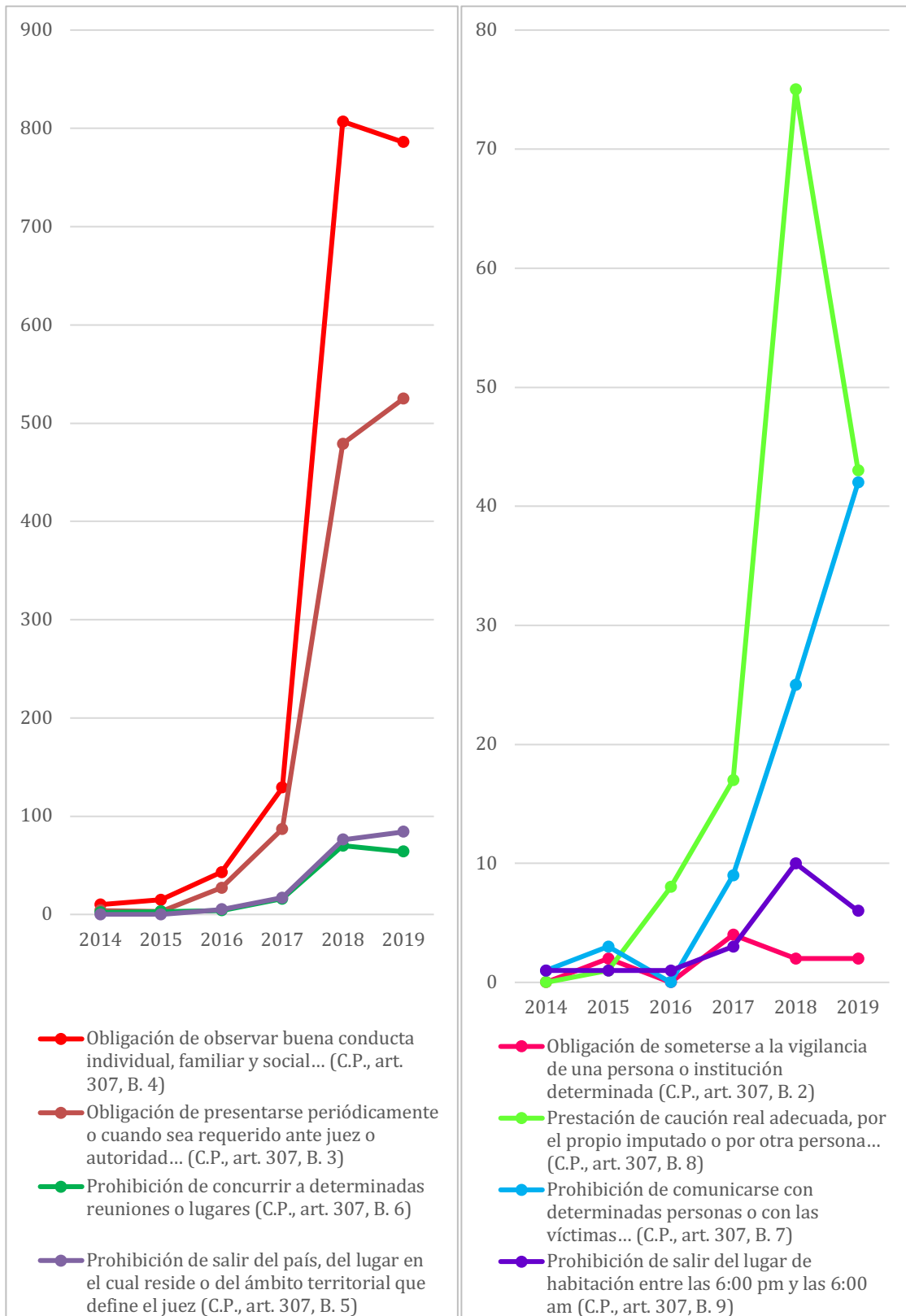


La figura 3.16 muestra un abrupto crecimiento en las solicitudes de medidas de aseguramiento a partir de 2017, lo que conduce a las mismas conclusiones acerca de la fuerte tendencia hacia las soluciones de corte punitivo en nuestro sistema penal. Ello se ve reflejado incluso a partir de 2016, cuando las medidas de aseguramiento no otorgadas empiezan a disminuir y aumentan a su vez, tanto las medidas privativas de la libertad, ya sea domiciliarias o en establecimiento carcelario, como las no privativas; lo que quiere decir en últimas que, a partir de 2016, la negativa a las solicitudes cambió por una acción de mayor fuerza en torno a la privación de la libertad.

En todo caso, se rescata el importante crecimiento de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad entre 2016 y 2017, incluso al punto de igualar la cifra de las privativas en establecimiento carcelario en 2018.

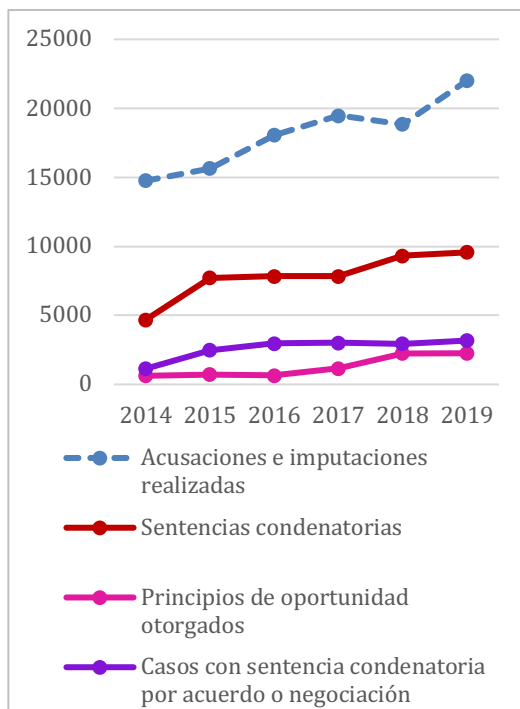
En ese mismo sentido, las figuras 3.17 y 3.18 muestran la tendencia de la cantidad de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad entre 2014 y 2019. Es destacable el aumento de estas medidas desde 2016, y particularmente desde 2017, aunque también se resalta que a partir de 2018 se estabilizaron, o incluso en algunas hubo decrecimiento.

Figuras 3.17 y 3.18: Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad otorgadas en Bogotá, 2014-2019.



Ahora bien, en la figura 3.19 se muestra la tendencia del número de acusaciones e imputaciones comparada con la de sentencias condenatorias, principios de oportunidad otorgados y casos con sentencia condenatoria por acuerdo o negociación en el Circuito de Bogotá, encontrándose que, al igual que lo señalado previamente, la aplicación de sentencias condenatorias supera con mucho los casos resueltos mediante principio de oportunidad, o por acuerdo o negociación, lo cual puede interpretarse como una muestra de falta de claridad o solidez en el caso, posibilitando así a la defensa a arriesgarse en juicio, o quizá como una falla en la estrategia para negociar e involucrar adecuadamente los lineamientos de la política criminal, desde una clara comprensión del Sistema Penal Acusatorio a la luz del Estado social de derecho, entre otras interpretaciones posibles. En todo caso, se aprecia en este periodo un crecimiento en el uso de estos dos últimos mecanismos (principio de oportunidad y acuerdo de negociación), si bien con una tendencia al estancamiento, en los casos con sentencia condenatoria por acuerdo o negociación entre 2016 y 2018, y en los casos resueltos mediante principio de oportunidad entre 2018 y 2019.

Figura 3.19: Sentencias condenatorias, principios de oportunidad otorgados y sentencias por acuerdo o negociación con la Fiscalía vs. acusaciones e imputaciones realizadas en Bogotá, 2014-2019.



Por último, en las siguientes figuras se muestran las cifras de delitos en el circuito de Bogotá, discriminadas por número de acusaciones, condenas, medidas de aseguramiento impuestas, intramurales, domiciliarias y no privativas de la libertad, como una forma de evidenciar los temas que deben ser priorizados por la política criminal colombiana respecto a delitos como hurto, violencia intrafamiliar, estupefacientes, inasistencia alimentaria y delitos sexuales.

Figura 3.20: Delitos con mayor número de acusaciones en el circuito de Bogotá, 2014-2019.

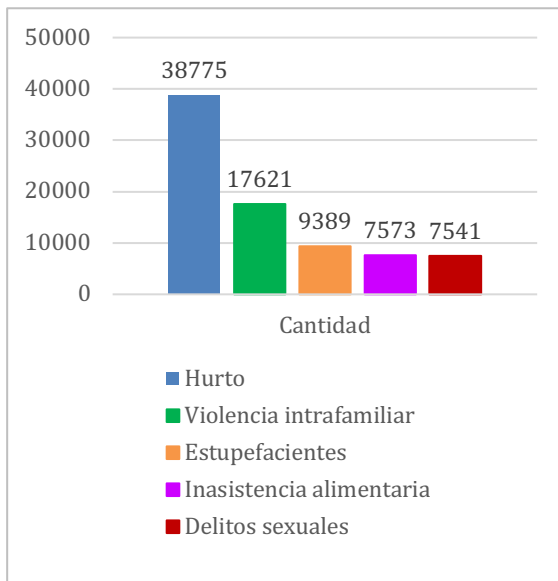


Figura 3.21: Delitos con mayor número de condenas.

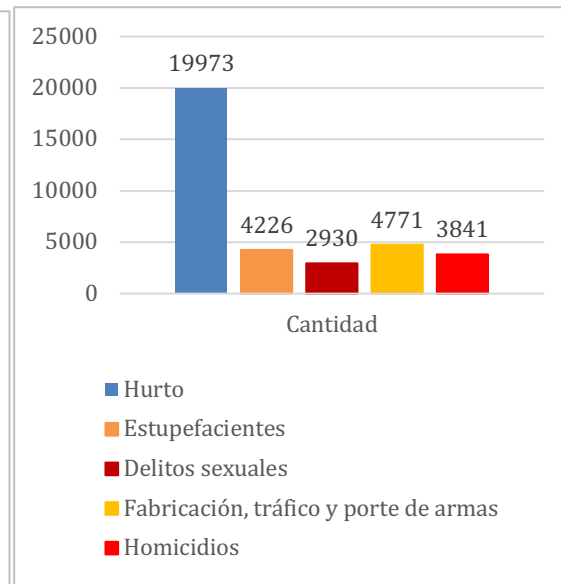


Figura 3.22: Delitos con mayor número de medidas de aseguramiento.

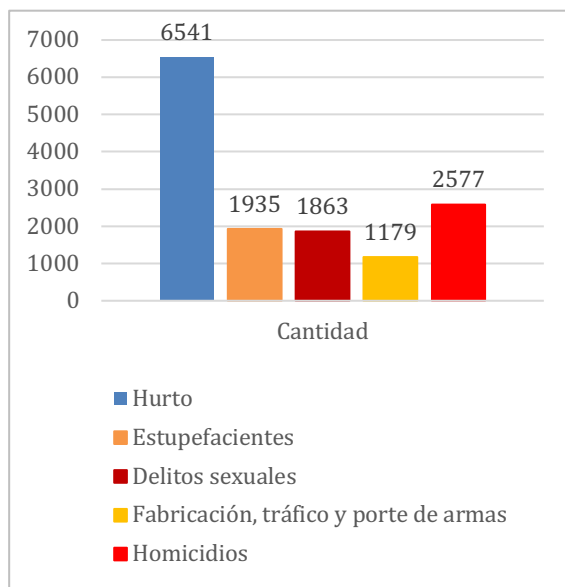


Figura 3.23: Delitos con mayor número de medidas de aseguramiento intramural.

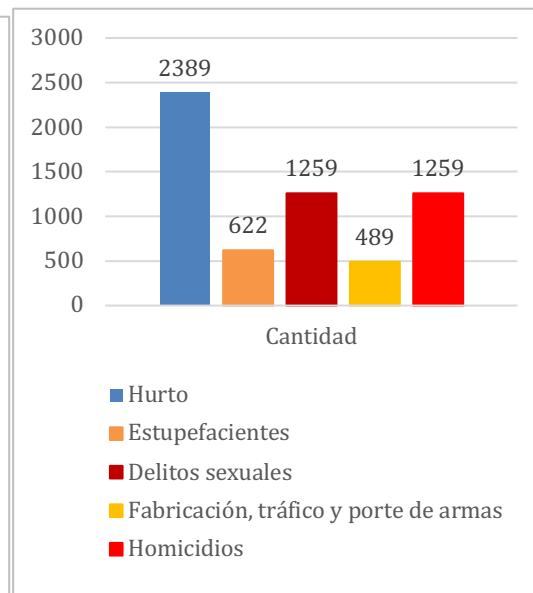


Figura 3.24: Delitos con mayor número de medidas de aseguramiento domiciliario.

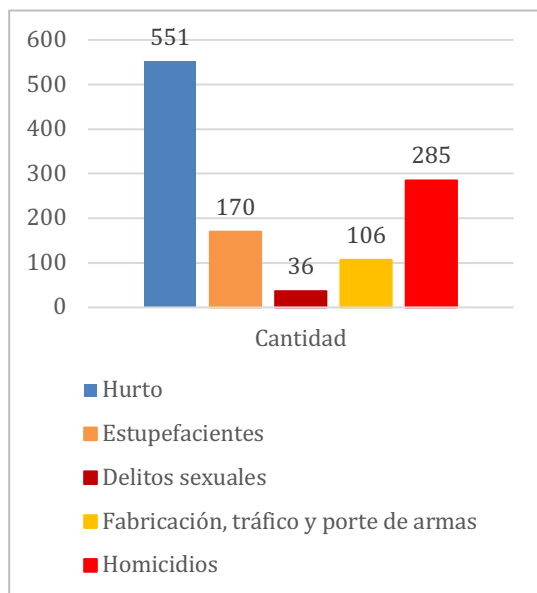
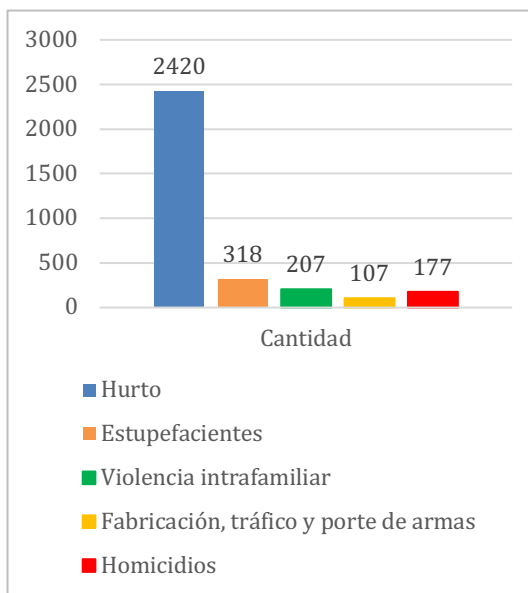


Figura 3.25: Delitos con mayor número de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.



A manera de conclusión, todo este análisis de cifras y datos permite dejar en claro cuáles son los temas más relevantes en lo que respecta a la formulación de una adecuada política criminal colombiana, de manera que se posibilite en ese sentido un eficaz tratamiento de los delitos de mayor

incidencia e importancia en la sociedad actual, contribuyendo así a la construcción de una verdadera paz con justicia social.

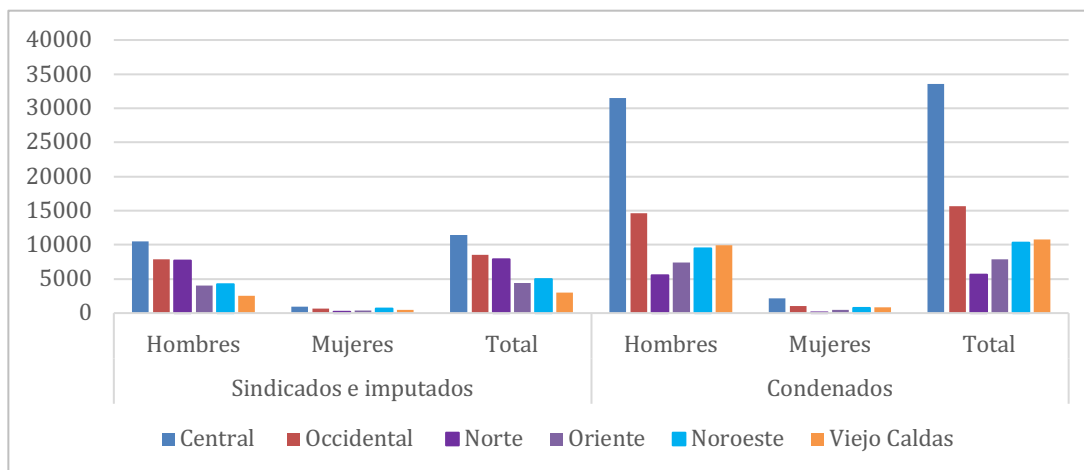
3.6.4. Personas privadas de la libertad en establecimiento carcelario.

Las figuras 26 y 27 sirven como base para realizar un análisis sobre el número de personas privadas de la libertad (PPL) en establecimiento carcelario, para el mes de febrero de 2020, en la medida en que se discriminan según zonas de Colombia determinadas por el Inpec²⁵⁷, además de que se diferencian sindicados²⁵⁸ de condenados. En la primera de las figuras las cifras están por otra parte discriminadas entre hombres y mujeres, siendo notorio que la mayor cantidad de personas privadas de la libertad, tanto sindicadas como condenadas, son hombres.

²⁵⁷ Estas zonas no corresponden con las regiones del país geográficamente determinadas, sino que responden a divisiones administrativas y jurisdiccionales del Inpec. La Zona Central comprende Leticia, Santa Rosa de Viterbo, Chiquinquirá, Duitama, Garagoa, Guateque, Moniquirá, Ramiriquí, Sogamoso, Bogotá, Cáqueza, Chocontá, Fusagasugá, Gachetá, La Mesa, Ubaté, Villeta, Zipaquirá, Acacías, Villavicencio, Granada, Melgar, Girardot, Neiva, Garzón, La Plata, Pitalito, Florencia, Chaparral, Espinal, Purificación, Tunja, Cóbbita, Paz de Ariporo, Yopal y Guamo, donde corresponden 41 establecimientos penitenciarios y carcelarios. La Zona Occidente comprende Bolívar, Bordo, Puerto Tejada, Santander de Quilichao, Silvia, Popayán, Pasto, Ipiales, La Unión, Túquerres, Tumaco, Palmira, Cali, Buga, Buenaventura, Tuluá, Popayán, Cartago, Caicedonia, Sevilla y Jamundí, con 21 establecimientos. La Zona Norte comprende Barranquilla, Sabanalarga, Cartagena, Magangué, Valledupar, Montería, Riohacha, Santa Marta, El Banco, San Andrés, Sincelejo, Corozal, Barranquilla y Tierralta, y corresponde a 15 establecimientos. La Zona Oriente comprende Arauca, Aguachica, Pamplona, Ocaña, Bucaramanga, Barrancabermeja, Málaga, San Gil, Socorro, San Vicente de Chucurí, Vélez, Girón y Cúcuta; corresponde a 14 establecimientos. La Zona Noroeste comprende La Paz, Medellín, Andes, Santa Fe de Antioquia, Bolívar, Caucasia, Jericó, La Ceja, Puerto Berrio, Santa Bárbara, Santo Domingo, Santa Rosa de Osos, Sonsón, Támesis, Yarumal, Quibdó, Apartadó, Istmia y Puerto Triunfo; a ella corresponden 20 establecimientos. Y la zona de Viejo Caldas comprende Manizales, Anserma, Aguadas, Pácora, Pensilvania, Riosucio, Salamina, Calarcá, Armenia, Pereira, Santa Rosa de Cabal, Armero Guayabal, Fresno, Libano, Puerto Boyacá, La Dorada e Ibagué, con 21 establecimientos.

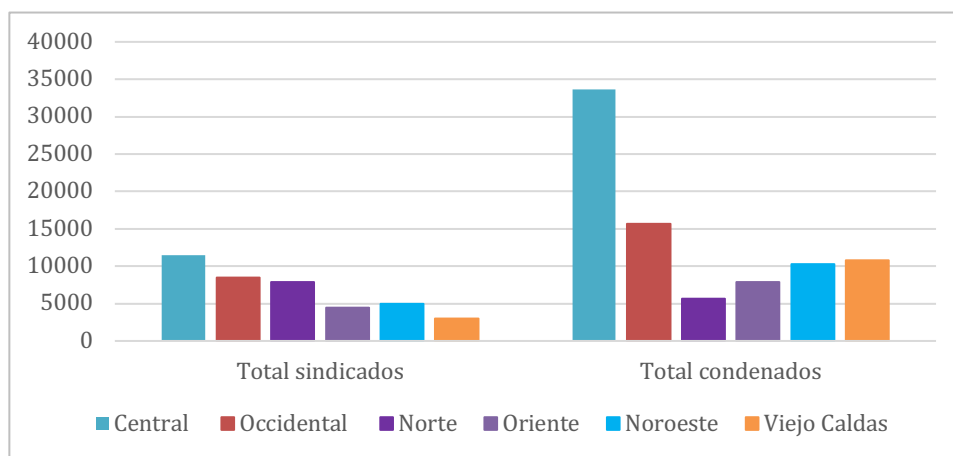
²⁵⁸ El término *sindicado* hace referencia a las personas que aún se están siendo procesadas, por lo tanto, todavía no han tenido una sentencia ni condenatoria ni absoluta. Se seguirá usando el término debido a que fue el empleado por el Inpec en respuesta al derecho de petición presentado.

Figura 3.26: Número de personas privadas de la libertad (PPL) en establecimiento carcelario para febrero de 2020, por zonas de país, discriminando entre sindicados y condenados, y entre hombres y mujeres.



Fuente: A menos que se especifique lo contrario, todas las figuras de esta sub-sección son de elaboración propia a partir de datos del Inpec.

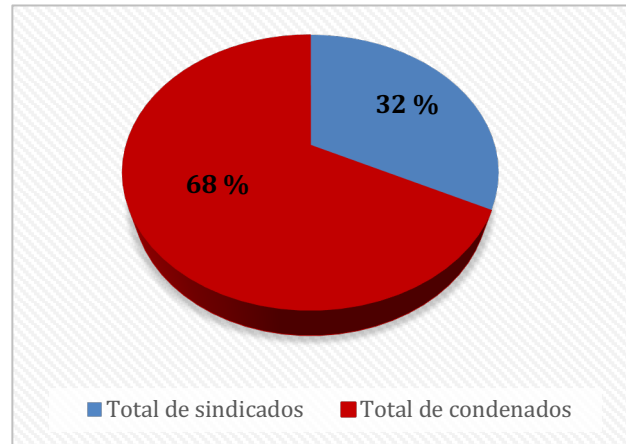
Figura 3.27: PPL para febrero de 2020, discriminadas por zonas del país, sindicados vs. condenados.



En la figura 3.27, ya no diferenciada por género, se observa que, si bien las cifras de condenados son más altas que las de sindicados, el número de personas privadas de la libertad en establecimiento carcelario sin condena es todavía considerable, algo que se puede apreciar más claramente en la figura 3.28, la cual muestra que, para febrero de 2020, el 68 % de las PPL totales se encontraban cumpliendo la pena impuesta, y el 32 % corresponde a personas con medida de aseguramiento intramural, es decir, que aún están a la espera de una decisión condenatoria o absolutoria. Así pues, al margen de que el porcentaje de condenados es mayor que el de sindicados,

la cantidad de personas privadas de la libertad en establecimiento carcelario sin sentencia condenatoria todavía es bastante alta.

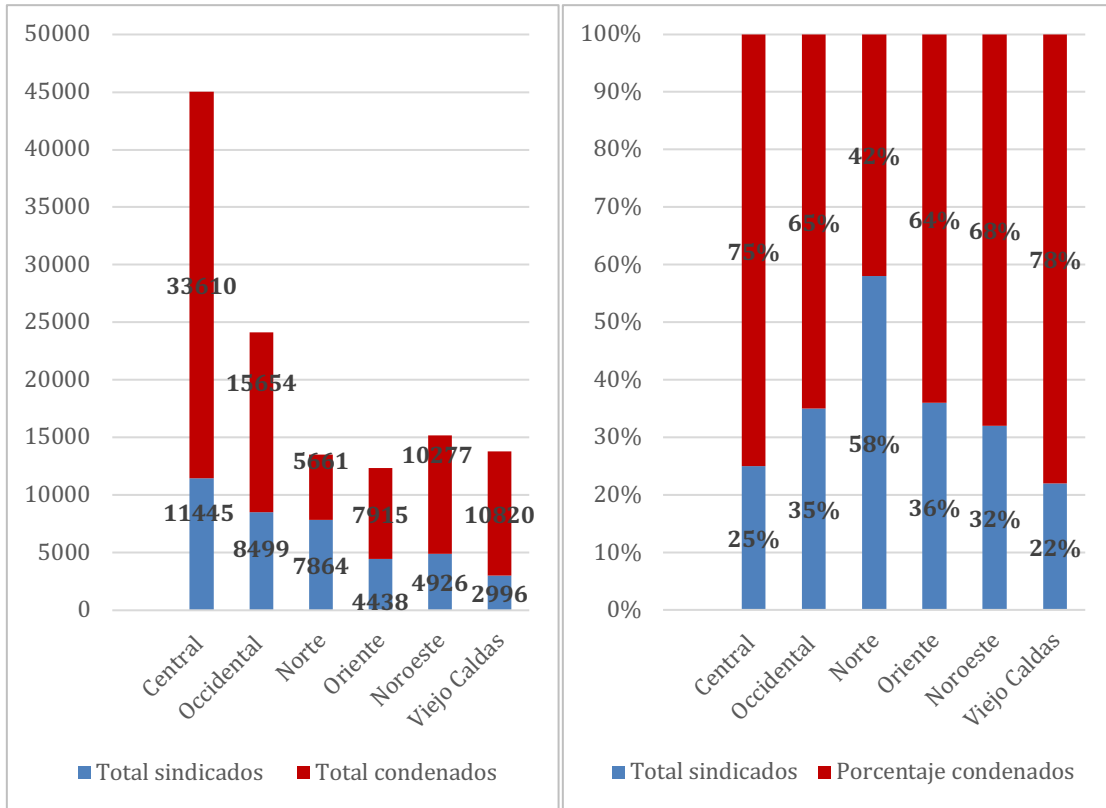
Figura 3.28: Porcentaje de PPL en establecimiento carcelario, condenados vs. sindicados, febrero de 2020.



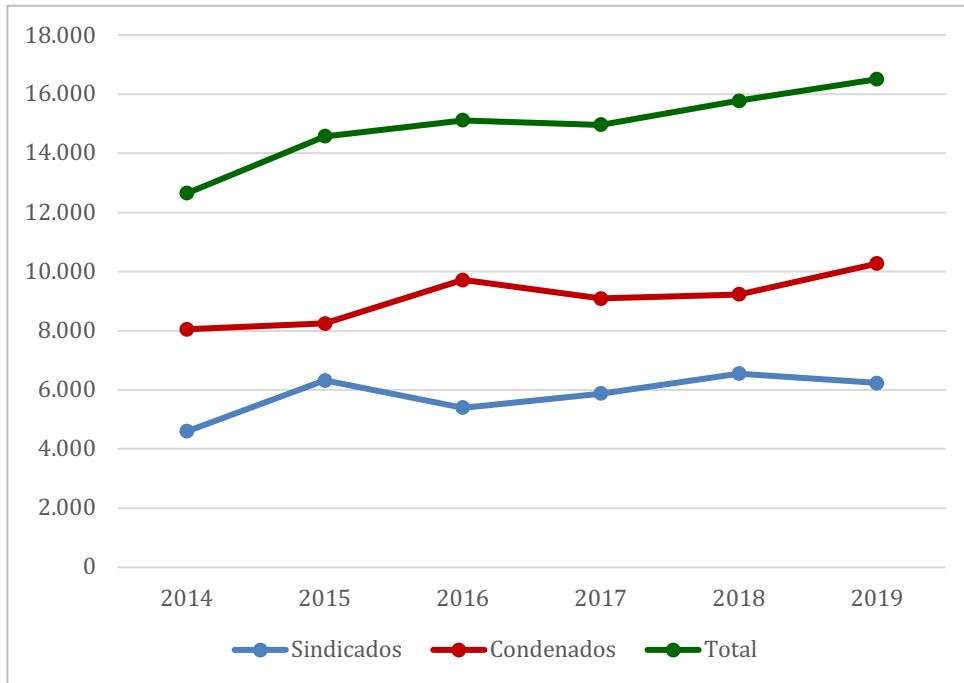
Las figuras 3.29 y 3.30 contrastan a su vez el número de PPL en cada zona, discriminando entre sindicados y condenados, en el mismo periodo, con su correspondiente porcentaje.

Figura 3.29: PPL en establecimiento carcelario, condenados vs. sindicados, por zonas del país, febrero de 2020.

Figura 3.30: Porcentaje de PPL en establecimiento carcelario, condenados vs. sindicados, por zonas del país, febrero de 2020.



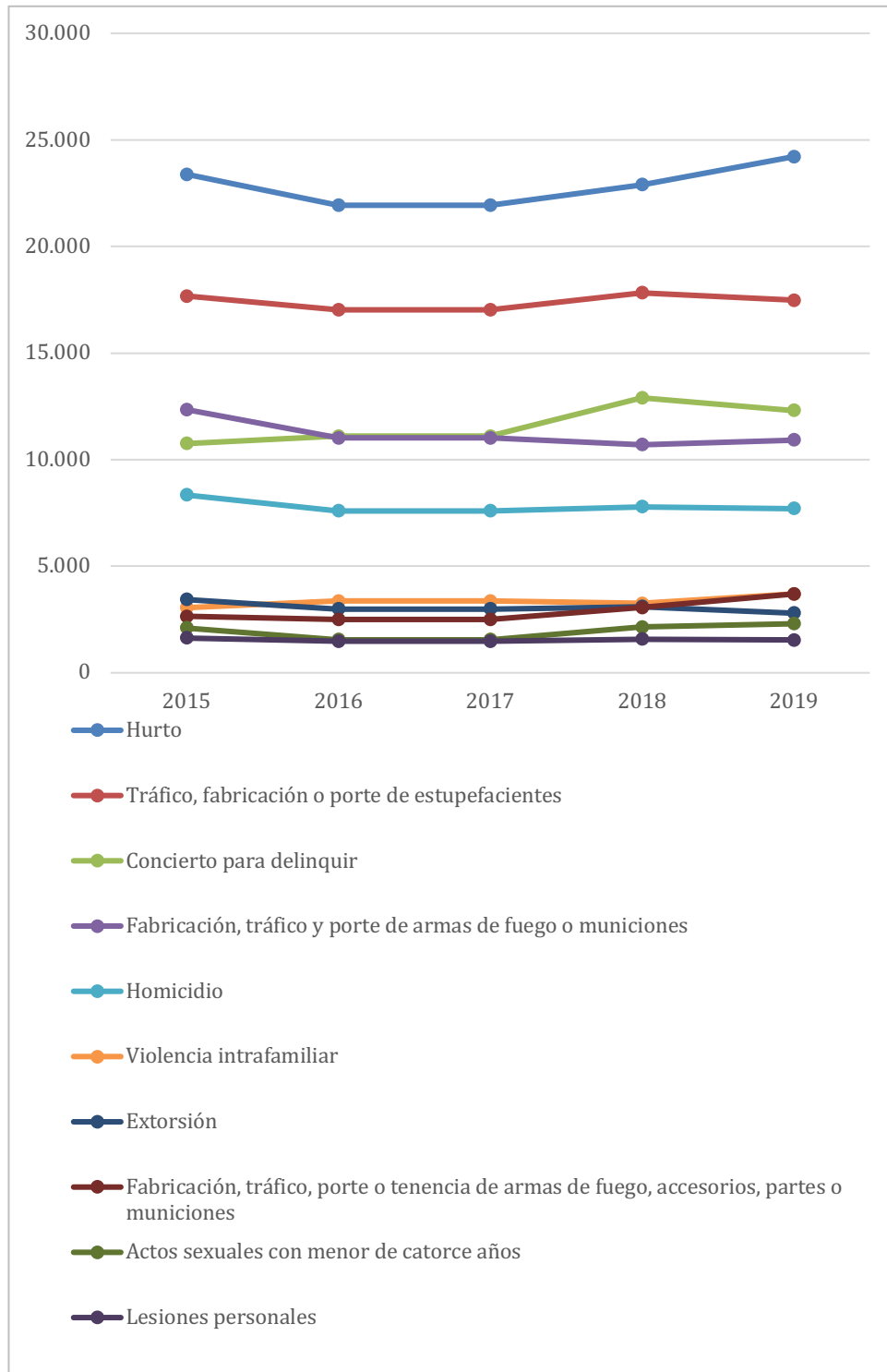
Lo que puede apreciarse de ambas gráficas es que, en primer lugar, la cantidad de PPL en la zona central es mucho mayor que en las demás zonas; y en segundo lugar, el porcentaje de sindicados es de todas formas muy alto, incluso en la zona norte es mayor que el de condenados. Esto puede entenderse como una muestra de la falta de coherencia y articulación de la política criminal con los fines del Estado social de derecho, en tanto evidencia que el recurso al punitivismo carcelario sigue estando a la orden del día, ignorando incluso a veces el respeto a prerrogativas tan fundamentales como la presunción de inocencia y el derecho al buen nombre.

Figura 3.31: PPL en establecimiento carcelario, 2014-2019.

Por su parte, la figura 3.31 muestra la tendencia respecto al número de PPL entre 2014 y 2019, en la cual puede observarse que, pese a que la curva no es muy pronunciada, sí es posible notar el comportamiento creciente del que se viene haciendo crítica.

A continuación, la figura 3.32 discrimina el número total de PPL en establecimiento carcelario entre 2015 y 2019 para cada uno de los 10 delitos por los que se reportan más personas privadas de la libertad.

Figura 3.32: PPL en establecimiento carcelario entre 2015 y 2019, por los delitos que más reportan personas privadas de la libertad.

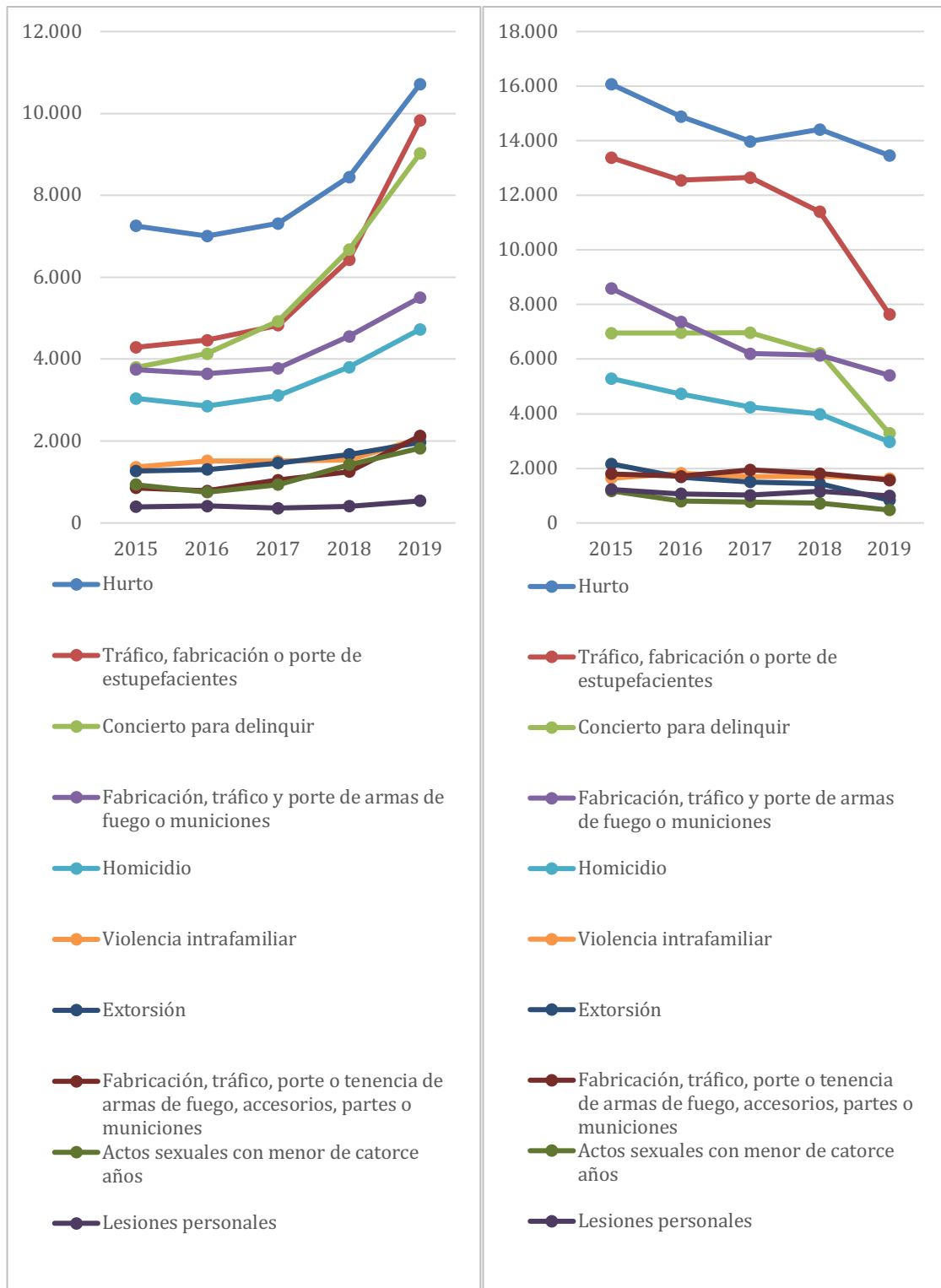


Obsérvese la tendencia estable al recurso carcelario, particularmente respecto a delitos de hondo calado en la sociedad nacional, como pudieran ser el homicidio y el tráfico de sustancias prohibidas. Esto también constituye una evidencia de la falta de mecanismos alternos que permitan tratar dichos delitos con un enfoque más social y estructural, y de cómo se conciben las respuestas por parte del Estado ante la ocurrencia persistente de este tipo de delitos en el seno de nuestra sociedad actual.

Por su parte, las figuras 3.33 y 3.34 despliegan la misma información previa, pero discriminando entre sindicados y condenados.

Figura 3.33: Sindicados privados de la libertad en establecimiento carcelario por delitos con mayor número de PPL, 2015-2019.

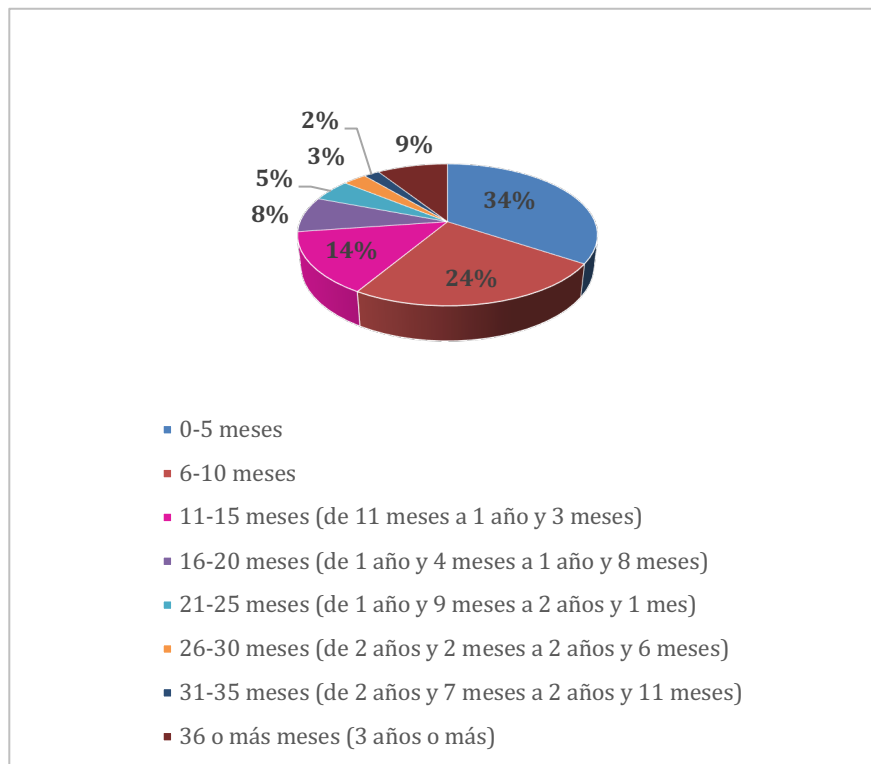
Figura 3.34: Condenados privados de la libertad en establecimiento carcelario por delitos con mayor número de PPL, 2015-2019.



La figura 3.33 representa solo las personas sindicadas, con una marcada tendencia ascendente sobre todo respecto a delitos de hurto, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, concierto para delinquir, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, a lo cual se añadió el homicidio a partir de 2016. Por su parte, en la figura 3.34 se muestra un comportamiento descendente en lo que refiere solo a las personas condenadas, especialmente para los mismos delitos anteriormente anotados, lo que permite concluir que, al menos en relación con estos delitos, hay una marcada predisposición a imponer medida de aseguramiento intramural, si bien el número de condenas, aunque sigue siendo alto, ha ido disminuyendo. Obsérvese cómo, por ejemplo, en el delito de concierto para delinquir, entre 2015 y 2019 se invirtieron las tendencias, incluso al punto de que, por este delito, en 2019 se reportaron más sindicados que condenados.

Por último, a partir de los datos de la Corporación Excelencia en la Justicia sobre el porcentaje de PPL en cada departamento del país en espera de una sentencia, según el tiempo que llevaban esperando para el 31 de diciembre de 2018, se construyó la gráfica de la figura 3.35.

Figura 3.35: Promedio nacional de PPL según el tiempo que llevaban privados de la libertad en establecimiento carcelario en calidad de sindicados para diciembre de 2018.



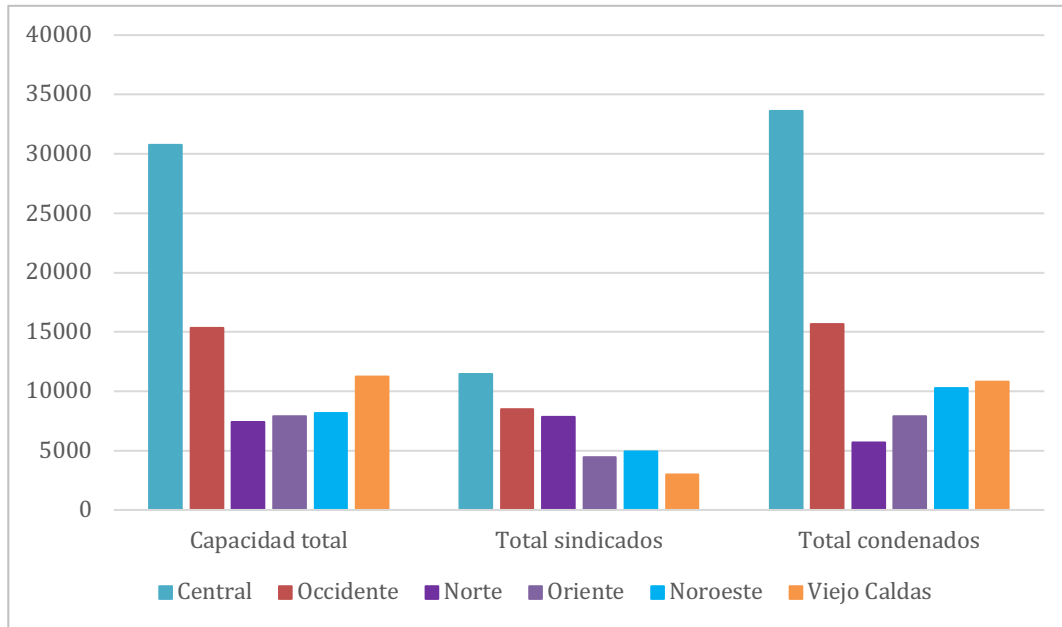
Fuente: Realización propia a partir de datos de la Corporación Excelencia en la Justicia.

A partir de esto se evidencia que en Colombia un 34 % de los sindicados privados de libertad permanece hasta 5 meses en establecimiento carcelario y que, sumando los porcentajes parciales, el tiempo máximo de reclusión para el 58 % de ellos es de 10 meses, mientras que un impresionante 72 % permanece como máximo 15 meses en establecimiento carcelario; en contraste solo el 9 % de ellos es recluso durante 36 o más meses, lo cual es una muestra de cómo un porcentaje superior de los afectados con esta medida lo es durante tiempos que pudiéramos calificar, en el contexto de esta investigación, de transitorios. En ese mismo orden de ideas, la pregunta se plantea entonces en torno a qué tan necesarias, adecuadas y proporcionales resultan dichas medidas de aseguramiento en establecimiento carcelario, si las personas van a ser reclusas allí para luego ser liberadas en tiempos relativamente cortos.

3.6.5. Hacinamiento carcelario.

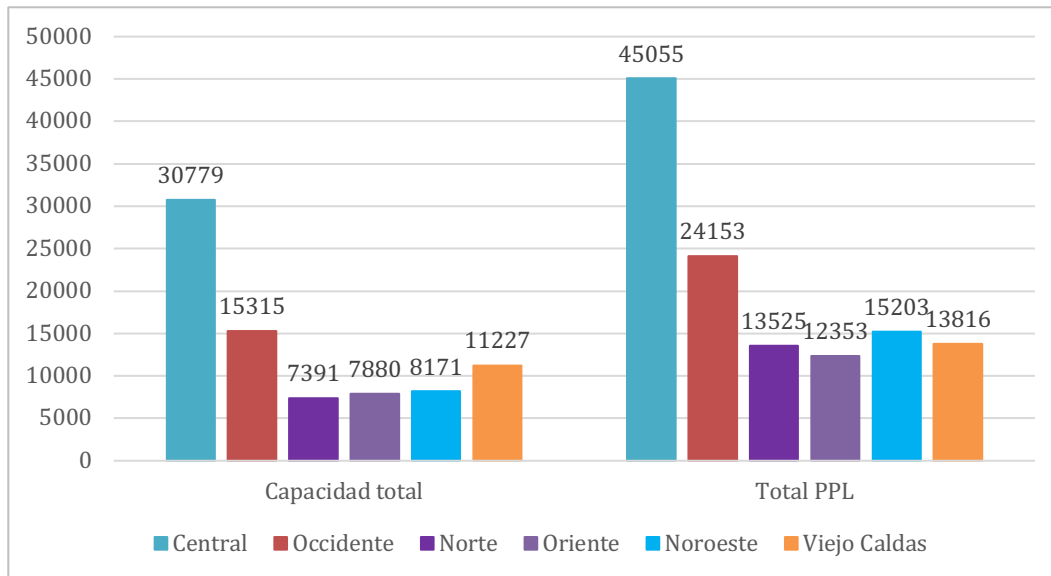
Como punto final de este análisis cuantitativo, a continuación se muestran los índices de hacinamiento carcelario (figuras 3.36 y 3.37), comparándose la capacidad carcelaria total por región con el total de PPL reclusas en dichos establecimientos carcelarios. Lo que resulta verdaderamente notorio a simple vista es que la cantidad de personas privadas de la libertad, sumando sindicados y condenados, supera con creces la capacidad en todas las regiones, algo que se ilustra de manera más clara en la figura 3.37.

Figura 3.36: Capacidad total de los establecimientos por zonas del país vs. PPL, discriminando sindicatos de condenados, febrero de 2020.



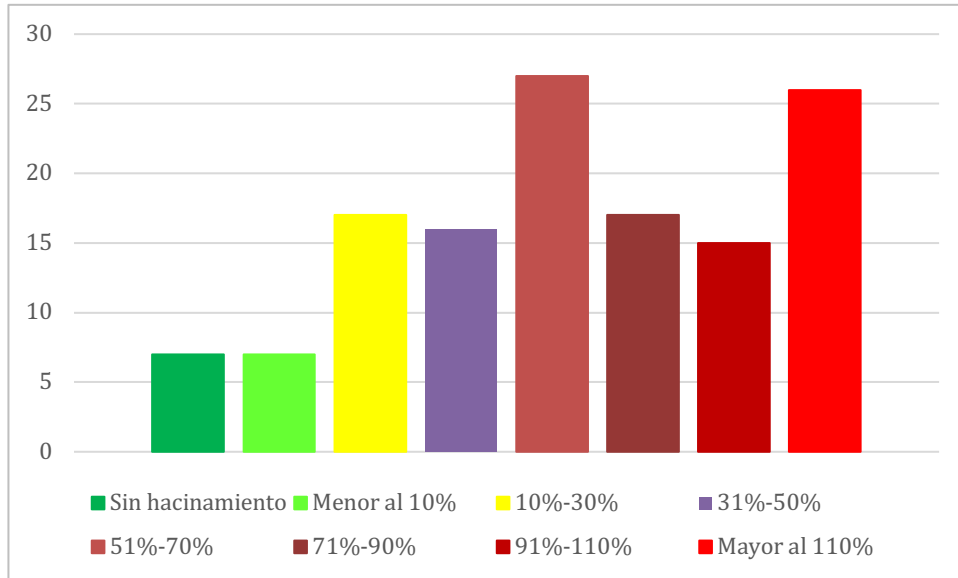
Fuente: Todas las figuras de esta sub-sección son de elaboración propia a partir de datos del Inpec.

Figura 3.37: Capacidad total de los establecimientos por zonas del país vs. PPL, febrero de 2020.



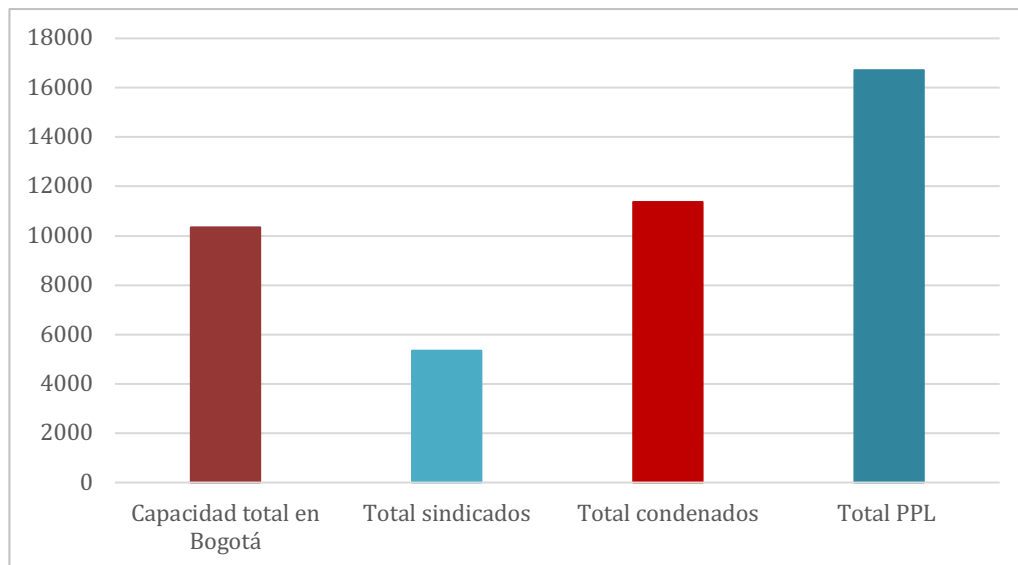
Según datos suministrados por el Inpec, para febrero de 2020, de los 132 establecimientos carcelarios y penitenciarios a cargo del Instituto, 125 de ellos presentan hacinamiento, lo cual ilustra el desborde de la capacidad estatal para hacer frente al fenómeno penal (figura 3.38), a falta de la aplicación de medidas alternativas que posibiliten un sistema más eficiente.

Figura 3.38: Cantidad de establecimientos penitenciarios y carcelarios, y porcentaje de hacinamiento, febrero de 2020.



De modo particular, en la figura 3.39 se contrasta la capacidad de los establecimientos carcelarios de Bogotá con el total de PPL en la ciudad, evidenciándose la misma tendencia de la que se viene hablando.

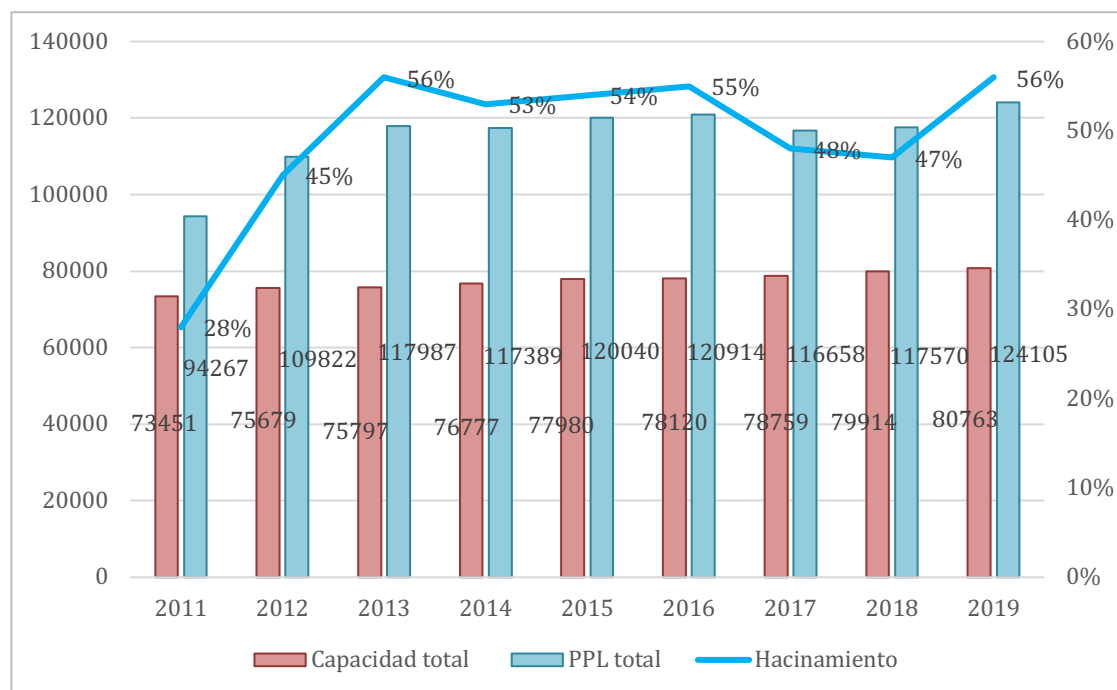
Figura 3.39: Capacidad de establecimientos carcelarios en Bogotá vs. PPL, febrero de 2020.



Por último, la figura 3.40 muestra las cifras de hacinamiento carcelario año por año entre 2011 y 2019. Aquí se hace notar que, mientras el número de personas privadas de la libertad en

establecimiento carcelario presenta una clara tendencia al aumento, la capacidad de los establecimientos carcelarios permanece casi igual, una situación ciertamente insostenible dentro del Estado social de derecho colombiano.

Figura 3.40: Hacinamiento carcelario entre 2011 y 2019.



Las gráficas y cifras anteriores que muestran el enorme hacinamiento en los establecimientos carcelarios del país son una demostración del poco interés que reina generalmente por la situación de las personas privadas de la libertad, como un signo de que la solución planteada respecto al fenómeno de la criminalidad no se concibe mucho más allá del encierro de las personas, ya sea con medida de aseguramiento o condenada, como si con eso se acabara todo el problema.

Entre las conclusiones que se pueden desprender de este estudio cabe señalar cómo uno de los objetivos del sistema penal material actual es que la mayor cantidad de imputados e indiciados sea privada de la libertad, para que así las cifras muestren una supuesta efectividad del sistema; sin embargo, esto no es coherente con un sistema penal dentro de un Estado social de derecho, puesto que no propende por la efectiva optimización de derechos durante el proceso, señal de que no se encuentra armonizado el funcionar de la justicia penal con el diseño de una política criminal efectiva.

3.7. Conexión entre las instituciones, el Consejo Superior de Política Criminal y la política criminal en general

Un último aspecto a señalar tiene que ver con las acciones del Consejo Superior de Política Criminal para la construcción de estrategias y líneas de acción de política criminal. En ese sentido, los datos suministrados por el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación indican que ninguna de estas dos entidades fue consultada por el susodicho Consejo Superior de Política Criminal en el lustro 2014-2019, para solicitar formalmente datos cuantitativos y cualitativos que pudieran servir de insumo en el desempeño de sus funciones, y eso teniendo en cuenta que la misma Fiscalía General, con la información del Sistema Penal Acusatorio, realizó en ese mismo periodo informes para evaluación, planeación y ejecución en distintas áreas relativas a sus objetivos misionales y que esta información era de fácil acceso para las entidades públicas, con algunas restricciones de información sensible²⁵⁹.

A partir de la respuesta de estas dos entidades se puede colegir la deficiente conexión existente entre los organismos que trabajan en temas penales y el Consejo Superior de Política Criminal. La conclusión de todo este apartado apunta a la comprensión que tienen los órganos estatales respecto a una política criminal medida y evaluada solo a través de parámetros puramente cuantitativos, a partir de rendición de resultados y cifras, lo cual posibilita el incremento de actividades tendientes a la afectación de derechos fundamentales, por ejemplo en temas de medidas de aseguramiento. En este escenario las mediciones de tipo cualitativo, orientadas al cumplimiento de metas estratégicas, tienen poca relevancia, lo cual refuerza la necesidad de que los jueces penales contribuyan a la elaboración de las líneas de acción más efectivas para hacer de esta política algo coherente con el marco constitucional y la realidad de la sociedad colombiana.

²⁵⁹ Sin embargo, ante el derecho de petición presentado, la misma Fiscalía respondió que había encontrado otras comunicaciones del Consejo Superior de Política Criminal, entre ellas una de fecha 9 de junio de 2017, en la que se solicitaba que el ente acusador asignara una persona para que participara en una mesa de trabajo con el objetivo de aportar en la construcción de un proyecto de ley integral para protección de menores de edad, en relación a diversos hechos de violencia contra los mismos. Otro radicado corresponde al 3 de mayo de 2017, relacionado con un Documento Borrador del Plan Nacional de Política Criminal 2014-2021, para someterlo a consideración por parte de la Fiscalía, en el cual finalmente adjuntan el *link* de un documento adicional denominado “Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal”. Estos tres documentos son los únicos que se encuentran en la búsqueda realizada en relación con los acercamientos entre el Consejo Superior de Política Criminal y la Fiscalía, lo que permite inferir poca comunicación o articulación al respecto, al menos por solicitud formal de informes.

Conclusiones

En este capítulo se estableció cómo la instauración en Colombia del Sistema Penal Acusatorio, a la luz de las bases constitucionales del Estado social de derecho, tuvo como objetivo la delimitación de una política criminal orientada más hacia la prevención que al castigo, con una mayor implicación respecto a los beneficios que pueda significar para la comunidad, lo cual contrasta fuertemente con el hecho de que en la actualidad dicha política en el país se puede caracterizar principalmente como reactiva, cambiante y fragmentada.

Efectivamente, entre las conclusiones que se pudieron obtener a partir de los estudios realizados se encuentra que el número de proyectos de ley presentados con ánimo punitivo es cada vez más alto, buscando generar mayores perjuicios sobre un sector más amplio de la sociedad, por una mayor cantidad de conductas consideradas como delitos. Esto deriva en un trabajo en materia de política criminal a través de normas específicamente penales, reflejo del marcado carácter represivo de la legislación colombiana, más aún cuando muchos de tales proyectos fueron planteados con el objetivo de *proteger* a la comunidad, como si la manera de hacer esto fuera categorizando más delitos e imponiendo mayores castigos. Basta señalar a manera de ejemplo cómo entre 2011 y 2018 se impusieron más medidas privativas de la libertad que las solicitadas por la Fiscalía, lo cual indica quizá acciones por parte del representante de las víctimas con afán de privar de la libertad a quien fuere imputado de delitos reprochables, una actitud punitiva hace parte además de la percepción general ciudadana respecto a que la solución más expedita y efectiva para el delito, si no la única, pasa solo por encarcelar a los delincuentes.

Por otra parte, todo esto remite a un problema de cifras, en la búsqueda de que la mayor cantidad de imputados e indiciados sea privada de la libertad para que los datos muestren la efectividad del sistema, algo que no propende por la optimización de derechos en el proceso, ni por la armonía entre el funcionamiento de la justicia y una política criminal efectiva. Más aún, la cuestión se plantea entonces en torno a la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida, cuando los datos indican que quienes son recluidos pasan luego a ser liberados en tiempos relativamente cortos. Un agravante adicional tiene que ver con que las cifras de hacinamiento carcelario en la última década revelan una clara tendencia al aumento, mientras la capacidad de dichos establecimientos ha permanecido casi sin cambios.

Todo esto apunta a la comprensión que tienen los órganos estatales de una política criminal medida y evaluada a través de parámetros puramente cuantitativos, rendiciones de resultados y cifras, una puerta hacia la afectación incremental de derechos fundamentales, como cuando se aplican las medidas de aseguramiento. Frente a este panorama, esta tesis propone que los jueces penales tienen la posibilidad de contribuir a la elaboración de líneas de acción más efectivas mediante la aplicación de medidas cualitativas orientadas al cumplimiento de metas estratégicas, como forma de hacer de esta política algo coherente con el marco constitucional y la realidad de la sociedad colombiana.

Reconocer todo esto permite comprender que para el logro efectivo de los fines trazados a nivel de justicia penal, bajo los principios de un modelo de Estado social de derecho que se inclinan por la aplicación de una justicia más de tipo restaurativo, se requiere incorporar tanto los conocimientos previamente alcanzados como los mecanismos para potenciarlos. En ese sentido, resultan clave también los factores materiales que permitan efectivizar la correlación entre derechos fundamentales y su cumplimiento positivo, de modo de articular una política criminal eficiente cuya prioridad no se conciba desde el incremento de penas, sino desde el esfuerzo permanente por actualizarla y por abrir una mayor consideración a la aplicación de medidas preventivas.

Es decir, los aspectos a tener en cuenta en el diseño de una política criminal eficiente deben abarcar tanto la reducción de los delitos como la resocialización de quienes son sujetos a penas privativas de la libertad, entre otros elementos, por lo que la prioridad real del juez en cada caso es la de responder de manera pronta y eficaz a las necesidades particulares del contexto. Se trata entonces de que en la formulación de la política criminal se adecúen los lineamientos establecidos para positivizar derechos fundamentales y principios como el de la seguridad jurídica constitucional, aportando propuestas alternas de resocialización y transformación de los focos potenciales de delito, en clave de reparación, verdad y justicia proporcionada, como una forma eficaz de prevención y solución de conflictos sociales.

Todo esto implica cambios en la perspectiva del proceso penal, de modo que, para que sea coherente con los fines del Estado social de derecho, los acuerdos y negociaciones con la Fiscalía se convierten en figuras importantes que contribuyen, ágil y eficientemente, con tales fines para todas las partes implicadas en el proceso, víctimas e imputados sobre todo, más allá de la simple

sentencia. Más aún, el enfoque de tales intervenciones está en la línea de una política penal minimalista, previendo actividades de ataque a los principales focos y causas de criminalidad.

Esto pone de presente una necesaria correlación entre administración de justicia y política criminal, ambas íntimamente interrelacionadas, en aras de lograr, en principio, una justicia ágil y eficaz para los ciudadanos, a la luz de dos directrices fundamentales: la del derecho penal como *ultima ratio* frente a conductas lesivas de bienes jurídicos fundamentales, dada la existencia de sanciones alternativas, medidas administrativas de control y políticas públicas alternas; y por otro lado, la consideración de los elementos diferenciales presentes en nuestra realidad regional, respecto a temas como género o marginación histórica de grupos sociales, de manera que permita implementar acciones positivas para superar las inequidades existentes.

Del mismo modo, el desarrollo de la política criminal debe permitir sustentar las reflexiones hechas en torno a temas de justicia, límites del derecho, castigo y derechos humanos, particularmente referidos al trato con el delincuente y a la percepción ética de los niveles de participación en el acto delictivo, como una forma de dotar al juez en función de control de garantías de una nueva visión y mejores herramientas para abordar su trabajo. Para esto se requiere la unión de fuerzas de las diferentes instituciones estatales y la conformación de equipos interdisciplinarios de estudio y evaluación constante, para contribuir de este modo a la implementación de una política criminal efectiva y articulada.

La participación de las entidades nacionales adscritas a la justicia penal resulta de este modo fundamental para la formulación de unos adecuados lineamientos de política criminal en Colombia, interviniendo de manera activa en el desarrollo del Sistema Penal Acusatorio para lograr resultados específicos, algo que se refleja en informes y trabajos sobre el funcionamiento de dicho sistema por parte de diversos organismos estatales.

Por último, luego de todo este análisis se puede concluir que, si bien las cifras muestran avances en la justicia del país, la realidad social y cultural requiere de compromiso en la ejecución de la política pública criminal, para lograr una articulación coherente reflejada en el trabajo mancomunado de los organismos implicados en la justicia penal colombiana, admitiendo la importancia de las decisiones judiciales, en cuanto a estas debe sumarse también el control sobre la garantía de los derechos fundamentales.

4. Relación entre las decisiones judiciales que optimizan derechos fundamentales y la política criminal colombiana

En este penúltimo capítulo buscamos establecer la relación entre las decisiones judiciales que optimizan derechos fundamentales y la política criminal del país, a través de un análisis primario de los vínculos existentes entre la función de la decisión judicial y los fines de la justicia penal con esta política. Para ello se requiere identificar algunas de las principales pautas judiciales para la optimización de derechos fundamentales, en su sentido de aporte a la construcción de la política criminal, mediante la elaboración de una encuesta sobre conocimiento y participación en la misma por parte de los jueces del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, y sobre cómo a partir de sus decisiones se puede considerar tal optimización.

4.1. Relación entre la función de la decisión judicial penal y la política criminal

Procedemos aquí a realizar un análisis relacional entre la función de la decisión judicial penal y la política criminal, a partir de una primera precisión en torno a dicha función, sus fines y algunas de las pautas ejecutadas, para pasar finalmente a examinar la realidad que sustenta lo decidido por el juez penal y su vínculo con la política criminal.

Comenzamos por afirmar la notoriedad de la función de la decisión judicial y su trascendencia social desde el ámbito judicial. Sobre la razón de tal relevancia se ha señalado que:

No se puede negar que la resolución de los conflictos intersubjetivos en una sentencia tiene impacto directo con las relaciones sociales de los sujetos que conforman la sociedad, ya que desde antiguo la actividad de emitir fallos judiciales tiene repercusiones fácticas; recordemos simplemente dos ideas pilares: *ius est ars boni et aequi*²⁶⁰, y la célebre y sacramental *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*²⁶¹. (Polanco, 2015, p. 222)

Por ello no es sorprendente la significativa pregunta sobre la naturaleza y el significado de la sentencia dentro del sistema jurídico, para determinarla, ya sea como simple aplicación material de la ley en un caso concreto, o como una especie de nueva norma en dicho sistema, a pesar de tener una esencia y un contenido diferentes: “En otros términos, [para establecer] si la jurisdicción y la sentencia son actividades meramente declarativas de derecho o si son funciones de carácter creativo y productor de nuevas normas jurídicas” (Polanco, 2015, p. 226).

Dicha precisión es clave para este trabajo de investigación, toda vez que la propuesta principal que se maneja es que el juez penal colombiano asuma su rol en el modelo de Estado social de derecho, lo cual le implica, más allá de su función legal de aplicar las leyes, la efectivización de derechos fundamentales y la aplicación alternativa de garantías para el logro de dicho fin. Es decir que, dentro de sus sanciones, el juez no solo cumple con un papel legal, sino también con un propósito más fundamental de proporcionar y proyectar bienestar general.

En consecuencia, en el abordaje de las teorías de la decisión judicial un primer elemento de distinción entre las diversas posturas es el debate respecto a esta determinación de la decisión judicial como un acto de ley en un caso concreto o como una figura de naturaleza particular, distinta al espíritu del legislador. En este mismo sentido, Polanco (2015) destaca el predominio hasta fines del siglo XX de la doctrina que consideraba la decisión como ley concreta del caso²⁶², lo cual dio paso luego al surgimiento y posterior auge de una postura normativa de la función

²⁶⁰ Principio del *Digesto* que puede traducirse como: “El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo”.

²⁶¹ Tomado de las *Instituciones* de Justiniano I: “La justicia es la constante y firme voluntad de dar a cada uno lo que le pertenece”.

²⁶² En torno a este punto, el mismo autor afirma que:

[...] la corriente dominante en esa época consideraba que el juez no es ningún tipo de legislador especial, que invade la esfera de la distribución de poderes propuesta y aceptada [...], por lo cual la sentencia que pone fin a un proceso no crea ninguna nueva norma jurídica, sino se limita a declarar la vigencia de la norma legal en la especie decidida. (Polanco, 2015, p. 227)

jurisdiccional²⁶³, y de teorías como la de la denominada Escuela del Derecho Libre²⁶⁴ o la materialista²⁶⁵. Más recientemente, Solum (2014) planteó una teoría interdisciplinar de la virtud en la decisión judicial²⁶⁶, que resulta novedosa porque diferencia entre obligación y sensación, situación sobre la que se volverá brevemente en el capítulo 5.

De manera similar, Taruffo (2010) hace una particular aproximación procesal de la decisión judicial que, sin ser una teoría general de la decisión, propone una visión antiformalista sustentada primordialmente en una perspectiva analítica sobre el acto de decidir un caso jurídico particular y concreto desde hechos específicos que deben ser probados. Así:

Con estas observaciones se adopta una perspectiva marcadamente *analítica*, según la cual cada hecho relevante para la decisión (sea principal o secundario) debe ser objeto de determinación específica, sobre la base de las pruebas que confirman la veracidad del enunciado respectivo. Por otra parte, es fácil notar que la perspectiva analítica se asume

²⁶³ Especialmente desarrollada desde estudios de autores procesalistas a mediados del pasado siglo. Entre los varios autores que abordaron esta temática desde la teoría general del proceso se encuentran tratadistas como Rocco (1945), Couture (1946) y, primordialmente, Von Bülow (1968).

²⁶⁴ Teoría que sostiene que “si bien la sentencia no es la norma jurídica, sin embargo, en los casos de lagunas legales, debe concederse al juzgador la facultad de hacer la norma jurídica eficaz solo para el caso concreto” (Polanco, 2015, p. 226).

²⁶⁵ Postura sostenida por Carnelutti y Fernández (1999), para quienes la sentencia contiene un mandato concreto, el cual se acerca al proceso cognoscitivo dador de una ley especial aplicada a la materialidad.

²⁶⁶ Propuesta de derecho y filosofía moral que pretende:

[...] una aproximación centrada en las virtudes para una teoría normativa de la decisión judicial. Las teorías normativas responden a la siguiente pregunta: ¿cómo deberían decidir los jueces las controversias que se les presentan? Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes ofrece una respuesta dentro de la siguiente línea: los jueces deberían decidir sobre sus casos conforme a las virtudes; es decir, los jueces deberían decidir como lo haría un juez virtuoso. (Solum, 2014, p. 10)

En ese sentido, el autor distingue su propuesta teórica centrada en las virtudes de lo que denomina como teorías débiles sobre la virtud judicial:

Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes se diferencia de una teoría débil sobre la virtud judicial en dos aspectos. En primer lugar, porque no se limita a aquellas cualidades del carácter judicial que podrían ser consideradas como medios para tomar buenas decisiones en cualquier teoría aceptable sobre qué se considera una buena decisión. Por ende, la explicación que propongo podría ser caracterizada como una teoría “robusta”, en contraposición a aquellas teorías “débiles”, sobre la virtud judicial.

En segundo lugar, una teoría débil sobre la virtud judicial no es capaz de enfocarse en el carácter judicial como algo diferente de la decisión judicial. Varias teorías normativas sobre la decisión judicial se centran en la decisión (o en el resultado). Este tipo de teorías ofrece una serie de criterios para determinar lo que debería considerarse como una decisión buena, correcta, justa o jurídicamente válida. Para una teoría de la virtud centrada en la decisión, la noción de una decisión correcta es fundamental y, por ende, las virtudes judiciales derivarán de aquella. (p. 12)

durante todo el curso del proceso: las partes alegan, y eventualmente se oponen a enunciados específicos que se refieren a circunstancias de hecho particulares. (Taruffo, 2010, p. 253)

En ese sentido, tal como señala Aramburo (2018): “Taruffo considera más relevantes los aspectos que condicionan las normas jurídicas, que las normas mismas; y más constructivo el enfoque desde la teoría de la decisión judicial que desde las regulaciones particulares que se ocupan en cada ordenamiento de perfilarla” (p. 15).

Esta postura también se apoya en la distinción entre justificación interna y externa de la decisión propuesta por Wróblewski (1971)²⁶⁷ para destacar la especial relevancia que tienen los hechos principales del caso en la fijación de la justificación de la decisión en su conjunto. Como tal:

La parte que comprende [...] los enunciados sobre las circunstancias que constituyen los hechos principales del caso representa un aspecto esencial de lo que se puede definir como la *justificación* interna de la decisión en su conjunto: se trata del llamado supuesto de hecho concreto que cae dentro del ámbito de aplicación de la norma jurídica adoptada como criterio de decisión. (Taruffo, 2010, p. 269)

A su vez, esta distinción entre las distintas facetas de la justificación permite, en lo que respecta a la decisión judicial, diferenciar claramente entre el acto creador o descubridor de la decisión de aquel que la justifica racionalmente²⁶⁸.

En ese orden de ideas, si bien la doctrina acuerda que en la sentencia se aplica la ley preexistente, no obstante, persiste una cuestión crucial en torno a “delimitar si los efectos de la sentencia ejecutoriada que ha adquirido la calidad de cosa juzgada son meramente declarativos del derecho

²⁶⁷ Este autor conceptualiza la justificación interna y la externa de la decisión judicial como:

La justificación interna refiere a la validez de las inferencias desde las premisas dadas hasta la decisión legal como conclusión derivada. La decisión en cuestión se justifica internamente si las inferencias son válidas y la solvencia de las premisas no es cuestionada [...]. La justificación externa de la decisión legal contrasta no solo la validez de las inferencias, sino también la solvencia de sus premisas. El amplio espectro de la justificación externa es requerido especialmente en decisiones judiciales que resultan paradigmáticas, debido a los altos estándares impuestos sobre estas. (Wróblewski, 1971, p. 412) [Traducción libre del original en inglés]

²⁶⁸ En su exposición de las principales vertientes teóricas en materia del juicio y de la motivación de las decisiones judiciales, Aramburo (2018), refiriéndose a las categorías del silogismo judicial, destaca “el hecho de que esta propone el modelo lógico de la decisión sin distinguir entre la actividad que el juez realiza para alcanzar la decisión y el razonamiento justificativo que es expresado por la motivación” (p. 145).

anteriormente establecido, o si, por el contrario, [esta] es creativa de derechos” (Polanco, 2015, p. 228).

Estos debates generales inciden directamente en las teorías de la decisión judicial penal. Aunado a lo indicado anteriormente, este mismo autor señala la preponderancia de tres grandes modelos: normativista, positivista y realista, este último de mayor relevancia actual.

El modelo normativista “se caracteriza por la distinción entre los tipos de conducta que pueden formar parte de la controversia, para determinar las relaciones existentes entre el carácter normativo de la conducta y el deber de los jueces competentes en la aplicación del derecho” (Polanco, 2015, p. 232). Conforman todo un sistema silogístico que ofrece una visión del proceso y la decisión penal como un conjunto de actos declarativos, en la medida en que su objetivo es el establecimiento de la existencia del delito. Aquí confluyen teorías del juicio y la motivación de la decisión judicial, lo cual expresa una postura sistemático-deductiva de matriz iuspositivista, en la cual ambos aspectos se configuran mediante la categoría del silogismo judicial (Taruffo, 2006).

Cuando se aplica este modelo de análisis a las decisiones de la justicia penal en Colombia, se puede observar un ejercicio de adecuación de los hechos a la conducta penal, que construye hechos jurídicamente relevantes²⁶⁹ para ser comunicados en la formulación de imputación y ser retomados

²⁶⁹ Respecto de estos, resulta interesante destacar el desarrollo jurisprudencial dado por la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SP2042 de junio 5 de 2019, se la cual se hace delimitación precisa del concepto y de su función en la audiencia de formulación de imputación. Posteriormente, en el año 2020, por medio de la sentencia SP2411 de julio 15 (CSJ, 2020b), la Corte casó oficiosamente y declaró *nulidad* del proceso desde la formulación de imputación, en razón a que ni el fiscal en el momento de la imputación, ni los jueces en las sentencias de primera y segunda instancia, dejaron consignada premisa fáctica alguna que incorporara el elemento subjetivo (dolo específico tácito), frente al hecho jurídicamente relevante y probado de que el acusado llevaba consigo solo 317.3 gramos de marihuana, lo cual no permitía colegir el propósito del condenado de destinar la sustancia para el tráfico, comercialización, distribución o suministro a terceras personas. Esto llevó a concluir la atipicidad del comportamiento y, en consecuencia, la determinación de la condena como violatoria del debido proceso por afectación a esta garantía fundamental, debido a lo cual la Corte Suprema decretó la nulidad del proceso, desde el momento en que el juez en función de control de garantías avaló la imputación y el allanamiento a cargos, reiterando el cambio de criterio jurisprudencial en el sentido que ante estos yerros lo que se impone, por regla general, es la nulidad y no la absolución. Finalmente, en la sentencia SP4054 de octubre 22 de 2020 (CSJ, 2020c), la Corte declaró *nulidad* del caso considerado desde la formulación de imputación, dado que la Fiscalía no hizo la imputación fáctica según lo contemplado en la ley, además de que el juez en función de control de garantías omitió efectuar los controles de dicha audiencia con miras a que se cumplieran los cometidos de la misma, pues declaró legalmente formulada una imputación inexistente. Según la Corte, el hecho de referirse a la audiencia previa de legalización de captura no suple la omisión de hacer la imputación fáctica y jurídica actual, pues aunque las audiencias se hagan de manera concentrada, cada una debe cumplir con sus propias finalidades. Esta omisión

en etapas avanzadas del procedimiento, si los elementos materiales probatorios se ajustan a tales hechos objeto de acusación o, en el caso de un juicio oral, estableciendo una teoría del caso. No obstante, si bien es un modelo de análisis correcto, en tanto la construcción de hechos jurídicamente relevantes es un proceso absolutamente básico en el proceso penal, no se puede pasar por alto que el aporte de los jueces penales en lo que respecta a la optimización de derechos fundamentales puede ser mucho más amplio.

Por otra parte, a partir de la crisis del paradigma positivista clásico y del surgimiento del problema de los valores, surgieron posturas anti sistémicas que describen las actividades del juez desde el énfasis en la relevancia que en ellas asumen los factores tópico-retóricos y argumentativos (Taruffo, 2006). Esto dio lugar a modelos menos formalistas, como el positivista, “el cual otorga al juzgado el poder discrecional en sus decisiones; según este modelo, en los casos difíciles de decisión, el juez puede elegir entre una variedad de respuestas legales, ya que los códigos legales ofrecen todas respuestas correctas, entre las cuales el juez puede elegir” (Polanco, 2015, p. 232).

En este modelo se percibe la especial incidencia de autores como Kelsen y Hart, quienes reconocen por un lado la existencia de efectos más allá de los declarativos en el acto de decisión del juez²⁷⁰, y por otro la aplicación de mecanismos de interpretación de normas en casos que resulten especialmente difíciles²⁷¹. Valga la pena recordar lo analizado previamente en relación a los

implica por tanto la violación al derecho de defensa, al debido proceso y, particularmente, al principio de congruencia, en tanto se profirió sentencia condenatoria por un hecho no imputado, en franca violación a lo estipulado en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal.

²⁷⁰ Al respecto cabe destacar el importante viraje en la teoría kelseniana producido en los últimos años de su autor. Kelsen modifica dos aspectos esenciales respecto a su teoría de la validez, al afirmar que las normas generales solo tienen valor de forma mediata, desde la validez de las normas individuales que las aplican, y al someter a revisión su doctrina sobre la *norma fundamental*, uno de los elementos más controversiales de su teoría pura del derecho, con el objeto de aclarar la naturaleza de dicha norma, que sin ser positiva fundamenta sin embargo todo el orden derivado de normas positivas (Kelsen, 2018).

El primer cambio implica el reconocimiento de una función constitutiva de la existencia de las normas particulares aplicadas al caso por parte de los tribunales. Tal afirmación se desprende claramente al observar que dicho cambio:

[...] genera un singular bucle teórico: la norma (general), de la que depende la validez de la norma (individual) producida en aplicación de ella, en realidad solo es plenamente válida a través de la validez de esta última. Esto conduce a una conclusión sorprendente para los educados en la teoría pura: la constitución y las leyes, en las que se apoyan los jueces para decidir sus casos, solo son plenamente válidas —y recuérdese que eso significa que solo existen como normas— gracias a las sentencias de los tribunales, y desde el momento en que estas se producen. (Kelsen, 2018, p. 23)

²⁷¹ En relación a este aspecto se ha establecido que:

En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción de los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios y pautas

modelos de interpretación y su aplicación en algunos casos para establecer formas alternas de resolver problemas jurídicos, particularizadas en la forma como los jueces dieron prelación a líneas investigativas de política criminal en temas como violencia de género, obtención de verdad y reparación a víctimas, entre otros.

Por último, respecto al modelo realista, se puede constatar que este es:

[...] defendido en la actualidad por un número considerado de juzgadores, por ser una corriente de reciente descubrimiento para ellos; este modelo es antiformalista y señala que las decisiones de los juzgadores son fruto de sus preferencias personales o conciencia subjetiva, es decir, el juez primero decide y luego justifica la decisión mediante las normas jurídicas; en este sistema el juzgador no está subordinado a la ley. (Polanco, 2015, p. 232)

Este es un modelo que se sustenta ampliamente en la escuela norteamericana en materia de filosofía del derecho. Por ejemplo, Kennedy (1999) hace un intento por describir el proceso de la argumentación jurídica, en la situación de un juez frente a un caso que desde las primeras aproximaciones parece entrañar conflicto entre lo que la ley exige y la sentencia *pretendida* por el mismo juez. El autor señala cómo dicho juez proyecta primero la decisión a la que quiere llegar, basándose en diversos factores extrajurídicos que inciden en lo que se considera justicia, para buscar solo posteriormente los argumentos legales de su decisión²⁷².

El modelo realista se perfila quizá como el más ajustado para que el juez penal tenga posibilidad de aportar a la política criminal colombiana, desde un enfoque de construcción de lineamientos con una perspectiva social general, no solo para la especificidad de un caso concreto. Esto no implica

inicialmente vagos, resolviendo la incertidumbre de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que solo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes fungidos de autoridad. (Hart, 1998, p. 169)

²⁷² El autor destaca aquí el importante papel que tienen las percepciones de libertad y restricción existentes en el acto de decisión sobre un caso particular por parte del juez. Así, el decisor puede encontrarse en situaciones en las que el material jurídico que parece dictar el sentido de la decisión es contrario a su propia visión de justicia para el particular. En consecuencia, en dichos eventos surge una tensión entre la sentencia a la que el juez *desea* llegar y el *sentido de la decisión* que se desprende del ordenamiento jurídico.

En este escenario, el juez buscará opciones para superar la distancia existente entre su *deseo* y la solución dictada por la ley, distancia denominada por Kennedy como *brecha de obvedad*. Sin embargo, habrá eventos en los que la sensación de restricción del juez sea extrema —como aquellos con un precedente aplicable reiterado y muy claro— y no encuentre factible manipular el campo jurídico que sustenta el fallo de acuerdo a la decisión que busca, situación a la que Kennedy refiere como un *campo minado* (Jácome, 2005).

necesariamente un apartamiento de las normas y de su elección al momento de pronunciar una decisión, según modelos previos, sino que se requiere de una acción en el contexto real de la sociedad y en beneficio de la misma.

Ahora bien, en lo que respecta a la fundamentación de la decisión penal, Polanco (2015) identifica a su vez tres modelos principales (subjuntivo, nomológico y encadenamiento de argumentos hacia una respuesta correcta)²⁷³, relacionados con las anteriores posturas frente a la naturaleza de la decisión.

El primero de estos modelos sostiene que la función penal es declarativa, siendo la subsunción el método para fundar y resolver un fallo.

En el modelo subjuntivo, la justificación de los fallos judiciales en procesos declarativos supone, básicamente, la resolución de problemas semánticos, dado que la principal dificultad consiste en identificar las propiedades designadas por las expresiones que figuran en los textos normativos. (Polanco, 2015, p. 233)

Por su parte, para este autor, el modelo nomológico:

[...] pretende justificar normativamente la calificación deóntica de una acción humana mediante un sistema de normas, es decir, le importa el estatus normativo de una acción, de acuerdo con cierto ordenamiento jurídico. No se pregunta por qué un sujeto denominado ejecutó cierta acción, sino por qué el sujeto en cuestión debe o no debe ejecutarla. (p. 234)

En este contexto, la justificación de la decisión se construye mediante un razonamiento lógico, entre cuyas premisas aparece una norma de carácter general como fundamento de la misma, en tanto que la conclusión, es decir, la decisión en sí, surge como un caso específico de aplicación de dicha norma.

El último modelo entiende la naturaleza de la decisión judicial como una cadena de argumentos hacia una respuesta jurídicamente correcta, a partir de la aplicación de normas, principios y

²⁷³ El último modelo nombrado es establecido por parte de Polanco desde una visión anclada a la teoría general del proceso y a la idea de una respuesta correcta cercana a los postulados de Dworkin.

directrices del derecho preestablecido. Esta postura es criticable respecto a sus implicaciones sobre la relación entre los jueces y el poder político, dado que niega el poder político de las decisiones jurídicas al afirmar que “el juez carece de discreción y por lo tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes” (Polanco, 2015, p. 234).

Lo anterior significa un enfoque reduccionista de los vínculos reales entre política y judicatura, evidente en la medida en que desconocer el poder político de las decisiones judiciales es negar de plano los efectos de regulación y control al poder que caracterizan todo acto de aplicación de derechos y garantías constitucionales. No se puede ignorar aquí que una de las principales características del constitucionalismo moderno es su naturaleza de *limitación* al poder del entramado constitucional, por lo cual toda decisión judicial conlleva un trasfondo de incidencia política como control al ejercicio del poder en su expresión ejecutiva y legisladora. Dicho control se expresa, entre otras formas, mediante la aplicación particular de las leyes y políticas públicas, el ordenamiento jurídico, la aplicación de la constitución y el control de constitucionalidad de las leyes y actos de la administración.

Esta última postura encuentra eco en la relación entre jueces y política centrada en la función de la decisión judicial, expresándose en el fenómeno histórico de la búsqueda de subordinación de los jueces por parte del poder político²⁷⁴, como meros ejecutores de tal voluntad, en tensión con la constante reivindicación de la autonomía de la Magistratura (Taruffo, 2005).

Por su parte, el desarrollo del papel del juez en relación con el contexto de la organización del Estado se ha caracterizado por una concepción sustancialmente pasiva del mismo frente al ejercicio del poder político. Sin embargo, dentro del Estado constitucional contemporáneo, se ha dado paso a considerar este rol de forma más activa, principalmente a partir de: (i) el ejercicio de la autonomía del poder judicial; (ii) el reconocimiento de la facultad de interpretar las normas; (iii) el control a la constitucionalidad de los actos de otras Ramas del poder del Estado; y (iv) la

²⁷⁴ Al respecto, se puede señalar cómo históricamente en Europa, durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, existió un control directo y penetrante del poder político sobre la magistratura:

Los mecanismos que eran utilizados para realizar este control eran muchos [...], desde el poder político, ejercido por el poder Ejecutivo a través de los ministros de Justicia, se controlaban los nombramientos de los magistrados, sus carreras e incluso su permanencia en la magistratura. (Taruffo, 2005, p. 10)

conciencia de la incidencia política de las decisiones judiciales particulares que se adoptan. Esto cambia en consecuencia la forma en que se considera la estructura de la decisión judicial, puesto que la misma ya no se entiende solamente como una cadena de silogismos jurídicos, sino que pasa a ser un razonamiento en el que media un contexto de elección abierto respecto a la norma aplicable al caso y su adecuada interpretación, entre diversas alternativas de decisión posibles y reguladas por criterios de racionalidad y control²⁷⁵.

Desde un enfoque similar, respecto a los límites de la discrecionalidad de la decisión basados en los cánones interpretativos que se requiere identificar y enunciar, se destaca “el estrecho vínculo entre el auge del paradigma del Estado constitucional y democrático de derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX y el cada vez más frecuente uso de interpretaciones de principios constitucionales por parte de los jueces para resolver casos concretos” (Chaumet y Meroi, 2008, p. 2). Esto equivale a reconocer que el juez penal, en el ámbito contemporáneo del Estado constitucional y de derecho, se ve abocado a sujetarse a tales preceptos constitucionales como un elemento necesario para fundamentar y constituir sus fallos.

Con todo, es preciso acotar que las relaciones entre las decisiones judiciales de carácter penal y la política se producen especialmente en el plano de la política criminal. Al respecto, Schünemann (1991) ha contrastado la visión meramente instrumental desde la política criminal, materializada en una decisión que establece una sanción como medio para alcanzar determinados fines, y la inversa comprensión del juez penal como punto de partida de una decisión político-criminal que implica resolver un caso concreto a partir del derecho vigente:

²⁷⁵ Esta evolución en la concepción del papel del juez en relación con el contexto de la organización del Estado es señalada por Taruffo (2005), quien destaca que dicho cambio en el ejercicio del juez conllevó una nueva perspectiva de la naturaleza del razonamiento judicial, al otorgarle un rol constructivo a la función del decisor, consistente en la interpretación de las normas y la eliminación de sus vaguedades:

En correlación con la consolidación de esta función creativa por parte del juez, cambia también la forma en la que se concibe la estructura de la decisión judicial. De hecho, por un lado, se tiende a reconocer que puede existir un paso deductivo en el momento de la subsunción, o sea cuando los hechos verificados y jurídicamente calificados entran en el campo de significado de una norma interpretada. Sin embargo, por otro lado, todos los demás aspectos del complicado razonamiento mediante el cual se lleva a cabo la decisión judicial son considerados como un contexto de elección abierto, o sea de momentos en los que el juez determina cual –entre las diversas decisiones alternativas posibles– es la más correcta, la más justa y la más oportuna [...]. No se trata de un poder arbitrario porque la decisión debe ser racionalizada y controlable, y debe seguir cánones hermenéuticos y estándares valorativos que el juez debe identificar y enunciar. (p. 14)

Puesto que el sistema de derecho penal quiere captar, ordenando y concretando, el derecho vigente y no cualquier ordenamiento jurídico hipotético, el punto de partida debe estar formado por las decisiones político-criminales básicas, que sirven de base al derecho penal vigente y que están explicitadas puntual y parcialmente en el conjunto de las normas jurídico-positivas. (Schünemann, 1991, p. 704)

Consecuentemente con lo anterior, no se puede pasar por alto la relevancia de los fines de la sanción penal como un factor constitutivo de la decisión, en tanto es posible identificar una gran variedad de dichos fines:

[Tal] multiplicidad de fines origina el deber de los jueces penales de proteger a los inocentes del poder punitivo del Estado y sancionar a los culpables, al resolver los casos sometidos a su decisión, a fin de cumplir con la finalidad de la pena. Lo cual también tiene como consecuencia, por un lado, que los sujetos involucrados no puedan sustraerse a los procesos radicados en sede judicial penal (interpelación judicial) y, por otro, que las decisiones definitivas y firmes recaídas en los procesos sean impuestas, en caso necesario, coercitivamente mediante la fuerza pública. (Polanco, 2015, p. 231)

Como conclusión de esta sección, se reitera el relevante papel del juez penal expresado en sus decisiones judiciales, en la medida en que estas constituyen el medio idóneo de resolución de conflictos y, por tanto, las consecuencias sobre los ciudadanos tienen un alto impacto. Es decir que, con cada línea de la sentencia, el juez envía, no solo un mandato, sino un mensaje general a la comunidad, de cuya lectura se derivarán pautas de comportamiento para esta última. Así, resulta indispensable, a la luz de esta investigación, la existencia de una clara distinción entre el proceso de *creación* y el *descubrimiento* de la decisión, para proceder a partir de allí a justificar esta de manera razonable, aportando especialmente desde los principios y estándares valorativos representados en el modelo de Estado social de derecho.

4.2. La relación entre los fines de la función judicial penal y la política criminal

Para realizar una primera precisión respecto a este tema, resaltamos inicialmente la articulación de la política criminal con los diferentes órganos del Estado, lo que posibilita la intervención de

entidades como la Fiscalía o la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la elaboración de sus lineamientos e instrumentos²⁷⁶. Esto se hace desde la comprensión de las leyes y normas como expresión de dicha política, requerida por supuesto de estrategias coherentes con el contexto social como forma de disminuir la criminalidad, proteger a las víctimas y evitar la comisión de nuevas conductas, sin dejar de lado tampoco la protección del criminal respecto al poder estatal, frente al cual el mismo se encuentra generalmente en condición de desventaja. Lo que se pretende con esto es hacer realmente efectivo el Estado social de derecho, garantizando sobre todo el respeto a los derechos fundamentales a lo largo de todo el proceso penal, desde la figura del juez en función de control de garantías. En tal sentido, Zaffaroni (2006) señala que podría ser errado renunciar a un discurso garantista, sobre todo en tiempos de crisis en materia penal:

Es un grosero error creer que el llamado discurso de las garantías es un lujo al que se puede renunciar en los tiempos de crisis, y menos una tesis conservadora; por el contrario, por un lado debemos prevenimos contra las reformas promovidas por las burocracias que se alimentan de la emergencia de turno, presentándolas como posmodernas, y, por otro, debemos cuidar ese discurso porque en los tiempos de crisis es la única garantía posible de la eficacia que puede pedírsele al derecho penal y al poder punitivo. (p. 162)

Por ello se hace imperativo que el juez penal constitucional, como encargado de proferir las decisiones penales, cuente con lineamientos claros, precisos y contundentes en relación con las políticas del Estado, dado que sus decisiones marcan pautas de acción a todo nivel de la sociedad, particularmente cuando los medios de comunicación presentan un amplio cubrimiento mediático de los casos.

²⁷⁶ La Corte Constitucional anota al respecto:

La definición de los elementos de política criminal, su orientación e instrumentos son el resultado de un proceso colectivo, como quiera que se trata de una política estatal y participativa [ya que] en el marco constitucional, el Fiscal General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, el Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia (art.156), el Defensor del Pueblo (art. 282) y también los ciudadanos (art. 40), pueden concurrir con el Congreso y con el Gobierno (art. 154) al impulso de políticas legislativas, inclusive en el ámbito criminal. (CC, C-646, 2001, VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS, 4)

En relación a la Rama Ejecutiva, la Corte resalta el importante papel que juega el Ministerio de Justicia y sus entidades adscritas en el control de las políticas públicas en materia criminal, de modo que se lleven a cabo materialmente siempre bajo el marco constitucional y de los derechos humanos (CC, C-150, 2015).

Aquí juega un papel central el concepto de dignidad, del cual la Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que debe entenderse bajo dos dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y con base en su funcionalidad normativa. Respecto de la primera de estas dimensiones, la sentencia SU-696 de 2015 señala los lineamientos específicos identificados por la Corte:

i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación. (CC, SU-696, 2015, p.58)

Ahora bien, en la observación de la funcionalidad normativa, la misma sentencia ha identificado igualmente tres expresiones del derecho a la dignidad:

i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; ii) la dignidad humana entendida como principio constitucional; y iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo. (p. 58)

En esto se evidencia una postura constitucional que busca completar una concepción naturalista o esencialista de la dignidad humana, mediante el paso a una concepción de carácter normativo o funcionalista²⁷⁷. Por otra parte, Herrera (2008) parte de una conceptualización clásica de la dignidad, postulando que, por el solo hecho de su condición humana, el individuo es sujeto de

²⁷⁷ Sobre este proceso de ampliación del contenido y comprensión de la naturaleza de la dignidad humana la jurisprudencia constitucional ha expresado que:

En este sentido, considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, porque lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor claridad los mandatos de la Constitución. (CC, T-881, 2002, p. 32)

derechos, siendo el derecho el instrumento mediante el cual se garantiza su seguridad y cumplimiento.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema entero de derechos y garantías constitucionales²⁷⁸. A su vez, esta constituye un principio del cual se derivan diversos derechos fundamentales de las personas naturales²⁷⁹, e incluso se ha explicitado que la dignidad constituye el valor superior al cual se sujetan los demás derechos fundamentales²⁸⁰, esto es, el pilar ético fundamental del ordenamiento jurídico en el Estado social de derecho²⁸¹.

En este sentido, dadas las dimensiones de la dignidad humana y la especial relevancia de sus funciones normativas dentro del ordenamiento jurídico, se observa que la protección y garantía de la misma aparece estrechamente vinculada con la efectivización de derechos. Lo que se pone de relieve aquí es que la garantía de protección de la dignidad, como principio constitucional fundante del ordenamiento y derecho fundamental, en sus lineamientos de autonomía en el plan vital, condiciones materiales concretas de existencia e integridad moral, y efectivización de sus funciones normativas, implica en todo caso la materialización de los derechos humanos y fundamentales²⁸² vinculados a la misma.

Consecuentemente, los derechos humanos deben partir de la propia condición del ser humano como sujeto histórico complejo, inmerso en los entramados políticos, sociales y culturales que dictan sus propias singularidades y la configuración de su dignidad. En este orden de ideas, el juez penal debería estar preparado para captar y entender dichas singularidades, a partir de la realidad en la que se insertan, máxime cuando es el actor principal que debe aplicar la política criminal en el país.

²⁷⁸ Tal expresa en sentencias resaltables como lo son: T-401 de 1992, T-011 de 1993 y T-881 de 2002.

²⁷⁹ Ello se destaca especialmente en la sentencia T-472 de 1996.

²⁸⁰ Así se expone en la sentencia C-521 de 1998.

²⁸¹ Esto es afirmado en la sentencia T-1430 de 2000.

²⁸² Respecto a la distinción semántica entre derechos humanos y derechos fundamentales, así como a sus puntos de convergencia y la posibilidad de equiparación entre ambos, remitirse a la discusión expuesta en la sección 1.4. de la presente tesis.

Con todo, no faltan objeciones a dicho modelo y, particularmente, Herrera (2008) critica el enfoque dialéctico con que son tratados los derechos humanos en el escenario de su desarrollo, específicamente respecto a la teoría de las generaciones de los derechos humanos, que si bien permite visualizar el proceso histórico-jurídico de las luchas por la dignidad, conlleva una visión lineal de la historia del concepto, lo que implica la falsa creencia de superación de las fases anteriores de lucha por los derechos humanos. En ese sentido, el autor propone una visión alterna de la teoría de las generaciones, puesto que:

[...] nos vemos, pues, en la necesidad de complementarla con otra [perspectiva] que se centra en analizar las *generaciones de problemas y de luchas* que, primero, nos obligan a ir adaptando y readaptando nuestros anhelos y necesidades a las nuevas problemáticas; y, segundo, a potenciar nuevas prácticas sociales en aras de la extensión de los instrumentos jurídicos que gozan unos pocos a toda la humanidad. (Herrera, 2008, p. 277)

Dicha perspectiva permite también reconocer los derechos en cada contexto histórico, como aportes significativos de un proceso que entraña la lucha permanente por su conquista²⁸³, fundamentada en últimas en la dignidad humana y su efectiva materialización mediante el acceso a los instrumentos jurídicos que velen por su garantía en cada evento particular. De esta forma, un juez penal que se asuma como actor contribuyente de la política criminal podrá contemplar los principios de libertad y dignidad como verdaderos ejes de dicha política, armonizada con los derechos fundamentales, como un deber ser en el Estado social de derecho.

Por supuesto, en una sociedad como la colombiana, multicultural y pluriétnica, resulta importante una visión que precisamente parta de las diferencias para postular derechos como la libertad, no como preceptos que buscan la igualdad en el plano de la justicia, sino más bien en el sentido de equidad. Porque precisamente las luchas por una justicia igualitaria posibilitaron otras desigualdades, otras alteridades, constituyeron de este modo la visión utópica de unos derechos para una sociedad igualitaria, pero olvidaron la importancia de las diferencias, fueran estas culturales, sociales o políticas.

²⁸³ Posición sostenida por autores como Umaña (2004) y Houtart (2015), quienes centran sus estudios sobre los derechos humanos desde la perspectiva de las luchas sociales y colectivas.

Libertad e igualdad deben ir entonces en correlato desde el reconocimiento de las diferencias²⁸⁴: libertad para crear las condiciones políticas y culturales que permitan la solidaridad de la sociedad, importante cuando los medios masivos de comunicación dictan pautas y trazan caminos, sobre todo en casos sonados de crímenes; e igualdad para que la implementación de dichas condiciones se concrete y se haga realidad.

No basta, en efecto, que la Constitución del 1991 reconozca al Estado como social y de derecho, si esto no se realiza en la práctica y en la posibilidad de garantizar la exigencia de los derechos humanos desde las exclusiones y las alteridades. En ese sentido, es el juez penal quien tiene la potestad de aplicar y restringir tales derechos, sostenidos como un faro que ilumina toda la política criminal, principalmente cuando lo que se pone en juego es la libertad, a partir de un cuidado ejercicio de ponderación (Alexy, 1997).

Aquí es necesario partir de la realidad de los derechos humanos, desde la forma como se postulan, e incluso desde la consideración de quienes los desconocen, o los pregonan y defienden, teniendo en cuenta esas particularidades que, por el momento, figuran solamente como un artículo en la Constitución. En este sentido, una política criminal sustentada en principios fundamentales como la libertad y la dignidad humanas debe partir de reconocer que los derechos humanos no pueden ser separados de lo político²⁸⁵, es decir, del cúmulo de relaciones de individuo en la complejidad social y estatal a la que pertenece, como forma de potenciar al ser humano para actuar en el mundo y obrar una realización del ser como fuerza permanente de cambio y de constante creación.

En ese orden, el derecho a la libertad requiere de especial consideración en el desarrollo del proceso penal colombiano, y el sustento filosófico-jurídico al respecto evidencia la necesidad de aterrizar este concepto en el marco de la política criminal nacional, dado que tiene además

²⁸⁴ En este sentido, Dussel (2009) afirma que la libertad y la igualdad deben aparecer como principios rectores del propio Estado, ya que, de esta forma, se garantiza el cumplimiento de los derechos y libertades de los seres humanos. Además, este autor recalca el papel que debe cumplir el Estado para que las alteridades sean reconocidas y valoradas, no ya para transgredir sus derechos, sino para garantizarlos, pues forman parte de la colectividad, la integran y le dan valor.

²⁸⁵ No se refiere aquí a lo “políticamente correcto”, tan en boga en el lenguaje posmodernista de la gobernanza, puesto que no se trata de que cada nuevo presidente realice pronunciamientos según los objetivos que pretenda políticamente, sino que la política criminal debe ser una y continua, con firmes lineamientos a seguir, debidamente socializados y acatados tanto como la misma ley.

protección normativa reforzada, tanto a nivel constitucional como legal²⁸⁶. En dicho marco, su limitación debe estar siempre mediada por criterios claros de ponderación y corrección:

Así las cosas, tendrá que concluirse que la labor del controlador de garantías, a efectos de verificar la corrección constitucional de las restricciones al ejercicio de la libertad, no es en modo alguno superficial ni reducida a la mera formalidad. Por el contrario, se trata de una función de la más connotada trascendencia en tanto persigue el debido equilibrio entre los intereses de la justicia, incluidas las víctimas, y los derechos del capturado que reclaman garantías plenas, materiales y eficaces para enfrentarse al Leviatán que se presenta en forma de represión criminal. (Cabezas, 2016, p. 134)

Lo anterior permite valorar el papel que debe cumplir realmente el juez penal en un caso donde sea necesario restringir la libertad para garantizar el cumplimiento, no solamente del debido proceso, sino de lo prescrito por la propia Constitución. Se destaca sobre todo el ejercicio de ponderación que debe hacerse frente a la norma y los derechos (Alexy, 2007), ya que no basta con cumplir lo dictado por la normatividad, sino que se hace necesario el acto creativo que posibilita un análisis real y más profundo de los hechos y las circunstancias que dan lugar a la posible restricción de la libertad. No se trata aquí con jueces de mármol, quienes aplican la ley de manera taxativa, como meros operadores judiciales, sino con jueces sintientes y actuantes dentro de la sociedad, conscientes de la gravedad de los asuntos que limitan las libertades de los implicados en el proceso.

De esta manera, el juez penal realiza un ejercicio tanto formal como material: formal, porque hay un dictado legal que no puede desconocer, máxime cuando la norma prescribe taxativamente

²⁸⁶ En este punto es necesario indicar que la Corte Constitucional destaca la naturaleza básica y estructural de este principio en el Estado de derecho (C-774, 2001), además de que la protección reforzada constitucional se deriva de su carácter de derecho fundamental establecido en los artículos 13 y 28 superiores. Más aún, la sentencia C-366 de 2014 establece a partir del articulado constitucional la existencia de reserva judicial en materia de restricción al derecho a la libertad, siendo la autoridad judicial competente, referida en el artículo 28 superior, el juez en función de control de garantías.

A pesar de esto se reconocen excepciones, como en la facultad de proferir orden de captura excepcional por parte de la Fiscalía, sometida a control posterior y solo procedente ante escenarios de imposibilidad manifiesta de acudir previamente ante el juez de control de garantías o de captura en flagrancia. Igualmente, la sentencia C-469 de 2016 destaca que, en el marco de la protección legal, la libertad está revestida de reserva de ley en la creación de las medidas que la privan o la restringen, y aparece sujeta al principio de estricta legalidad respecto a la fijación previa de las causales para su restricción.

cuándo y cómo debe imponerse la restricción de la libertad; pero, sobre todo, su ejercicio es material, creador en la búsqueda de una adecuada aplicación de la política criminal en el proceso, en la misma medida en que se entiende la libertad como uno de los derechos fundamentales que más consideración requiere pues, como se ha señalado, constituye uno de los enclaves de dicha política

Es necesario reconocer en este punto que el Código del Procedimiento Penal denota claramente este ejercicio material y formal de protección de la libertad, especialmente en relación al requisito de autorización previa proferida por parte de un juez en función de control de garantías sobre las formalidades taxativamente establecidas para restringirla mediante medida de aseguramiento, a partir de lo contenido en sus artículos 308 y 313, y respecto a la competencia del mismo juez para proferir orden de captura, con base al artículo 297.

Lo anterior es acorde además con que la decisión adoptada por el juez en función de control de garantías para proferir una orden de captura es esencialmente constitucional, ya que el mismo Código ha afirmado que la restricción de la libertad es legítima en tanto sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado, la protección de la comunidad y las víctimas (Guerrero, 2006).

Lo que se destaca aquí, en relación con el objeto de esta investigación, es el deber del juez penal de trascender lo meramente formal para analizar las particularidades de cada caso, como forma de contribuir con una política criminal que contemple la importancia de figuras sancionatorias alternas, más allá de la mera detención o privación de la libertad. Esto en la medida en que los casos no son todos iguales y, si bien la ley por principio parte de postulados generales, en la práctica le compete al juez ponderar si es realmente dicha necesaria la privación de la libertad²⁸⁷.

²⁸⁷ Desde una experiencia personal, me permito hacer aquí algunas consideraciones respecto de este tema: en el primer caso penal donde tuve que solicitar medida de aseguramiento en mi papel de fiscal, porque se cumplían todos los requisitos formales de ley respecto al delito de *corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico*, el indiciado en principio no aceptó cargos en audiencia de formulación de imputación, pero luego de estar cumpliendo una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario se acercó a la Fiscalía con la intención de celebrar un preacuerdo, ofreciendo información y además manifestando las razones por las cuales se había involucrado en esta conducta delictiva, de la cual se hallaba notoriamente arrepentido. Como fiscal opté por celebrar el preacuerdo con la autorización de las víctimas, quienes en principio no se opusieron, no obstante que consideraron dar comienzo al incidente de reparación integral previo al momento en que el juez penal de conocimiento profiriera sentencia. El acuerdo fue entonces aprobado y, posteriormente, la defensa del indiciado solicitó medida de aseguramiento domiciliaria,

Ahora bien, en los casos de procedencia de captura excepcional por orden de la Fiscalía²⁸⁸, cuando la privación de la libertad se hace sin autorización previa de un juez penal en función de control de garantías, dadas las circunstancias fácticas particulares, el control posterior debe contemplar las siguientes variables: que se haya procedido por un delito que admita la detención preventiva; que se verifique el control sobre la expedición de la orden motivada²⁸⁹, para que la Fiscalía proceda sin

con permiso para trabajar vendiendo bicicletas, acreditando el lugar donde lo haría y sobre todo la voluntad del implicado de cambiar su conducta. El despacho fiscal del cual estaba a cargo ordenó verificar la veracidad de esto y, una vez confirmado, apoyó dicha solicitud, no sin antes hablar también con el imputado y constatar su cambio. Desde la audiencia de celebración de preacuerdo hasta la sentencia se realizaron unos cinco encuentros, para discutir la petición de la víctima sobre la indemnización, fijada en una cifra exorbitante de miles de millones de pesos. Valga la pena resaltar que el indiciado asistió a todas las audiencias con la mejor disposición, y que el despacho fiscal estuvo pendiente y verificando que siguiera trabajando en la venta de bicicletas. Como fiscal en el caso, yo manifesté que el procesado era solo un eslabón dentro de la cadena delictiva, y que no se tenía conocimiento de elementos probatorios que permitieran afirmar que él pudiera pagar ese monto, por lo cual solicité que se estudiara la viabilidad de una cifra lógica (5 millones, en cuotas de 500 mil pesos) más una tarea social. Esta solicitud fue recibida de mala manera, y por supuesto no se accedió a ella ni por la defensa ni por el juez de conocimiento. En estas circunstancias, el sujeto fue condenado poco después, tanto a una pena de prisión privativa de la libertad, ordenando su captura en audiencia, como también a la cifra estipulada inicialmente que se sabía nunca podría pagar. Años más tarde, la defensa me hizo saber de las precarias condiciones del joven dentro de la prisión y de su decisión, no solo de proseguir en el delito, sino de no confiar más en la justicia.

Si bien este caso no refiere específicamente a la expedición de una orden de captura, sí trata sobre todo de la congruencia entre la medida impuesta y la necesidad o no de aplicación de una pena privativa de libertad. En ese sentido, ilustra la importancia de un ejercicio ponderado al momento de determinar la pena, para no romper dicha congruencia por factores menores o carentes de fundamento, dado que se hubiese podido dar una respuesta sancionatoria distinta a la privación de la libertad, mucho más idónea para preservar los fines de la pena y contribuir a la política criminal. Sin embargo, para ello se requiere superar la interpretación meramente formal de la concurrencia de requisitos, para considerar la procedencia de sanciones alternativas, puesto que resulta notoriamente injusto que por un corto sobrepaso del límite de tiempo de pena, en el que era procedente la detención domiciliaria, esta le fuese negada de plano sin evaluar todo el contexto social y jurídico del caso.

²⁸⁸ Esta excepción a la competencia del juez en función de control de garantías para proferir orden de captura se encuentra establecida dentro del artículo 300 del Código del Procedimiento Penal.

²⁸⁹ No está de más aclarar la distinción conceptual entre orden, motivación y autorización en el particular jurídico, con miras a precisar el sentido de lo afirmado. Así, desde el artículo 161 del Código del Procedimiento Penal y la sentencia C-897 de 2005, se asume como *orden* todo mandato o providencia proferido por el juez que no pueda ser calificado como sentencia o auto, y que esté encaminado a garantizar el desenvolvimiento de la actuación.

Ahora bien, respecto al concepto de *motivación* en el ámbito de las decisiones jurídicas, Ferrer (2011) expresa:

Podemos distinguir dos grandes respuestas a esta pregunta, que corresponden, grosso modo, a las concepciones “psicologista” y “racionalista” de la motivación. La primera de ellas identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión. La segunda, en cambio, entiende la motivación como justificación: una decisión motivada es, pues, una decisión que cuenta con razones que la justifican. (p. 89)

autorización judicial previa; igualmente se deben evaluar los requisitos contenidos en el artículo 300 del Código del Procedimiento Penal. Así, en primera medida debe verificarse la existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información veraz, que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada. Seguidamente se debe evaluar la existencia de alguna de las siguientes causales: (i) riesgo de evasión de la persona; (ii) probabilidad fundada de alterar medios probatorios; y (iii) peligro latente para la seguridad de la comunidad o de la víctima, en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado pueda realizar en contra de ellas una conducta punible. Además, se debe revisar el cumplimiento del término de máximo 36 horas para el sometimiento de la captura a control posterior por parte del juez en función de control de garantías.

Aunado a lo anterior, la sentencia C-226 de 2008 declaró la exequibilidad condicionada del referenciado artículo, bajo el entendido de que la expresión “cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla” implica que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez en función de control de garantías ambulante, antes de proceder al uso de la orden de captura excepcional, y que la información que permita inferir razonablemente la autoría o participación del indicado debe ser respaldada mediante alguno de los medios señalados en el artículo 221 del Código del Procedimiento Penal, a saber informe de policía judicial, o declaración jurada de testigo o informante.

Se estima que en este punto del proceso es cuando el juez en función de control de garantías debe ejercer mayor control, especialmente porque es en tales circunstancias cuando recae sobre el implicado todo el peso de la ley, representada aquí por la Fiscalía, lo que deja al individuo en una clara situación de desventaja respecto al poder punitivo del Estado.

La política criminal debería pues contemplar estos casos de manera clara y pormenorizada, más allá de lo puramente formal, puesto que la historia judicial del país muestra cómo en situaciones como estas se cometen todo tipo de abusos²⁹⁰, principalmente sobre quienes no cuentan con los

Lo anterior evidencia que la motivación se refiere a la exposición de los fundamentos razonados de la decisión o acto, que en este caso corresponde a la orden de captura, y difiere del acto de reconocimiento y permiso dado por la autorización, la cual se caracteriza como previa a la realización del acto.

²⁹⁰ Colombia cuenta en 2020 con un total de 26 397 demandas por privación injusta de la libertad presentadas desde 1991, cuyas pretensiones suman un total de 37.9 billones de pesos (El Tiempo, 2020), lo

recursos suficientes para hacer frente al aparato represivo estatal, y cuando la ley señala el respeto a la presunción de inocencia como una garantía para evitar arbitrariedades. De igual modo, se espera que la defensa solicite al juez en función de control de garantías los elementos materiales probatorios que demuestren la necesidad de la medida de aseguramiento.

Pasando a analizar la importancia de la política criminal en las decisiones de los jueces penales, se reconoce el rol que estos desempeñan dentro de nuestro modelo estatal, en el cual se encuentra garantizada la positiva efectivización de los derechos fundamentales estipulados en la Constitución como norma máxima, más aún cuando en la misma aparecen contemplados enunciativamente²⁹¹. Por ello, el juez se convierte en el garante primario de la aplicabilidad y respeto de los mismos, y se postula en consecuencia la necesidad de posibilitar para el mismo un cierto tipo de incidencia constitucional que le permita ser, no solamente guardián de la norma, sino quien realiza efectivamente el derecho penal, a partir del reconocimiento de la Norma Superior como fuente de donde surge el resto del ordenamiento jurídico.

En este mismo sentido, se reconoce al garantismo como un principio inmanente a la moderna realidad actual, establecido plenamente en Colombia con la Constitución de 1991, que supuso los fundamentos²⁹² para su plena materialización, hasta el punto de que, dentro del derecho penal, la

que incluso llevó a que el fiscal general Francisco Barbosa pidiera a los funcionarios de la entidad que las medidas de aseguramiento solo se solicitaran de manera excepcional (Noticias Caracol, 2020).

²⁹¹ Este carácter enunciativo es ostensible frente al fenómeno de construcción de derechos a partir de su reconocimiento por vía jurisprudencial, lo que invalida una positivización taxativa por parte del articulado de la Constitución. Entre estos casos de derechos de construcción jurisprudencial se pueden referenciar como ejemplos: el derecho al mínimo vital (CC, T-426, 1992; T-011, 1998; T-481, 2014), el derecho al agua (CC, T-578, 1992; T-418, 2010; T-740, 2011; T-312, 2012; T-652, 2013) y el derecho fundamental a la estabilidad laboral, reforzada por razón de maternidad (CC, T-739, 1998; T-1040, 2006; T-662, 2012; C-118, 2020).

²⁹² Al respecto, siguiendo a Ferrajoli (1995), se considera al garantismo como la cara de la efectivización del constitucionalismo, en tanto las garantías se entienden como vehículos para la materialización del catálogo de derechos contemplados por la Constitución dentro del marco del proceso judicial. Así, dicho catálogo de derechos y garantías con vinculatoriedad directa y especificados constitucionalmente viene a convertirse en el fundamento para caracterizar el modelo de Estado colombiano como efectivamente garantista:

El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder, *y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.* (CC, T-406, 1992, p. 8) [resaltado fuera del original]

corriente garantista²⁹³ ha adquirido actualmente una importancia considerable desde la doctrina y la jurisprudencia²⁹⁴. Esto ilustra el verdadero rol que debe desempeñar el juez en el proceso penal, en la medida en que, sin desentenderse de la norma, puede ampliarla, integrándola en un correlato extenso a partir de la fundamentación de los derechos humanos, omnipresentes a lo largo de todo el proceso.

Finalmente, se reconoce también en este contexto la trascendencia de las decisiones judiciales como directrices para la política criminal en el país, entendiendo que en el proceso pueden presentarse conflictos de derechos en materia penal, frente a lo cual se hace necesario un ejercicio de ponderación entre estos.

Sin embargo, lo que se evidencia respecto al desconocimiento de la garantía de los derechos fundamentales es que hasta ahora el sistema criminal colombiano no es plenamente operativo, o no da los resultados esperados, y que, como se evidenció en el capítulo anterior, las cifras de detenidos, las cárceles sobrepobladas y el número de crímenes en aumento constituyen expresiones de un fenómeno para cuya solución se postula, erróneamente, la eliminación de beneficios para los procesados y el aumento de las penas, soslayando generalmente la resocialización de quienes cometen los crímenes. En contraste con esto, uno de los elementos a los que se apunta en esta tesis es la consideración de cómo puede resultar mucho más eficaz, tanto para la justicia como para la

²⁹³ Para Ferrajoli (2006), esta corriente de pensamiento implica que:

[...] *garantismo y derecho penal mínimo* son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva — tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona [a partir de tres tesis centrales]: la primera es que existe un nexo indisoluble entre garantismo y justificación externa o política del derecho penal, es decir los fines que lo justifican. La segunda es que existe un nexo igualmente indisoluble entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción. La tercera es que el garantismo representa la base de una teoría crítica del Estado constitucional de derecho. (p. 11)

²⁹⁴ En la jurisprudencia colombiana se pueden observar usos abiertos y reconocimientos de adhesión a los postulados de la corriente de pensamiento garantista, tal se observa en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

Esto significa, que el poder punitivo del Estado no es absoluto, sino que se encuentra limitado por un catálogo de pautas rectoras contenidas en la Constitución y la ley, cuyo desconocimiento genera la deslegitimación de la sentencia [...]. Por esta razón, la adhesión de nuestro Estado social de derecho a la teoría del garantismo, impone la comprensión del derecho penal y el entendimiento de la pena, a la luz de los principios y derechos fundamentales incorporados en el ordenamiento jurídico, en particular, en la Constitución, los cuales irradian sus efectos interpretativos a todas las normas. (CSJ, 2015, p. 5)

sociedad colombiana, un sistema penal que brinde mayores garantías de derechos y un apoyo más decidido a los mecanismos de terminación anticipada.

Así pues, entre las conclusiones más valiosas de este trabajo investigativo se encuentra la necesidad de fortalecer otros caminos alternos para lograr los fines de la justicia, porque muchas veces la insistencia en llegar a juicio es agotadora y, peor aún, estos se pierden. Entonces, la invitación es no solamente a practicar medidas de terminación anticipada, sino que desde el entorno del proceso investigativo el juez penal puede identificar medidas que permitan una mayor incidencia social, por ejemplo, respecto a medidas privativas de la libertad, o en espacios de diálogo que generen mayor comunicación entre las partes.

Lo anterior debido a que cuando se cuenta con terminaciones anticipadas la obtención de justicia es más eficaz, mientras que, como se evidenció en el capítulo anterior y afirma la misma Fiscalía, resulta contraproducente el aumento de casos de juicio por acusación directa, ya que eleva la probabilidad de pérdida de los mismos por parte del ente acusador, puesto que si se percibe una mayor opción de salir bien librada de un juicio, la persona pueden preferir ese proceso que aceptar cargos o algún tipo de negociación, lo cual desgasta en últimas el aparato de justicia (FGN, 2020)²⁹⁵.

Con base en lo expuesto, para alcanzar una propuesta en la que, realmente, la perspectiva de aporte del juez penal sea el eje central de la construcción de una política criminal, no solo para encarcelar a los culpables, sino también para apuntar a resolver las problemáticas que aumentan las estadísticas criminales en la sociedad, se hace necesario pues realizar un análisis de las relaciones entre la función judicial y la política criminal.

Respecto de esto, uno de los presupuestos esenciales de un Estado social de derecho es una administración de justicia que proteja y haga efectivos derechos, libertades y garantías de las personas, desde el compromiso de asegurar la convivencia social y la integridad de un orden político, económico y social justo (CC, C-381, 1996). En el mismo sentido, la Corte Constitucional

²⁹⁵ En este estudio, la Fiscalía encontró que para los casos en los que se da acusación directa el número de sentencias absolutorias aumentó del 31 % en 2009 al 36 % en 2011 y al 53 % en 2019, cuestión que se percibe como preocupante en la medida en que un ideal de la justicia penal es que la probabilidad de condena al ir a juicio sea alta, lo cual genera incentivos para aceptar cargos y permite que los recursos se concentren en los casos que sí requieren juicio adversarial.

ha señalado a la actividad judicial y la administración de justicia como una de las tareas más básicas del Estado, cuyo objetivo final es la pacífica resolución de los conflictos surgidos dentro del cuerpo social (CC, C-1195, 2001). De esto se colige que las decisiones de la administración de justicia deben siempre ir orientadas a velar por las garantías y derechos de los individuos, buscando del mismo modo asegurar el bienestar social.

Por añadidura, en varias de sus providencias²⁹⁶ la misma Corporación ha identificado el acceso a la administración de justicia como un derecho fundamental, definido igualmente por diferentes tratados internacionales de derechos humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero este derecho no se entiende como una mera formalidad, sino que abarca además todas las condiciones materiales para que el acceso se dé con respeto a la Constitución y la ley, tales como la garantía al derecho a la igualdad y la independencia e imparcialidad de la entidad judicial (CC, T-799, 2011).

Por otra parte, como bien se ha señalado, “los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos” (CC, C-179, 2016, p. 48), lo cual acredita la trascendencia de la crucial función judicial para el planteamiento de una política criminal coherente en el Estado social de derecho, dado el objetivo de velar por el bienestar social a través de la protección de los derechos constitucionales. No obstante, como ya se analizó previamente, en muchas ocasiones esta función judicial es reducida a meros resultados de cifras de personas condenadas o medidas de aseguramiento impuestas, algo completamente en contravía del papel que debe cumplir la administración de justicia en el marco de una política criminal coherente con el Estado social de derecho.

A nivel de ejemplo de análisis, la Directiva 0001 del 2 de junio de 2020 de la Fiscalía General de la Nación (FGN, 2020a) resaltó el carácter extraordinario de las medidas de aseguramiento, reconociendo el derecho a la libertad como principio fundamental establecido desde la Constitución misma; a pesar de ello, tres días después, el 5 de junio, el mismo ente acusador definió la situación jurídica de Aníbal Gaviria Correa, gobernador de Antioquia, profiriéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia (FGN, 2020b). Lo

²⁹⁶ Tales como: T-066 de 1992, C-1027 de 2002, T-224 de 2003, T-114 de 2007 y T-117 de 2009.

paradójico del caso radica en la formulación de una directiva tan acorde a los fines constitucionales de la función judicial, para contrariarla materialmente tan solo tres días después con la formulación de la nombrada medida de aseguramiento, ya que, si bien estaba bien sustentada jurídicamente, en varios apartados el mismo ente acusador aceptaba que no aparecía tan explícita la necesidad de la misma²⁹⁷. Este comportamiento deja la idea de que la Fiscalía, amparada en el anterior sistema procesal penal, se orientó solo por los factores objetivos requeridos para imponer dicha medida privativa de la libertad, desde una perspectiva de Estado liberal de derecho, y no desde los presupuestos sociales de nuestro actual modelo estatal, donde sí operan directrices de aplicación de medidas alternas, en principio no solo para casos del Sistema Penal Acusatorio sino para todos en general.

Cabe señalar, no obstante, que esta decisión fue revisada posteriormente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual avaló la medida de aseguramiento mediante Auto AEP077 de julio 15 de 2020²⁹⁸, donde indica que la decisión del fiscal estuvo ajustada a la norma. Con todo, la reflexión que surge a la luz de esta investigación, compartida en su momento entre la comunidad académica, es si dicha medida estaba o no ajustada frente a los postulados del Estado social de derecho.

Finalmente, como refuerzo de todo lo anterior se hace referencia al capítulo anterior, donde se indagó mediante derechos de petición acerca de la conexión entre diferentes instituciones públicas y el Consejo Superior de Política Criminal para la construcción de estrategias y líneas claras de acción en la materia. A este respecto, una entidad como el Consejo Superior de la Judicatura respondió que el susodicho CSPC no le había hecho hasta el momento ninguna petición específica de información, lo cual no deja de ser insólito, dado que es a través del propio Consejo Superior de la Judicatura que se administran los datos reportados por los jueces penales, y resulta bastante obvio que dichos datos debieran ser una fuente básica de análisis para el principal órgano consultor

²⁹⁷ La Fiscalía intentó sustentar cada una de las razones expuestas para proferir dicha medida, si bien afirmó, por ejemplo, que “es dable concluir que la Fiscalía no cuenta con fundamento cierto que permita hacer una prognosis de evasión de la justicia” (FGN, 2020a, p. 114), o que “es cierto desde la época de los hechos hasta el presente ha transcurrido un lapso de tiempo considerable que no otorgaría lógica a la imposición de una medida privativa de la libertad” (p. 116), entre otras afirmaciones que llevan a concluir que no fue fácil para la misma encontrar argumentos concretos, y que hubiera sido posible imponer otro tipo de medida.

²⁹⁸ Procedimiento adelantado bajo la Ley 600 de 2000 y no la Ley 906 de 2004.

en política criminal del país²⁹⁹. A partir de esta y de otra respuesta similar dada en relación con los diversos informes periódicos de evaluación, planeación y gestión por parte de la Fiscalía General de la Nación³⁰⁰, se concluye que a la fecha no existe una buena conexión entre las entidades estatales que tratan temas penales y el Consejo Superior de Política Criminal, lo cual evidencia claramente una articulación deficiente en la relación que debería existir entre los fines de la función judicial penal y la política criminal colombiana.

4.3. Principales pautas judiciales para la optimización de derechos fundamentales como aportes en la política criminal colombiana

Ante el reconocimiento de la precaria o nula articulación entre la función judicial y la política criminal colombiana, procedemos a identificar luego algunos de los principales lineamientos judiciales aplicables para la optimización de derechos fundamentales, como pautas a tener en cuenta en la construcción de dicha política, valiéndonos del análisis de algunos instrumentos jurídicos considerados relevantes para esta investigación.

Anteriormente, en el capítulo 3 se determinó cómo la jurisprudencia de las Altas Cortes ha desarrollado principios y enfoques importantes a considerar para lograr en el país un ejercicio penal coherente con los postulados de un Estado social de derecho, si bien estas directrices hacen parte de una esfera estrictamente formal de la política criminal. Sin embargo, cuando se analiza el tema en el ámbito de lo real, es decir, en el manejo que se está dando a la criminalidad por parte de los funcionarios judiciales, y de las leyes que se están promoviendo para el logro de los mencionados fines por parte del Congreso de la República, lo que se encuentra es que tal realidad dista mucho de los planteamientos formales.

²⁹⁹ Al respecto cabe anotar que, para el SEJ (Servicio de Estadísticas en Justicia) del Ministerio de Justicia, las fuentes principales de información sobre criminalidad y política criminal y penitencia en Colombia pueden ser consultadas libremente en:

<https://sej.minjusticia.gov.co/PoliticaCriminalYPenitenciaria/Paginas/FuentesInformacion.aspx>

³⁰⁰ En el anterior capítulo se explicó que la comunicación entre Fiscalía y Consejo Superior de Política Criminal, al menos en el último lustro, se redujo a no más de tres solicitudes de información específica en el año 2017, dato sorprendente que revela la insuficiencia de las acciones de coordinación entre ambas entidades, dada la complejidad e importancia de funciones de cada una y el alto volumen de información que manejan, clave para la formulación de una política criminal más ajustada a nuestra realidad actual.

En efecto, según el análisis realizado en el capítulo anterior, el enfoque con que se abordan actualmente los casos penales en Colombia sigue siendo principalmente punitivista, orientado a que toda persona hallada culpable de delitos socialmente reprochables pague cárcel con altas penas, sin otras consideraciones, redundando con ello en las cifras de personas privadas de la libertad en las precarias condiciones de hacinamiento de los establecimientos carcelarios del país. Además, se constata que la mayoría de los proyectos de ley que pasan por el Congreso van encaminados a elevar las penas y reducir beneficios para los procesados, lo cual evidencia que no se está actuando de manera coherente con los postulados formales, pese a la existencia de algunos esfuerzos tendientes a implementar mecanismos alternativos de resolución de casos. Por ejemplo, un estudio reciente de la seccional de Derecho de la Universidad Santo Tomás, muy en la línea de la investigación desarrollada en esta tesis, pone de relieve que:

Hasta el momento no existen estudios cuantitativos que permitan determinar con precisión en qué porcentaje se ha incrementado la duración de las penas en Colombia, y cuáles son las implicaciones para una democracia constitucional, y para la sociedad en general. Y, a nivel del Legislativo-Gobierno, predominan las prácticas sin teoría criminológica. Hace falta avanzar hacia un modelo teórico-empírico que permita caracterizar cualitativa y, sobre todo, cuantitativamente las reformas penales más recientes, de tal manera que sea posible poner en evidencia qué bienes jurídicos tutelados están en auge y cuáles tienden a decaer. (Peñas, Rodríguez y Ramírez, 2019, p. 1)

Nos encontramos entonces frente a una realidad colombiana compleja, en la que además los índices de criminalidad mantienen una tendencia al alza, por lo cual resulta imperativo reconocer la necesidad de alternativas dentro de las políticas criminales pues, pese al establecimiento de amplios tipos penales, circunstancias de agravación y condenas estrictas, realmente no se vislumbran mejoras en la temática criminal sino que, por el contrario, los casos de violaciones, homicidios y hurtos mantienen tendencias al alza³⁰¹. Entre las figuras alternativas consideradas

³⁰¹ A modo de ejemplo, y según se analizó previamente, las cifras de la Corporación Excelencia en la Justicia dan una entrada total de noticias criminales en 2011 de 1 173 508 casos, mientras que en 2015 fue de 1 287 137 y en 2019 de 1 450 515. Particularmente fueron registrados 363 787 delitos contra el patrimonio económico en 2011, 411 883 en 2015 y 577 469 en 2019, así como 246 453 delitos contra la vida e integridad personales en 2011, 257 427 en 2015 y 211 502 en 2019, evidencia de un ligero descenso.

para la optimización de derechos fundamentales como aporte a la política criminal en el país se encuentran entonces el análisis criminal en contexto y los principios de oportunidad y preacuerdos, sobre los cuales nos pronunciaremos enseguida.

4.3.1. Análisis criminal en contexto.

El hecho de que hoy en día en el país tanto la Policía Nacional como la Fiscalía General de la Nación se permitan examinar otras propuestas de análisis criminal, como lo son la revisión de conductas penales contextualizadas en el entorno en el que se desarrollan, posibilita identificar tanto la existencia de dichas conductas como los factores generadores de las mismas, para dar pie con ello a la ampliación de los modos de investigación del fenómeno criminal. Solo de esta forma el Sistema Penal Acusatorio, y con ello la política criminal colombiana, podrán revertir la tendencia creciente de casos criminales en un país que pareciera ir poco a poco naturalizando estos escenarios.

La idea es que, en este nuevo sistema, se posibilite que estudiosos desde diversas disciplinas (historiadores, estadísticos, matemáticos, antropólogos, abogados) y otros profesionales conformen nuevos equipos de trabajo, tanto en la Fiscalía General de la Nación como en la Policía Nacional, para contribuir en la construcción de planes de acción pertinentes, destinados a trabajar en la línea de contexto. La idea principal es avanzar líneas de trabajo que constituyan una política eficaz de tratamiento, sobre todo en temas de derechos humanos, delitos de lesa humanidad y casos que ya parecían perdidos.

El objetivo real de este esfuerzo es pues alcanzar verdad, justicia y reparación, fines últimos del derecho, lo cual implica todo un cambio de paradigma³⁰² que permita impulsar el accionar del ente acusador, como sujeto único en el proceso al cual se le reconoce constitucionalmente la correspondencia de la acción penal, pero a partir de un trabajo mucho más integral y desde una visión interdisciplinaria.

Finalmente, respecto a delitos contra la libertad y formación sexuales fueron registrados 35 205 casos en 2011, 38 614 en 2015 y 46 533 en 2019 (CEJ, 2020).

³⁰² El proceso puede nutrirse con la perspectiva de otras disciplinas para, de esa manera, comprender al procesado, pero sobre todo el hecho que suscita que el proceso penal se active, buscando encontrar las causas que motivan ese actuar y emprender los correctivos necesarios, reconociendo siempre la importancia de los derechos fundamentales de quienes intervienen en dicho proceso.

En referencia a ello, la misma Fiscalía General creó en el 2012 la Unidad Nacional de Análisis Criminal para la revisión de casos en líneas de contexto³⁰³, por lo cual en su momento trabajaron mancomunadamente fiscales delegados ante el Tribunal, especializados, de circuito y locales. Este amplio grupo de investigadores y analistas estructuró además la Directiva 001 del 4 de octubre de 2012, que creó el nuevo sistema de investigación penal y de gestión de los criterios de priorización, situaciones y casos³⁰⁴.

Desde entonces, temas de materia penal en medio ambiente, vida, fe pública, narcotráfico, lavado de activos, corrupción, propiedad intelectual, hurto, delitos sexuales, terrorismo, derechos humanos y otros debieron tener presente dicha directiva, para lo cual se hizo necesario capacitar específicamente a los funcionarios judiciales, de modo que entendieran la operatividad del análisis del contexto en una nueva perspectiva de interpretación jurídica.

Partiendo pues de la necesidad de incorporar un elemento propositivo dentro de la estructura de la argumentación, se hace indispensable entender luego el contenido del derecho penal y sus componentes anexos, en la medida en que cada conducta tiene un origen, una cultura y unos actores específicos con vínculos extensos distintos, familiares y genéticos, que deben hacer parte de un análisis conjunto. Por esta razón, al momento de desarrollarse la investigación penal se debe enmarcar el estudio de cada caso desde una óptica valorativa, sin dejar de lado los principios y las normas del ordenamiento jurídico colombiano, desde la comprensión de que no son solo estos elementos, en un sentido estricto, los que determinan cada decisión judicial, sino y por sobre todo

³⁰³ Cabe aclarar que actualmente la Fiscalía General de la Nación funciona con una estructura establecida en el Decreto Ley 898 de 29 de mayo de 2017, el cual tiene como objeto crear y conformar:

[...] al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones criminales responsables de homicidios y masacres o que atenten contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos, incluyendo a las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, y la persecución de las conductas criminales que amenacen la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3.4.4 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

³⁰⁴ Los periodos de los fiscales generales son por cuatro años, y cada vez que hay un cambio se generan diferentes métodos o formas para trabajar las investigaciones. A la fecha (2020) no existe ya la Unidad de Análisis y Contexto, pero los casos que antes allí se adelantaban pasaron a ser parte de las Direcciones de Apoyo a la Investigación y Análisis.

los valores ínsitos, entendidos como objetivos de orden social e intereses colectivos de carácter económico y sociocultural (Atienza, 1997).

En ese orden de ideas, la investigación penal debe considerar implícita dentro de sus etapas procesales la gestión de cada operador encaminada a abarcar puntos de vista diferentes, que se enfoquen en un territorio o en comportamientos comunes. Por ejemplo, si en determinada ciudad se constata el aumento de una conducta penal específica, que ha generado altas cifras de violencia bajo una misma modalidad, llevada a cabo por sujetos de ciertas características comunes, entonces todo el conjunto de la sociedad se ve afectada en materia de seguridad, motivo por el cual se amerita la ejecución de una política pública, en tanto resulta un asunto de interés general. Así, dada la existencia de una denuncia penal, los investigadores deben manejar cada actividad de indagación sin perder de vista las realidades socioculturales y otros elementos particulares que, si bien pueden pertenecer a un campo de orden más político, por ser temas manejados a través de los medios de comunicación, merecen igual atención en los procesos.

Se trata entonces aquí de definir y crear dinámicas nuevas que permitan avanzar en investigaciones de las que se puedan derivar resultados teóricos, además de que las actividades que la Policía Judicial realice en el campo exploratorio deben también orientarse a evidenciar las causas del problema tratado. Posterior a un análisis jurídico que involucre el punto de vista de otros profesionales, expertos y peritos en temas objeto de revisión, es importante que se pueda lograr a partir de allí: (i) reflexión en ciertos entornos respecto al comportamiento delictivo que se viene presentando; (ii) sanciones proporcionales en cada caso concreto; y (iii) propuestas y cambios en materia de políticas públicas.

En nuestro país, la Directiva 001 del 4 de octubre de 2012 pretendió, en principio, introducir a los fiscales y a la Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación en un ambiente multidisciplinario, bajo una gerencia de investigación, para avanzar en la precisión de categorías como lugar, conducta, *modus operandi*, víctima, victimario y tiempo. A partir de aquí se podrían aplicar análisis que permitieran determinar la existencia de situaciones o casos potencialmente prioritarios³⁰⁵ para que, finalmente, los resultados fueran filtrados por criterios subjetivos, objetivos

³⁰⁵ Al respecto, hay varios documentos que conforman la directriz de la Fiscalía General de la Nación en materia de priorización, entre ellos: la nombrada Directiva 001 del 4 de octubre de 2012 (FGN, 2012); el libro *La priorización: Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de*

o complementarios. No obstante, es necesario reconocer que la correcta comprensión de esta novedosa forma de investigación requiere sobre todo de un cambio de enfoque entre quienes están llamados a aplicarla, más que de un sistema con amplios recursos humanos y económicos.

Este tipo de acciones permite vislumbrar nuevas formas investigativas que produzcan resultados quizá inimaginables hasta el momento, a partir de investigaciones abordadas de manera multidisciplinar, en las que converjan lo legal y lo político, dado que desde ambas vertientes se estructuran responsabilidades jurídicas. Por ejemplo, en casos de homicidios derivados de hurtos, mediante la identificación de parámetros como territorio, víctima y *modus operandi*, entre otros, se puede establecer si se trata de bandas organizadas o de otras situaciones que apunten a problemáticas más específicas. Este es el caso del llamado *fleteo*, en el que lo evidente es que algunos sujetos de forma organizada se apoderan con violencia del dinero que las personas retiran de entidades bancarias y, ante la resistencia de ellas, en algunos casos proceden a asesinarlas. Si este proceso es examinado por un abogado, básicamente, su análisis se enfocará desde la perspectiva legal, esto es, como señalábamos al principio de este estudio, en una adecuación de los hechos a un tipo penal en concreto. En el caso de que se presenten los requisitos para imputar cargos a los sujetos que cometieron la acción, se procederá a hacerlo. Pero, cuando el grupo al que corresponde estudiar el caso se conforma, entre otros, por profesionales en estadística, sociología, antropología, economía y ciencias políticas, se abren entonces nuevas perspectivas de decisión, pues cada profesional puede realizar propuestas desde su propio campo para resolver la problemática³⁰⁶.

investigación penal (FGN, 2013a); las relatorías del Seminario Internacional Importancia de la Construcción de Contextos en las Investigaciones Judiciales, dictado entre el 14 y el 17 de mayo de 2013 (FGN, 2013b); la Directiva 002 de 2015 (FGN, 2015); la *Caja de herramientas: guía práctica para la priorización*, que consta de cinco documentos en su página de internet (FGN, 2016b); y los *Criterios de priorización* especificados en una tabla en la misma página (FGN, s.f.).

³⁰⁶ Los aportes de otros expertos en ciencias diferentes al derecho han permitido que se obtengan resultados extraordinarios. Tal es el caso del politólogo consultado en el caso del carrusel de la contratación expuesto en el capítulo 2, cuyo testimonio como perito en ciencias políticas permitió obtener la sentencia condenatoria de primera instancia para Orlando Parada Díaz, por tráfico de influencias de servidor público en concurso heterogéneo con cohecho impropio, sentencia confirmada luego por el Tribunal Superior de Bogotá (2015). En el fallo de primera instancia se señaló lo siguiente:

[...] la Fiscalía se sirvió del perito [...] para explicar que lo sucedido al interior de la Unidad de Mantenimiento de Malla Vial no se trató de un hecho aislado, sino el resultado de una situación generalizada que se debe tomar como una real captura del Estado por servidores públicos y particulares, anteponiendo el bienestar general frente a sus intereses personales, que se concreta aún más a partir de la posesión del alcalde SAMUEL MORENO ROJAS por intermedio de unos acuerdos

Así pues, en una investigación penal pueden presentarse incluso hechos que no sean fácilmente tipificables dentro de una conducta punible específica, porque quizá no ha sido definido el tipo penal adecuado en su momento, como sucedió hasta antes de 2017 con los casos en los que se arrojaba ácido a mujeres, en los cuales, primariamente, concurren elementos de discriminación y factores de peligro para la comunidad, pero para los que se encontraba que solo se podía imputar inicialmente lesiones personales agravadas³⁰⁷. Sin embargo, para tipificar posteriormente este tipo de conductas es necesario que se adecúen a los principios de legalidad y, especialmente, de lesividad³⁰⁸, entendido este último como la posibilidad que permite la conversión en delitos de conductas que pueden lesionar o poner en peligro efectivo de lesión los bienes jurídicamente tutelados (Peláez y Quintero, 2020). Si se cumple con estos postulados jurídico-normativos, el funcionario judicial podrá proceder a formular acciones positivas para optimizar los derechos fundamentales de las partes en el proceso, tal y como se ilustró en el capítulo 2³⁰⁹.

La aplicación del derecho penal requiere pues de profesionales y expertos en materia policial y otros temas, quienes, articulados al trabajo investigativo, ejecuten sus análisis a partir de los elementos que se desprendan de una indagación, siempre bajo la dirección jurídica del fiscal. Resalta de este modo la necesidad de una aproximación multidisciplinar en esta actividad, dado que un equipo conformado integralmente por profesionales de áreas distintas ciertamente podría alcanzar mejores resultados, en la medida en que se permiten diferentes apreciaciones sobre un mismo asunto, además de que la colaboración con otros organismos posibilita al ente judicial responder con prontitud y eficacia a los requerimientos que la sociedad demanda.

llamados pactos de gobernabilidad. (Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, 2015, fol. 3)

³⁰⁷ A partir de la Ley 1773 de 2016, denominada “Ley Natalia Ponce”, se creó el artículo 116A por lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, con una pena de prisión de 150 meses a 240 meses y multa de 120 a 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

³⁰⁸ Esto significa construir un esquema del delito que, para establecer una inferencia razonable de autoría, participación, o incluso responsabilidad penal, exija como requisito jurídico penal la lesividad del comportamiento. Tal es el caso de accidentes de tránsito donde el indiciado conduce en estado de embriaguez (Revista Semana, 2013), en el cual se convierte la acción que se presenta inicialmente como lesiones culposas a homicidio con dolo eventual y culpa con representación.

³⁰⁹ Respecto a ello, Dworkin (1993), refiriéndose al significado del derecho, sintetiza su tesis e indica que, dentro del actuar del juez existe la posibilidad de no encontrar normas, lo cual implica que, apoyado en principios, este deba tomar su decisión, sin que ello sea considerado una “invención” del derecho, sino una garantía del mismo.

Este cambio de enfoque significa entonces que el trabajo judicial ya no puede concebirse como únicamente vertical, sino mejor como una actividad transversal y multidisciplinar, que involucra diversas complicaciones (Tilley y Laycock, 2010), en tanto la obtención de datos, su agrupación por aspectos comunes, y el análisis de distintos factores desde campos como la sociología, antropología, matemática, estadística e incluso artes, permitirían no solo analizar de manera más profunda los detalles de cada caso, sino también lograr verdad, justicia y reparación a través de una adecuada aplicación del Código Penal por parte de los jueces colombianos³¹⁰. Esto da lugar a la delimitación de un papel más productivo para los funcionarios judiciales dentro del Sistema Penal Acusatorio y, en consecuencia, en la política criminal, al posibilitárseles la generación de líneas de acción específicas que disminuyan el actuar delictivo.

Estas líneas de acción constituyen las herramientas que pueden proporcionar el sustento necesario de la política criminal en Colombia. El trabajo articulado entre diferentes disciplinas permitirá que el funcionario que deba adoptar decisiones en casos de investigación tenga mayor amplitud en la visión y una estructura clara de organización del trámite a desarrollar. La propuesta es que se actúe desde un trabajo grupal, pero metódicamente, en cada una de las indagaciones existentes, mediante la planeación interdisciplinaria que se menciona. Este enfoque implica igualmente que, como estudiosos del derecho penal y la política criminal, los funcionarios judiciales requieran formación en diversas perspectivas que les permitan una evaluación constante de las alternativas pasadas y presentes, para así alcanzar posiciones y críticas basadas en evidencia sólida, pero partiendo generalmente desde una reflexión ética (Huertas, 2019).

A manera de ilustración, si la persecución penal se orienta solamente a capturar a los autores materiales de crímenes, de manera quizá no fácil pero sí efectiva, se pueden obtener resultados con

³¹⁰ Respecto a las estrategias de priorización para el caso colombiano, López Medina (2010) afirma la necesidad de que el criterio de sistematicidad responda al menos a dos tipos principales de *casos matrices*: uno para tratar de revelar la sistematicidad en el actuar de grupos o particulares investigados en la UNJP, lo cual puede llegar, en algunos casos, a mostrar la coordinación existente entre frentes al más alto nivel de una empresa criminal. El segundo tipo de caso matriz exige *investigaciones temáticas* que buscan explorar y traer luz sobre formas específicas de delincuencia que afectan a grupos especiales, personas protegidas o bienes jurídicos particulares. En esta estrategia se destacan los siguientes puntos: (i) escogencia adecuada, entre posibilidades fácticas, tratándose de *casos temáticos*, para atacar temas de agenda pública de Justicia y Paz que exigen respuestas por parte de la comunidad internacional en temas de desplazamiento y violencia; (ii) realización de acusaciones particulares contra los individuos que tengan mayor responsabilidad; (iii) ampliación del portafolio de casos, para que también cubra prioridades relacionadas con la gravedad de los actos; y (iv) consulta de un criterio general subsidiario que responda mejor a válidas preocupaciones prácticas y estratégicas, logrando imputaciones efectivas y eficientes.

cárceles totalmente ocupadas, como sucede en principio en el caso colombiano. No obstante, es claro que el crimen no termina tras la encarcelación de la persona sino que, más bien, de no darse el trato correspondiente al interno en estos lugares, es precisamente allí donde nace o se fomenta la criminalidad³¹¹. Por ello resulta indispensable revisar otros factores adicionales, ya que a veces tan solo se considera el elemento jurídico, es decir, la tarea de analizar si lo fáctico se adecúa a lo normativo, o lo que se denomina en el sistema la tipicidad objetiva. De una u otra manera, y debido a la obligación de hacerlo, se revisa el tipo subjetivo, esto es, el conocimiento y la voluntad que tenía la persona al momento de realizar la acción, pero ello no debe significar el perder puntos de vista del contexto que resulten valiosos para el ejercicio de la justicia.

Así, cada elemento de tipo penal entraña unas vidas y unos motivos, que al ser examinados podrían generar nuevas perspectivas en el investigador, como causa eficiente para construir políticas nuevas que combatan las modalidades delictivas en el país. Sin embargo, el hecho de que se presente desconocimiento sobre el tema en particular por parte del operador judicial conlleva a que este se limite generalmente al aspecto normativo de la conducta, y deje todo este enfoque por fuera del ámbito de análisis, cuando tales circunstancias específicas podrían constituir un laboratorio de oportunidades para lograr los verdaderos fines de la justicia.

Con todo, resulta necesario destacar aquí los esfuerzos estatales, en especial de parte de la Fiscalía, por desarrollar herramientas que promuevan mayores estándares de eficiencia dentro de los actos encaminados a sancionar las conductas criminales³¹². Sin embargo, este empeño ha adolecido de diversos elementos multidisciplinarios, por lo cual ha experimentado dificultades en su

³¹¹ Como muestra de esto puede mencionarse que en Colombia el porcentaje de reincidencia ha venido subiendo, según cifras del Inpec, pues pasó del 16 % en 2016 a 17 % en 2017, 18 % en 2018 y 20 % en 2019 (CEJ, 2020).

³¹² Para lograr mayores resultados en materia de lucha contra la criminalidad la Fiscalía General cuenta con la Resolución 00738 del 24 de febrero de 2017, que aprueba el direccionamiento estratégico 2016-2020, además de que previamente se habían expedido varias directivas en ese mismo sentido, entre otras la ya mencionada Directiva 001 de 2012, la 002 de 2015, la 0001 de 2017 y la 0002 de 2017. Recientemente se aprobó el nuevo direccionamiento para el periodo 2021-2024, *En la calle y en los territorios*, el cual ya ha sido expedido formalmente, pese a que aún no se ha publicado la resolución correspondiente.

Por parte de la Policía Nacional existe a su vez un *Planteamiento Estratégico de Seguridad y Convivencia Ciudadana 2018-2022*, como una perspectiva de fortalecimiento institucional, teniendo en cuenta que:

Los cambios de país, las demandas y expectativas sociales determinan actualmente, y de cara a los próximos años, la orientación de la política pública, la estructura de Estado, el fortalecimiento de la Policía Nacional y, con ello, las estrategias y acciones policiales para el mejoramiento ostensible de la seguridad y convivencia en todo el territorio nacional. (Policía Nacional, 2018, p. 3)

implementación debido a la carencia de estos, lo cual a su vez evidencia la necesidad de un análisis criminal más preciso que proporcione lineamientos específicos sobre la materia.

Entre las figuras creadas cabe destacar la definición de políticas públicas³¹³ por parte de la Dirección Nacional de Políticas Públicas y Planeación, oficina adscrita a la Fiscalía General, a la cual, mediante el Decreto Ley 016 de 2014, se le delega la función de implementación de la política pública de priorización en todo el país. Esta figura se encuentra regulada mediante las Directivas 001 de octubre 4 de 2012 y la Directiva 002 de diciembre de 2015 de la Fiscalía General de la Nación. Según esta última, dicha política pública de priorización se orienta:

[...] al diseño e implementación de una técnica de gestión estratégica de la carga de trabajo y del flujo de casos que son puestos en conocimiento de la FGN para el manejo analítico de la investigación y del ejercicio de la acción penal y de la acción de extinción de dominio. (FGN, 2015, p. 2)

Entonces, la priorización: (a) parte de la caracterización de toda la carga de trabajo de las dependencias que desarrollan labores misionales en la Fiscalía; (b) permea la toma de decisiones en la actividad cotidiana de la Fiscalía respecto al manejo estratégico del inventario y del flujo de casos; (c) no solo se traduce en el establecimiento de un orden de atención a situaciones y casos concretos, sino que además incluye el uso de diversas herramientas de gestión administrativa y de investigación penal.

Esto implica para el ente acusador colombiano el establecimiento de diversos parámetros de flujo y conocimiento de casos, así como de la forma como se debe llevar a cabo la investigación basándose en la necesidad y urgencia de dicha actuación. Todo ello, además de una guía de

³¹³ Es necesario aquí establecer la distinción entre la política pública llevada a cabo por parte de la Fiscalía en su labor investigativa y la política criminal, cuando esta última:

[...] tiene que ver con la “criminalización primaria” o definición de un comportamiento como delito, que es su fase legislativa; igualmente se vincula con la “criminalización secundaria”, esto es con la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que es el problema de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles; y finalmente también se vincula con la “criminalización terciaria”, esto es, la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que es la fase de ejecución penitenciaria. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 17)

lineamientos respecto a los actos de administración de la entidad³¹⁴, orientados a la optimización de la actividad de la Fiscalía y a la garantía a los derechos de las víctimas.

Esta política aparece fundada pues en el análisis de contexto³¹⁵, mediante la asociación de casos bajo patrones comunes y la realización de diagnósticos de criminalidad. Al respecto, se ha señalado que:

[...] esta novedosa tendencia de investigación (priorización) [...] pondera entre el garantismo y el eficientismo jurídico, entre los derechos de las víctimas y el derecho de los indiciados, entre lo sustantivo y lo procedimental del derecho penal. En otras palabras, los fines de la justicia hacen necesario romper con un modelo de investigación que ante todas luces resultó ser ineficaz por otro que se ajuste a las realidades sociales. (Córdoba y Valencia, 2018, p. 8)

A pesar de ello, más adelante, los mismos investigadores sostienen que:

[...] la mayor dificultad con la que se tropezó la Fiscalía a la hora de delimitar los alcances del análisis en contexto es que en Colombia no existe academia en la que el análisis criminal, base fundamental para la construcción de contextos, sea una profesión; por lo tanto, ante la ausencia de analistas y sobre todo la inexperiencia en el análisis criminal, ha hecho que el análisis en contexto dentro de la implementación de la política pública de priorización no se haya consolidado. (p. 49)

Si se entiende entonces el análisis de contexto desde su acepción más general de conocimiento sobre los elementos fácticos que permiten una priorización en la investigación, se puede visualizar

³¹⁴ La Directiva 002 de 09 de diciembre de 2015 se refiere a un cambio general de ampliación del sentido de la priorización, y, como especifica la entidad, las actividades que diseña para ello pueden consistir en la destinación de mayores recursos técnicos, operativos, logísticos y/o humanos para la investigación de situaciones o casos (FGN, 2015).

³¹⁵ Tal como indican Córdoba y Valencia (2018):

La Fiscalía en los diferentes documentos públicos ha utilizado el concepto de análisis de contexto por lo menos con cinco concepciones diferentes. Ellas son: una concepción subjetiva atinente a organizaciones delictivas, una concepción objetiva relacionada con la agrupación de casos, una concepción de la investigación de crímenes desde la perspectiva internacional, una concepción del análisis de contexto como heurística, y una concepción del análisis de contexto como sucedáneo de prueba. (p. 52)

así la manera como un trabajo multidisciplinar permitiría una investigación criminal más amplia a partir de herramientas que permitan su efectiva aplicación.

Así, la propuesta de un nuevo enfoque en el derecho penal pasa inicialmente por hacer objeto de análisis multidisciplinario los aportes de los fiscales y jueces, desde las investigaciones que adelanten y sobre las cuales corresponda emitir un juicio, respectivamente, para permitir que quienes representan el poder penal puedan introducir líneas nuevas de acción en una política pública articulada en materia criminal, cuyos objetivos principales sean la reducción y prevención del crimen, garantizando una verdadera resocialización y minimizando el recurso al derecho penal como solución a todos los conflictos sociales.

A modo de cierre, la justificación del método de análisis en contexto que ha sido explicada en esta subsección se torna interesante para un siguiente estudio, realizable sobre casos concretos en materia de preacuerdos y considerando la participación del juez penal como optimizador de derechos fundamentales en dicho instrumento procesal.

4.3.2. Del principio de oportunidad y los preacuerdos.

A continuación se realiza una exposición de estas dos figuras jurídicas dentro del Sistema Penal Acusatorio³¹⁶, establecidas a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, desde su aporte a la política criminal en Colombia.

Al respecto, en el reciente XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (2020) se abordó el tema al describir los *cimientos político-criminales* sentados desde la reforma constitucional promovida por el mencionado Acto Legislativo, y materializados a través de la instauración del Sistema Penal Acusatorio con la Ley 906 de 2004, a partir de lo cual se establecieron como postulados principales: (i) la idea de que la sociedad se construye a partir de una noción de *conflicto*, así como la necesidad de replantear el papel que cumple dentro de este la administración de justicia, concebida así como una *función pública* de resolución de conflictos sobre intereses

³¹⁶ Sobre ambos instrumentos, Pérez Alarcón (2018) señala que son “la materialización en el derecho penal del principio dispositivo, consistente en la facultad de, al mejor estilo civilista, transigir y desistir de la acción penal. En el primer escenario aparece la figura de los preacuerdos y en el segundo el principio de oportunidad” (p. 19).

jurídicamente tutelados mediante el derecho, teniendo en cuenta que, mediante mecanismos punitivos, pero también rehabilitantes o reparatorios, dicha resolución viene a constituir la esencia de la justicia penal; (ii) la promoción de la posición preferencial de las víctimas, desde un proceso penal instruido como mecanismo de resolución de conflictos y restablecimiento de la paz social, para lo cual se consideran mecanismos de justicia restaurativa como la mediación y la conciliación; (iii) el replanteamiento del concepto de víctima por uno más amplio y plural, para superar la acción civil como única forma, además de limitada, de intervención de las víctimas en el proceso, precisando medidas de atención integral orientadas a la reparación y restablecimiento de derechos, así como la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa.

En relación a los instrumentos de acuerdo y negociación se destaca la sentencia SU-479 de 2019, que estableció las finalidades de los mismos y fijó las reglas a seguir para su implementación, así como los límites en el ejercicio de facultades discrecionales. Entre los postulados establecidos se destaca el propósito de que las decisiones sean respetuosas de los derechos fundamentales, tanto del indiciado o acusado como de los de las víctimas, resaltando por sobre todo el deber de perseguir y castigar el delito. Por su parte, los límites a estas facultades discrecionales se encuentran en el sometimiento a los principios de legalidad y de proscripción de la arbitrariedad en la autoridad pública, el cual rige en Colombia pese a no aparecer expresamente consagrado en la Constitución. Ahora bien, dichas facultades discrecionales otorgadas a la Fiscalía no implican poderes arbitrarios e ilimitados para negociar, sino que deben ejercerse siempre de acuerdo a los *finés* de la normativa de preacuerdos, razonada y proporcionalmente, y con garantía los derechos fundamentales. Así, un acuerdo para alcanzar una sentencia anticipada no puede darse a cualquier costo o arbitrariamente, solo para poner fin a la actuación criminal, y olvidando por tanto el objetivo de hacer justicia, sino que tal opción debe ajustarse siempre a los principios constitucionales.

Así pues, dichas figuras establecen límites al poder discrecional que asiste a los fiscales, además de que orientan la labor de estos y de los investigadores, defensores, jueces en función de control de garantías, víctimas y procuradores en el marco de sus competencias, constituyendo parámetros de control para los jueces de conocimiento, al momento de proceder a su aprobación. Por lo mismo, los fines de aplicación de estos instrumentos deben concentrarse sobre todo en humanizar la actuación procesal y el carácter de la pena, promoviendo soluciones a los conflictos sociales que genera el delito, y propiciando la reparación integral a los perjuicios ocasionados, para lograr incluso la participación del imputado en la definición de su caso.

Respecto al control de legalidad, se debe verificar que no se desconozcan los derechos fundamentales, que haya habido una decisión libre, voluntaria, consciente y debidamente asesorada, y que se respeten los fines anteriormente enunciados. Por último, el juez debe realizar el control del acuerdo o negociación verificando primariamente el principio de legalidad y el sometimiento al núcleo fáctico de la imputación, además de las prohibiciones legales a partir de las directivas expedidas por la Fiscalía y las pautas trazadas por la política criminal. En últimas, todo este aparato ha sido establecido como herramienta de acreditación de la justicia, a través del acatamiento de las directrices expedidas por la Fiscalía y de sus pautas político-criminales, así como del respeto al principio de igualdad.

Se deduce entonces que el uso de estos dispositivos alternativos por parte del ente acusador juega un importante papel en materia de racionalización del poder punitivo ligado al uso minimalista de la fuerza del Estado. De allí que los mismos tengan la potencialidad de operar un importante papel en la modelación de una política criminal que los considere en su ejercicio de la justicia penal.

Por otra parte, la figura del preacuerdo es regulada dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano por la Ley 906 de 2004, la cual la define como una relación de índole contractual entre la Fiscalía y el acusado para establecer una serie de compromisos por parte de este último³¹⁷. Tal relación se caracteriza por no ser inmediatamente vinculante para las partes, en tanto que requiere ratificación por parte del juez. A cambio de la cooperación del procesado a través de los compromisos pactados, el fiscal queda facultado para³¹⁸: (i) eliminar un cargo específico o una causal de agravación³¹⁹; (ii) conceder un descuento en la pena según la etapa en la que se halle el

³¹⁷ Para la Corte Suprema de Justicia, los preacuerdos están encaminados a humanizar la actuación procesal y la pena, a obtener pronta y cumplida justicia, a activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, a propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados y a lograr la participación del imputado en la definición de su caso, siempre verificando que sean conformes con las directivas del ente acusador y de la política criminal colombiana, con el fin de dar prestigio a la administración de justicia (CSJ, 2019).

³¹⁸ En la práctica, la Fiscalía cuenta entre sus directivas, y en el desarrollo jurisprudencial, con las siguientes modalidades de preacuerdo: sin rebaja de pena, simple, con eliminación de causal de agravación específica, con eliminación de un cargo específico, con degradación y con aceptación típica o aceptación de un delito relacionado de pena mayor (Saray y Uribe, 2017; Peláez y Mora, 2020).

³¹⁹ Al respecto ver sentencia Radicado 41417 del 27 de noviembre de 2013 (CSJ, 2013d), donde la Corte Suprema de Justicia emitió fallo de casación, resolviendo casar parcialmente en un caso de abuso sexual y acceso carnal, en la medida que se imputó y acusó con las agravantes del numeral 2 y 5 del artículo 211 del CPP, esto es por temas de confianza y porque era el padrastro. Frente a ello, la Sala de Casación Penal identificó que se incurrió en un error y se transgredió el principio de *non bis in idem*, dado que “se incurrió

proceso³²⁰; (iii) tipificar la conducta de manera más leve³²¹; y (iv) transar las consecuencias de la pena y fijarlas de modo acordado³²².

La regulación en materia de preacuerdos viene dada para la Fiscalía por la Directiva 001 de 2006, la cual, desde el ámbito reglamentario de la normativización, encuentra una aval constitucional en sentencias como la C-558 de 1994, la C-037 de 1996, la C-1092 de 2003 y la C-1260 de 2005 (Pérez Alarcón, 2018).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, los preacuerdos obligan al juez de conocimiento, salvo que se improben determinadas violaciones a las garantías fundamentales: cuando sea evidente que no existe un mínimo de prueba para condenar (esto con miras a evitar falsas autoincriminaciones), o que en razón de la justicia sea viable y aconsejable absolver, a pesar de la aceptación de cargos; también, ante la concurrencia de vicios de consentimiento; cuando se confiere más de una modalidad de beneficio; cuando se desconozcan normas de rango legal respecto a la dosificación de la pena; y cuando la víctima no sea escuchada por parte del fiscal al momento de la negociación.

en una doble valoración de una circunstancia del hecho delictivo al adecuarla a dos agravantes específicas propias de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuando solo una de ellas comprendía todos los aspectos que llevaban a agravar el comportamiento, y por lo tanto procedió la redosificación de la sentencia lo que no afectó los extremos de la sanción legal prevista". Esto significa que si en un preacuerdo nos encontramos con dos agravantes, se puede presentar la opción de eliminar una de ellas y esto no sería un beneficio adicional en el caso de haber dado una rebaja de la pena principal (CSJ, 2013a).

³²⁰ Jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia en Auto AP5286 de 2017 establece que esta será hasta la mitad de la pena antes de ser presentado el escrito de acusación, hasta la tercera parte entre la radicación del escrito de acusación y la terminación de la audiencia preparatoria, y de la sexta parte al inicio de la audiencia de juicio oral. En casos de captura en flagrancia solo opera la cuarta parte de los anteriores montos.

³²¹ Al respecto ver la sentencia SP7100, de junio 1 de 2016, donde la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia resuelve un recurso contra sentencia del 27 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que confirma una condena dictada en primera instancia por el delito de fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por preacuerdo celebrado donde se modificó la participación del implicado de autor a cómplice. Lo anterior permite identificar la viabilidad de esta alternativa (CSJ, 2016).

³²² Respecto a esta última posibilidad cabe destacar que existen prohibiciones materiales, toda vez que, primordialmente, se otorga la posibilidad de que el fiscal acuerde con el acusado el reconocimiento de la suspensión de la pena o la prisión domiciliaria, siempre y cuando no se concurra en alguno de los eventos de prohibición expresa para estas figuras: delitos de carácter doloso cuya víctima sea un menor de edad (Ley 1098 de 2006, art. 166), antecedentes penales del acusado o adecuación a delitos graves, delitos contra la administración pública (Ley 1474 de 2011, art. 13), feminicidio (Ley 1761 de 2015, art. 5) y delitos contra la libertad y la seguridad (Ley 1121 de 2006, art. 26).

En relación a este tema de los preacuerdos, no se pueden dejar de lado los diversos pronunciamientos jurisprudenciales tanto de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), con sus aportes y retrocesos, como de la Corte Constitucional (CC), que limitan el uso de los mismos. Metafóricamente, puede calificarse esta variedad de decisiones como una *montaña rusa*³²³, con los siguientes puntos coyunturales:

1. En el año 2005 se presentó una primera cuestión histórica en el debate sobre los preacuerdos, la cual se generó como consecuencia de los procesos adelantados bajo la Ley 600 de 2000 que se analizaban en la CSJ y donde surgió el problema jurídico de si procedía la aplicación por favorabilidad de la Ley 906 de 2004 en dichos casos cuando se generaba sentencia anticipada. Para algunos magistrados no era viable aplicar un sistema procesal en otro, en la medida en que ambos son diferentes (CSJ, Auto 22716 de mayo 11 de 2005, con salvamento parcial de voto del magistrado Yesid Ramírez Bastidas). Para otros sí era viable (CSJ, Radicado 21347 del 14 de diciembre de 2005a, si bien aparecen dos salvamentos parciales de voto, por parte de los magistrados Marina Pulido de Barón y Alfredo Gómez Quintero, y una aclaración de voto del magistrado Álvaro Pérez Pinzón), en tanto se admite la opción de favorabilidad frente a la coexistencia de legislaciones, siempre y cuando se parta de los mismos supuestos de hecho, según el artículo 29 de la Constitución, que en materia penal autoriza aplicar normas que beneficien la situación del procesado, así estas no hubiesen regido en el trámite del proceso. Esto significa que las normas propias del sistema acusatorio colombiano de 2004 son susceptibles de aplicarse por favorabilidad a casos llevados por el Código de Procedimiento Penal de 2000, siempre que no se refieran a instituciones propias del nuevo modelo procesal y que los referentes de hecho en los dos procedimientos sean idénticos.

Aunque en esta sentencia se trae a colación la distinción entre el régimen de sentencia anticipada como acto unilateral y la aceptación de cargos como acuerdo bilateral entre el fiscal y el imputado, se reconoce en todo caso el derecho que asiste al procesado de:

³²³ Debo a Harry Mora, académico y asesor de la agencia OPDAT del Departamento de Justicia de los EE. UU., el reconocimiento por la autoría de este análisis que él denomina de ocho momentos jurisprudenciales en materia de preacuerdos, expuesto en algunas de sus conferencias, y quien tuvo a bien concederme el pleno permiso para su uso.

[...] anticipar la sentencia a cambio de una rebaja en la pena, así la Fiscalía se niegue a conversar con él para negociar sobre hechos a imputar y consecuencias [...] debiéndose eso sí acordar con la Fiscalía la porción de la rebaja punitiva en todos aquellos casos en los que la misma sea flexible y no automática. (CSJ, 2005a, p. 23)

Igualmente, la aclaración de voto del magistrado Álvaro Pérez Pinzón señala que no es posible asimilar los allanamientos a la pretérita sentencia anticipada bajo el argumento de que en ambos concurren elementos de unilateralidad, sino que tanto los allanamientos como las negociaciones de acuerdos son figuras bilaterales, con la diferencia de que, en principio, estos últimos admiten más convenios que los primeros. En este sentido, nótese cómo desde esta primera etapa existieron consideraciones en la Corte respecto a la calificación del allanamiento a cargos como una forma de preacuerdo, identificando ambas figuras como negociaciones bilaterales.

2. Entre 2006 y 2007, la CSJ avanzó en considerar que sí existía diferencia entre los preacuerdos y los allanamientos, enfatizando en que, a pesar de que los dos son formas de negociación, los primeros son actos bilaterales, mientras que los segundos actos unilaterales. Al respecto es importante como referente la sentencia de la CSJ con radicado 24531 de 2006, que explora sobre la mencionada diferenciación. De igual forma durante este periodo aparece la sentencia C-516 de 2007, donde la CC expone la importancia del papel de la víctima en la celebración de un preacuerdo, de modo que, incluso en caso de que a esta no le sea comunicado el contenido del mismo, puede ser inaprobado.

3. En 2008 la CSJ conceptualizó en la sentencia 25306 de 2008 sobre el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que titula “Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado”, e indica que el allanamiento unilateral a cargos no es asimilable al preacuerdo³²⁴, en tanto la norma solo se debía aplicar en los actos bilaterales, es decir, en preacuerdos.

4. Entre los años 2007 a 2010 se percibe en la CSJ la influencia de los pronunciamientos de la CC, partiendo de sentencias como la C-1195 y la C-1260³²⁵, ambas de 2005³²⁶, las cuales sostienen el

³²⁴ Esta es la posición de base que sustenta el enfoque de la tesista, es decir, que los preacuerdos son figuras bilaterales, con un componente de negociación, mientras que el allanamiento a cargos es una figura eminentemente unilateral.

³²⁵ Particularmente, la sentencia C-1260 de 2005 establece el compromiso del juez, sea de garantías o de conocimiento, de verificar que no se desconozcan ni quebranten las garantías fundamentales del procesado,

deber que tiene el juez penal de realizar el control material e intervenir en los preacuerdos. Para el periodo en mención las sentencias condenatorias por vía de preacuerdos eran muy bajas —algo que queda manifiesto en las gráficas presentadas en el capítulo 3 de este trabajo de investigación— y es solo hasta 2013, con el cambio de postura, que vuelven a incrementarse esas cifras. Así mismo, durante esta etapa se produce la sentencia C-059 de 2010, donde se aborda el tema del reintegro del dinero en materia de preacuerdos, relacionado con el ya citado artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

5. Entre 2013 y 2017, aproximadamente, la CSJ reasume la posición según la cual el Sistema Penal Acusatorio es adversarial, y en ese sentido no es posible hacer control material salvo que se presente afectación de derechos fundamentales, lo cual se aborda en diferentes sentencias, tales como la sentencia con radicado 39892 de 2013, la SP9853 del 2014 y la SP14191 de 2016 (CSJ, 2016a). La consecuencia de esto es que se abre una ventana al incremento en la aprobación de preacuerdos, lo cual como se mencionó en el anterior ítem se acredita en esta tesis.

cuando este se acoge de manera libre, consciente y voluntaria, informado y asesorado por la defensa, al dictamen de una sentencia anticipada —lo que implica la renuncia a la realización del juicio— o cuando acepta la culpabilidad al inicio del juicio oral, lo que permite dictar sentencia condenatoria sin necesidad de llevar a cabo el juicio, a cambio de obtener determinados beneficios y rebajas en la pena imponible. Así pues, el control de legalidad corresponde a la verificación, en estos casos de renuncia al juicio, del cumplimiento del debido proceso y de la garantía de los derechos fundamentales del procesado, en aras de una pronta y cumplida justicia. En todo caso, si el juez advierte un fallo o desconocimiento de estas exigencias, deberá rechazar la alegación de culpabilidad y adelantar el juicio agotando todas las instancias de trámite correspondiente.

Complementariamente, la sentencia C-1195 de 2005 señala que, una vez se constata que la aceptación de responsabilidades se ha hecho de manera voluntaria por parte del imputado, debidamente informado y asesorado por la defensa, se asume la adopción de esta figura como un acto serio y digno de credibilidad, por lo que no caben entonces posteriores retractaciones, dado que con ello se corre el riesgo de menoscabar la eficacia del procedimiento y, más ampliamente, de causar detrimento en la administración de justicia. Sin embargo, cabe reiterar que, según al artículo 380 de la Ley 906 de 2004, corresponde al juez valorar en conjunto los medios de prueba, tanto como la evidencia y la información obtenida de manera legal, mientras que el artículo 381 señala que para emitir una condena se requiere la verificación, más allá de toda duda, de la comisión del delito y de la responsabilidad plena del procesado, sobre la base de las pruebas allegadas.

³²⁶ El 1 de enero de 2005 comenzó a ejecutarse el SPA, si bien el cambio de sistemas entre los jueces fue implantándose de manera gradual, y de hecho se presentó en ese tiempo una situación de coexistencia paralela entre la normatividad dictada por la Ley 600 de 2000, cuyo paradigma resulta más conforme con un Estado liberal de derecho, y el sistema penal de tendencia acusatoria estipulado por la Ley 906 de 2004, que recoge los lineamientos propios del Estado social de derecho, al punto que, al día de hoy, muchos operadores judiciales mantienen aún concepciones y modos de acción arraigados en el viejo paradigma. A todo esto se añade que hubo de transcurrir un tiempo entre la resolución de casos relevantes en el nuevo sistema y su posterior arribo a las altas instancias de la CSJ para la elaboración de una jurisprudencia pertinente en materia de preacuerdos y allanamientos, lo cual justifica el lapso de tiempo entre la expedición de las sentencias mencionadas y el periodo especificado.

6. El 27 de septiembre de 2017 se resolvió el emblemático caso Nule, con sentencia SP14496 (CSJ, 2017b), en donde se consideró que el allanamiento a cargos era una modalidad de preacuerdo, y al serlo, debía aplicarse la norma de reintegro de lo obtenido según el artículo 349 del Código Penal. Esta decisión volvió a limitar la posibilidad de allanarse a cargos, sobre todo en casos de administración pública donde generalmente se presenta la obtención de dineros como parte de la conducta, situación que congestiona el actuar procesal.

7. Para el año 2019 la CC retomó, a través de la sentencia SU-479, la posición adoptada previamente en la sentencia C-1260 de 2005, dando prelación al juez penal para que intervenga en los preacuerdos con un control material, cumpliendo así con el principio de legalidad. Esta medida generó nuevamente confusión, pues desde 2013 a 2017 se estaba operando con mayor auge la celebración de preacuerdos, pero al presentarse este pronunciamiento se limitó nuevamente dicha posibilidad.

Lo anterior, porque en esta sentencia de unificación la CC resume las distintas posturas sostenidas en los últimos años respecto a la celebración de preacuerdos y negociaciones entre el imputado y la Fiscalía y respecto al control material que debe ejercer el juez penal en esta materia, advirtiendo en todo caso que en la jurisprudencia de la CSJ no se ha alcanzado hasta el momento una posición unificada y pacífica.

En relación al tema, la CC se remite a la jurisprudencia de la CSJ, específicamente a la sentencia SP14191 de 2016, la cual identifica fundamentalmente tres tendencias bien diferenciadas: (i) la que niega toda posibilidad de control material, amparándose en una posible afectación al principio de imparcialidad y a la estructura de partes del SPA³²⁷; (ii) la que acepta una posibilidad de control más o menos amplio, referido a temas específicos como tipicidad, legalidad y respeto del debido

³²⁷ Las jurisprudencias previas de la CSJ que sostienen esta línea de pensamiento son las siguientes: CSJ AP, definición de competencias 29994 de 15 de julio de 2008 (CSJ, 2008a); CSJ SP, casación 38256 de 21 de marzo de 2012; CSJ SP, casación 37951 de 19 de junio de 2013 (CSJ, 2013a); CSJ AP, segunda instancia 41375 de 14 de agosto de 2013 (CSJ, 2013b) y CSJ AP, segunda instancia 39886 de 16 de octubre de 2013 (CSJ, 2013c).

proceso³²⁸; y (iii) la que postula un control parcial, restringido únicamente a situaciones de manifiesta violación de garantías fundamentales³²⁹.

En esta sentencia la CSJ acoge en últimas la tercera postura, la cual:

[...] reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales. (p. 25)

De todos modos, la sentencia SU-479 reconoce, en consonancia con la ya mencionada C-1260 de 2005, la potestad que tiene el fiscal de realizar acuerdos con el acusado, con el fin de dar término anticipado al proceso, siempre y cuando obre de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas propias del caso, realizando una simple labor de *adecuación* del tipo penal, y no de *construcción* del mismo, como límite que aplica para el reconocimiento de las causales de atenuación punitiva. En esa misma medida, le corresponde al juez aceptar los preacuerdos celebrados o la alegación de culpabilidad, convocando entonces una audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

Es decir que, aunque se admite que el fiscal cuenta con un cierto nivel de discrecionalidad para realizar acuerdos y negociaciones consensuadas con el acusado, en ningún momento se trata aquí de una facultad arbitraria o ilimitada, sino de una capacidad reglada y sometida a su vez al control material por parte del juez penal, de acuerdo a los fines de los preacuerdos, al cumplimiento de principios de razonabilidad y proporcionalidad y al respeto por las garantías fundamentales de las partes involucradas en el proceso.

Por todo ello, la CC encuentra en la sentencia bajo estudio que la segunda de las posturas enunciadas por la CSJ es la que más se ajusta a su criterio jurisprudencial, respetando tanto los alcances como los límites legalmente establecidos en las facultades de fiscales y jueces penales.

³²⁸ Otras decisiones jurisprudenciales que se ubican dentro de esta línea son: CSJ SP, casación 27759 de 12 de septiembre de 2007 y CSJ SP, casación 31280 de 8 de julio de 2009.

³²⁹ En esta línea se ubican los siguientes pronunciamientos: CSJ SP, casación 39892 de 6 de febrero de 2013; SP9853, casación 40871 de 16 de julio de 2014; AP6049, segunda instancia 42452 de 1 de octubre de 2014 (CSJ, 2014b); SP13939, casación 42184 de 15 de octubre de 2014 (CSJ, 2014c); y SP14842, casación 43436 de 28 de octubre de 2015.

Esto significa que, frente a la tensión de principios constitucionales entre la autonomía de la Fiscalía General de la Nación en su labor de investigación y acusación y la independencia de los jueces para realizar un control material de la acusación o de los preacuerdos celebrados por el fiscal, y desde una lógica de eficiencia como fin de la justicia consensuada, corresponde al juez penal, principalmente en su calidad de juez constitucional, la realización de un control material en aspectos de tipicidad, legalidad y respeto al debido proceso, para constatar si existe alguna prohibición de índole constitucional o legal que impida la admisión del preacuerdo y garantizar que no se desconozcan los fines constitucionales del proceso. No obstante, este tipo de control no es pleno e ilimitado, sino que debe respetar la facultad discrecional de los fiscales para realizar preacuerdos y negociaciones, en el entendido de que son estos los primeros llamados a acatar los límites reglados para el empleo de este mecanismo judicial, sometido a los requisitos de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional y la Ley 906 de 2004, a fin de alcanzar el objetivo de una justicia cumplida y eficiente.

En síntesis, la adopción de esta segunda postura no termina de resolver de fondo esta situación confusa para los fiscales, quienes al momento de negociar y ejercer la acción penal encuentran que su maniobrar no resulta tan sostenible a la luz de estas limitaciones, sin desconocer que esto no significa que puedan hacer lo que quieran, sino moverse en el ejercicio propio de una negociación que respete las garantías fundamentales, por lo que se concluye que el control judicial debería ser parcial y restringido, más en la línea de la tercera postura enunciada por la CSJ.

8. Finalmente, en el año 2020 se generó con la sentencia SP2073 (CSJ, 2020a) una nueva línea en materia de criterios de razonabilidad y tiempos de negociación, dejando varias conclusiones, entre otras y para efectos de esta tesis, que frente a los preacuerdos el juez penal tiene proscrito el control material. Sin embargo, frente a esta decisión se presentó una aclaración de voto bastante interesante, en la que se abordan puntualmente temas con los cuales esta tesis se encuentra plenamente de acuerdo y que serán abordados a párrafo seguido.

La aclaración de voto de la sentencia SP2073 de 2020, señala que:

- Frente al control material se reconoce “la potestad del juez de hacer control material de **naturaleza constitucional** a todos los actos del fiscal, trátese de proceso abreviado u ordinario, de imputación o acusación o sentencia, para salvaguarda de las garantías debidas”.

- Incluso se discute la manera de “no hacer control material constitucional a una imputación o acusación en un juicio ordinario o allanamiento o preacuerdo, en donde la fiscalía atribuya un delito que raya con los hechos judicializados. Por ejemplo, atribuir falso testimonio al inculcado, con base en sus manifestaciones sobre los hechos que se le investiga o enjuicia (bien en el interrogatorio a inculcado o en el testimonio rendido en el juicio oral)”.
- De igual forma se indica que: “El juez es constitucional y la vulneración de garantías no necesita creación legal para que ejerza ese control el administrador de justicia, porque a ello está compelido por la Carta Política”.
- Y finalmente, un punto clave respecto al control material en los procesos judiciales es “la imposibilidad de hacerse cuestionamientos a los hechos atribuidos en la imputación”.

Por otro lado, frente al tema de los límites de los preacuerdos, la misma sentencia establece que:

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. (CSJ, 2020a, p. 58)

Del mismo modo, en la aclaración de voto mencionada se afirma que tales preacuerdos son legales y que:

Por no avenirse a las competencias y facultades constitucionales que los administradores de justicia en la resolución de los asuntos judiciales y constituir exigencias más gravosa, no exigidas expresamente por el legislador para los preacuerdos, no son aplicables las siguientes hipótesis: a) El artículo 324, parágrafo 3º del C. P. y el carácter eficaz y esencial de la colaboración del procesado solamente es aplicable para el principio de oportunidad y no puede tenerse en cuenta para los preacuerdos; b) el arrepentimiento del procesado, no es requisito que la ley exija para los preacuerdos ni negociaciones y la actitud frente a los beneficios económicos no puede involucrar la obligación contenida en el artículo 349 al allanamiento, como lo establecen decisiones mayoritarias de la Sala; tampoco la ley exige

para celebrar los negocios jurídicos que conllevan a la terminación anticipada del proceso el “suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes”.

[La Sala] observó que al explicarse los límites del fiscal se hace la siguiente afirmación que constituye un dicho de paso pues no encuentro la estrecha relación con el tema resuelto y además no es decisión unánime sino mayoritaria de la Sala: “*Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 mayo 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal*”. (CSJ, 2020a, Aclaración de voto, num. 7)

La postura respaldada en esta investigación doctoral es la que expone la tendencia 3 de la CSJ, esto es, que sí debe existir un control material cuando resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera derechos fundamentales. Sin embargo es importante aclarar que la presente tesis mantiene una posición crítica frente a los continuos cambios jurisprudenciales de la CSJ y CC previamente expuestos, toda vez que han terminado generando limitaciones en materia de preacuerdos. Lo anterior se demuestra, primero, porque las estadísticas mostradas en la investigación doctoral revelan notoriamente que antes del 2013 las formas por las que se llegaba a obtener sentencia mediante preacuerdos no eran precisamente las más altas, lo cual refleja que dichos límites cerraron las posibilidades a los fiscales de adelantar preacuerdos o que, en efecto, los jueces penales estaban realizando un control material tan riguroso que finalmente terminaban no aprobándolos.

No obstante, la misma estadística mencionada muestra que a partir de 2013 esta situación tendió a incrementarse, y que aumentaron las sentencias condenatorias por vía de preacuerdos incluso hasta 2019, lo cual coincide con la posición que entre los años 2013-2017 tenía la CSJ al respecto (punto coyuntural 5). Adicional a todo esto, es importante resaltar que determinadas leyes expedidas, tales como la Ley 890 de 2004, la 1098 de 2006 y la 1142 de 2007, han limitado esta forma de terminación anticipada en tanto que contemplan incrementos punitivos que generan tensión entre las partes al momento de negociar.

Todo lo ya referido afecta por supuesto el desarrollo de una adecuada política criminal, porque si los preacuerdos se condicionan en la forma en que se están presentando y con el constante cambio jurisprudencial se limita a la Fiscalía y a los jueces, esto impacta directamente en el aumento de

juicios orales —corriendo a veces gran riesgo de perderlos— al tiempo que se agrava la situación de hacinamiento carcelario en detención preventiva, lo cual en general perjudica a la justicia penal, a la sociedad y a las víctimas. Resulta prioritario en ese sentido que se unifiquen criterios, porque si bien la CSJ adopta en año 2016 una teoría de un control parcial, restringido únicamente a situaciones de manifiesta violación de garantías fundamentales (tercera tendencia), por otro lado la CC acepta en 2019 una posibilidad de control más o menos amplio, referido a temas específicos como tipicidad, legalidad y respeto del debido proceso (segunda tendencia).

Sin embargo, en el año 2021 la sentencia SP1289 de la CSJ aborda una importante postura que involucra al juez penal con funciones de conocimiento, no solo en lo que concierne a la acusación, sino también al preacuerdo, indicando que este tiene el deber de aplicar incluso reglas derivadas de convencionalidad y garantizar los derechos humanos. Esto significa que, además de los fiscales, los jueces deben atender en su actuación no solo las reglas jurisprudenciales establecidas por la CSJ y la CC, sino también diferentes instrumentos internacionales vinculantes a través del bloque de constitucionalidad, de modo que cuando en el proceso existe desconocimiento de derechos y garantías fundamentales, se amerita un control material del mismo³³⁰.

A partir de lo anterior se colige que: (i) sí debe existir un control constitucional excepcionalísimo del preacuerdo bajo la óptica constitucional, velando por el respeto a las garantías fundamentales, y (ii) se debe ponderar el criterio de los fiscales en los preacuerdos, siempre y cuando cumplan con los fines constitucionales y legales para los que dichas figuras fueron creadas, de modo que se posibiliten aportes a la política criminal colombiana.

Conforme al análisis realizado del tránsito de estas sentencias, tanto de la CC como de la CSJ, en materia de preacuerdos, se tiene que el control material que se atribuye en materia de preacuerdos no puede asimilarse al control que se realiza en el acto de proferir una sentencia condenatoria, porque claramente se trata de dos situaciones distintas, toda vez que el Sistema Penal Acusatorio estableció la figura del preacuerdo precisamente como distintiva de una justicia premial, donde se concede siempre algo a cambio de un beneficio. Esto debe ser manejado por supuesto con ponderación, a la luz del modelo de Estado social de derecho y frente a la utilidad que trae para el

³³⁰ En el caso tratado en la susodicha sentencia SP1289 se desconoció, desde el acto procesal de la acusación, un tema de enfoque diferencial de género en el caso de un homicidio, y para efectos del preacuerdo se realizaron las respectivas referencias que hicieron poner de presente su ilegalidad.

desarrollo de una eficaz política criminal, pero superando las interpretaciones atadas al paradigma del Estado liberal de derecho, algo que al parecer no ha sido advertido hasta ahora por parte de algunos jueces.

Con relación a los precedentes existentes que objetan las posturas jurisprudenciales, y más específicamente la de la SU-479 de 2019, se encontró en el trabajo de exploración realizado que existen tribunales superiores —específicamente podemos citar el Tribunal Superior de Medellín, en sus sentencias: Radicado 05 001 60 00206 2019 11103 de febrero 7 de 2020; Radicado 05-001-60-00206-2019-18681 de marzo 17 de 2020; y Auto interlocutorio Radicado 05001 60 00206 2020 00199 de julio 24 de 2020³³¹— que se han apartado de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, argumentando en sus providencias que:

En consideración a lo expuesto y recapitulando, para nuestro órgano de cierre, en el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada para la Fiscalía General de la Nación, donde en aras de evitar la concesión de beneficios desproporcionados, los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo; (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos; y (iv) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.

Así las cosas, de acuerdo con el análisis realizado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, no vemos una razón suficiente para que la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, por lo menos desde la interpretación que sobre la misma se viene efectuando, haya limitado las facultades de los delegados de la Fiscalía General de la Nación, y puesto

³³¹ En la exposición de sus tesis, las tres sentencias se apartan expresamente del precedente establecido en la SU-479 de 2019, constituyendo así una evidencia de los argumentos aquí expuestos y partiendo desde la base, como se expone más adelante respecto a la última de estas sentencias, de que la interpretación que se hace sobre dicha sentencia de unificación no es un justificante para que la CC limite las facultades de los fiscales para realizar preacuerdos legales, siempre que estos se realicen en el marco de la legislación vigente y sean respetuosos con los principios de la Constitución.

una talanquera, de índole probatorio, para la realización de preacuerdos legales, cuando los mismos se realizan en el marco de la legislación vigente y no resultan contrarios a la Constitución. (Tribunal Superior de Medellín, Auto interlocutorio de julio 24 de 2020, p. 37)

Consecuentemente, se propone en esta tesis que los jueces sigan contribuyendo con sus posiciones a la optimización de derechos fundamentales, tanto como al mejoramiento de la política criminal colombiana, analizando bien las funciones que cumplen tanto las instituciones jurídicas — particularmente, la Fiscalía General de la Nación en este caso— como las figuras de negociación —preacuerdos y allanamientos a cargos, entre otras— de que pueden disponer aquellas, siempre desde el respeto de los derechos constitucionales y dentro del marco de la ley.

Respecto al *principio de oportunidad*, definido en la Resolución 04155 de 2016 como una facultad de la Fiscalía para renunciar al ejercicio de la acción penal, resulta notorio su carácter constitucional, así como su naturaleza de política criminal y el énfasis en la ponderación que involucra, dado que en su aplicación median intereses tanto del Estado como de la sociedad y de los intervinientes en el proceso penal.

Ahora bien, el artículo 250 superior establece que el fiscal general, o cualquiera de sus delegados, tiene facultad dispositiva sobre la acción penal, lo cual se ratifica en providencias de la Corte Constitucional como la C-673 y la T-779, ambas de 2005. Dentro de este contexto, el principio de oportunidad puede entenderse como la forma jurídica con mayor amplitud de discrecionalidad, por lo cual se hace necesario a su vez extender los mecanismos mediante los cuales el carácter de la acción penal por parte de la Fiscalía responde a intereses y principios del Estado, de una manera más matizada respecto a dicho grado de discrecionalidad³³².

Como regla general, el momento procesal para la implementación de este principio abarca desde la etapa de indagación hasta antes del inicio de la audiencia de juzgamiento³³³. Por su parte, en el

³³² En el mismo sentido, Pérez Alarcón (2018) señala que la discrecionalidad extrema del principio de oportunidad se puede entender como fundamento de una más moderada en materia de negociaciones y preacuerdos.

³³³ Los principios de oportunidad tienen la posibilidad de aplicarse desde la indagación hasta antes del inicio de juicio oral; en cambio, en el caso de los allanamientos a cargos y preacuerdos la posibilidad se da desde la formulación de imputación de cargos hasta el inicio de juicio oral, conforme los artículos 367 y 369 del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta que ambos han sido reconocidos como modalidades de

ámbito probatorio, se hace necesario desvirtuar la presunción de inocencia con un mínimo acervo de pruebas que permita establecer la autoría o participación del indiciado.

Las causales de procedencia³³⁴ del principio se encuentran estipuladas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, caracterizadas como taxativas, autónomas e independientes para responder a diversos criterios de clasificación, tales como: interés nacional (causales 2, 3 y 8); colaboración con la justicia y desarticulación criminal (causales 4, 5 y 18); derecho penal como intervención mínima (causales 6, 9, 10, 11, 12 y 15); reparación de las víctimas y justicia restaurativa (causales 7, 13, 14 y 16). Por su parte, en el artículo 323 se establecen las modalidades de aplicación del principio³³⁵, las cuales se desarrollan reglamentariamente por los artículos 9, 10 y 11 de la nombrada Resolución 04155 de 2016: *interrupción*, modalidad presentada cuando no se impone condición alguna al procesado para la aplicación del principio de oportunidad; *suspensión*, cuando se imponen determinadas condiciones al procesado, preferentemente respecto a las causales 4, 5 y 7; y *renuncia*, cuando la Fiscalía desiste definitivamente de la acción penal sobre uno o varios hechos que configuran delito (FGN, 2016a).

En cuanto al procedimiento, el mismo inicia con la solicitud del fiscal del caso al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa (GMTAJR), el cual revisa la procedencia en los cinco días siguientes, y posterior a ello el fiscal del caso tiene cuatro días más para complementar la nombrada solicitud. De ser viable, el GMTAJR proyectará la resolución con

manifestación de culpabilidad preacordada. Como límites materiales se encuentra que el caso no debe versar sobre graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio; tampoco puede versar sobre conductas que atenten contra la libertad, integridad, y formación sexual de menores de 18 años, ni tampoco en eventos que resulten configuradores de secuestro, homicidio o lesiones personales igualmente con víctima menor de edad.

³³⁴ Respecto a la competencia para realizar la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, es necesario indicar que son de competencia del fiscal general de la nación las causales 2, 3, 4, 5, 8, 9, 14 y 18 contempladas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal; del fiscal delegado del caso las causales 1, 6, 7, 10, 11, 12, 13 y 15 del mencionado artículo; del vicesfiscal general de la nación, como competencia concurrencia, las causales 9 y 14; y del fiscal delegado especial la causal 16. Esto con base al capítulo 3, artículo 39 y siguientes, de la Resolución 04155 del 29 de diciembre de 2016 (FGN, 2016a).

Existe a su vez restricción de aplicación para los procesados que, dentro de los cinco años anteriores a la solicitud, hubieren sido beneficiados con esta herramienta jurídica por la misma conducta punible, a excepción de que se aplique con base a las causales 2, 3, 4, 8, 9, 14, 16 y 18 del señalado artículo.

³³⁵ Hay dos modalidades principales de aplicación del principio de oportunidad, que son la interrupción y la suspensión de la acción penal, según la Fiscalía considere pertinente para el proceso, con base en la discrecionalidad reglada jurisprudencialmente (CC, C-979, 2005). La diferencia entre ambas modalidades radica en que en la primera no impone ninguna condición al procesado para la aplicación del principio, mientras que la suspensión sí. Ambas se diferencian a su vez de la renuncia, en tanto esta implica la extinción de la acción penal (FGN, 2016a).

la medida, que según la naturaleza de la causal se comunicará y será suscrita ante el fiscal general, para luego ser legalizada y enviada por el fiscal del caso. A su vez, para la aplicación del instrumento el fiscal debe:

[...] tener en consideración los derechos de las víctimas, debiendo informarles sobre la aplicación del principio de oportunidad y sus efectos, además que estas deben ser citadas a la audiencia de legalidad. También el fiscal debe determinar la constitucionalidad de la aplicación de la figura a través de la ponderación de los intereses dentro del proceso, a saber, los del Estado, sociedad e intervinientes en el proceso. Esto por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad basado en un análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida. (FGN, 2017, p. 11)

Para concluir, ambas figuras son desarrolladas ampliamente en un estudio de Ospina (2018), quien analizó y organizó las causales de aplicación de la interrupción en tres grupos: en un primer grupo, de manera preferente, las causales de interrupción refieren a personas en proceso de extradición, porque de realizarse esta el Estado renuncia al ejercicio de la acción penal, o porque la sanción impuesta en Colombia resulta irrisoria comparada con la que se contempla en el extranjero (causales 2 y 3); también, cuando el procedimiento implica riesgos o amenazas a la seguridad del Estado (causal 8) y en los casos en que se atenta contra bienes jurídicos de la administración pública, o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico resulta poco significativa y la infracción al deber funcional haya tenido como respuesta un reproche institucional y una sanción disciplinaria correspondiente (causal 9). En un segundo grupo, la aplicación de la interrupción depende del caso particular: cuando el procesado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido daño físico o moral como retaliación respecto de su conducta culposa, lo cual hace desproporcionada la imposición de sanciones, o configura un desconocimiento del principio de humanización de las mismas (causal 6); y cuando se excede una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad (causal 15). Por último, en un tercer grupo se incluyen: casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda de seis años, o con pena principal de multa, siempre que haya habido reparación integral a las víctimas (causal 1); cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabora de manera eficaz para prevenir la comisión del mismo delito, o de otros, como cuando suministra información que permite la desarticulación de bandas de delincuencia organizada (causal 4), o también cuando se compromete a servir, en similares condiciones, como testigo de cargo contra otros procesados

(causal 5); casos de afectación mínima de bienes colectivos, siempre que exista reparación integral y se pueda inferir razonablemente que el hecho no volverá a presentarse (causal 13); cuando la persecución del delito comporte problemas sociales mayores, y sea posible una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas, si bien quedan excluidos de este beneficio los jefes, organizadores, promotores, y financiadores del delito (causal 14); en casos en que el procesado —excluyendo jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de organizaciones criminales— haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de actividades ilícitas, y los entregue al Fondo para Reparación para las Víctimas (causal 16); y cuando el autor o participe en casos de cohecho formule denuncia respectiva que dé origen a la investigación penal, acompañándola de evidencia útil, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado (causal 18).

Respecto a la figura de suspensión, el mismo autor la define como una modalidad de aplicación del principio de oportunidad en la que la Fiscalía hace una pausa en la persecución penal durante un periodo máximo de 36 meses, mientras que el procesado cumple con un plan de reparación propuesto basado en parámetros de justicia restaurativa. De cumplirse esto, el fiscal del caso acude ante un juez en función de control de garantías para renunciar al ejercicio de la acción penal, extinguiéndola por tanto³³⁶.

Al final de esta sección se concluye que en la actualidad sí existen pautas judiciales para la optimización de derechos fundamentales en la construcción de una política criminal, tales como la estrategia investigativa de análisis y contexto o las figuras de preacuerdos y principios de oportunidad; no obstante, es necesario reconocer que no es suficiente con su simple ejecución, sino que además debe considerarse su finalidad como aporte efectivo en la disminución de la criminalidad y la violencia en el país. De ello deriva la importancia de que los jueces penales, que son los que finalmente aprueban y deciden tales pautas, conozcan a fondo la política criminal y participen desde su experiencia particular en la construcción de la misma.

³³⁶ Al respecto, la propia Defensoría ha editado estas reflexiones como un documento de recomendaciones a defensores respecto el adecuado uso de esta figura de suspensión del procedimiento a prueba como modalidad del principio de oportunidad (Ospina, 2018a).

4.4. Conocimiento y participación de los jueces penales de Bogotá en la política criminal colombiana

En este último subtítulo se realiza el análisis de una encuesta hecha con jueces penales del Sistema Penal Acusatorio, sede Bogotá, respecto a la política criminal de Colombia y su participación en la misma; asimismo, los resultados constituyen una muestra elocuente de la manera como ellos entienden la optimización de derechos fundamentales a partir de sus decisiones. Para ello, previamente explicaremos cómo se tramitó cada etapa de esta actividad.

4.4.1. Elaboración de las preguntas.

Esta etapa inició entre mayo y junio de 2020³³⁷, con la finalidad de consolidar una serie de preguntas orientada a conseguir resultados que permitieran desarrollar el objetivo del presente subtítulo. Se elaboró finalmente un cuestionario³³⁸ con 21 preguntas, tanto abiertas como cerradas, obligatorias algunas y otras no, dividido en tres partes: en la primera se indagó sobre los conocimientos de los jueces acerca de la política criminal en Colombia; en la segunda, sobre la manera como son optimizados los derechos fundamentales desde las decisiones penales; y en la tercera, respecto a sus aportes específicos a dicha política.

Se determinaron además otros aspectos importantes, tales como la necesidad de dar a entender inicialmente a los jueces participantes que el cuestionario se enmarcaba en el desarrollo de una investigación doctoral, relacionada con el papel del juez penal en la política criminal de Colombia y la optimización de derechos fundamentales, así como que este ejercicio tenía por objetivo explorar el nivel de conocimiento que tenían respecto a dicha política en Colombia, su aplicación

³³⁷ En la parte de estructuración y formulación se contó con el apoyo y asesoría de una profesional en psicología de la Universidad Santo Tomás, especialista en investigación social de la UIS y magister en psicología social comunitaria de la Pontificia Universidad Católica de Chile. De igual forma, se verificaron algunos temas con un juez penal en función de control de garantías que apoyó el proceso de consolidación de dichos interrogantes, desde su contenido.

³³⁸ Se hizo uso de la herramienta Formularios Google, lo cual facilitó la recepción de las respuestas y el control de las mismas. Este es el link donde se elaboró el cuestionario, el cual hace parte de los anexos de la tesis:

https://docs.google.com/forms/d/10Y5kanzEGSt_0nr8YQ0c0MSJ2bsZPCuRS26KMvpZC6M/edit

en materia de optimización de derechos fundamentales y el impacto que puede generar su labor como jueces en la política misma.

Se estableció también la importancia de dar a conocer los términos de consentimiento informado, consistentes en que, al diligenciar el cuestionario, el participante daba su consentimiento, en el sentido de comprender el objetivo y fines académicos de la encuesta, así como el tratamiento de los datos, no en términos individuales sino generales, y la claridad de que no se pretende con esto realizar una evaluación a los jueces encuestados. Los participantes debían así señalar previamente el juzgado que representaban, esto es, si eran jueces penales municipales en función de control de garantías, de conocimiento o del circuito con funciones de conocimiento³³⁹, y también el número de su despacho, como forma de realizar un control y seguimiento a las respuestas recibidas.

4.4.2. Selección de los jueces a encuestar y envío de la encuesta.

En junio de 2020 se inició el proceso en la ciudad de Bogotá, a partir del listado de los jueces penales del Sistema Penal Acusatorio, encontrando en total 174 de ellos categorizados como jueces penales municipales en función de control de garantías, municipales con función de conocimiento y de circuito con función de conocimiento³⁴⁰. Se adoptó en la encuesta una metodología estadística de muestreo probabilístico³⁴¹, según la cual, si se pretende conocer exactamente el comportamiento de cierta característica de interés en una población, debe realizarse en principio un *censo de población*, que en caso de llevarse a cabo satisfactoriamente, no dejaría lugar a margen de error por

³³⁹ Solo se tuvieron en cuenta las categorías de jueces penales publicadas en el listado de la página de la Rama Judicial, donde no aparecían ni jueces penales de circuito especializados, ni de ejecución de penas, razón por la cual no fueron incluidos. Con relación a estos últimos se reflexionó sobre su posible participación, debido a que la tesis va encaminada a determinar cómo, mediante un cambio de enfoque en los jueces, se pueden crear sanciones o medidas alternativas que no solo cumplan mejor con los estándares del Estado social de derecho, sino que a su vez contribuyan a la política criminal del país. Sin embargo, debido a la fuerte normativa que rige a los jueces de ejecución de penas en Colombia (CPP, art. 38), la posibilidad de que estos aporten al proceso, como se plantea en la tesis, es muy restringida, por lo cual se requiere de un estudio diferente, más específico. Es decir, parte de lo pretendido en esta investigación doctoral es que los jueces penales pueden generar una alternativa de pena, más allá de la señalada en el Código Penal como sanción, y con los jueces de ejecución de penas se requiere entonces de una perspectiva diferente, porque ellos precisamente deciden sobre la ejecución de la sentencia y no sobre la imposición de la misma, la cual a la luz de este trabajo es vista con un horizonte de aportes a la política criminal de Colombia.

³⁴⁰ <https://www.ramajudicial.gov.co/web/sistema-penal-acusatorio-de-bogota/directorio> [Consultada el 9 de junio de 2020].

³⁴¹ En este punto se contó con la asesoría de un profesional en estadística de la Universidad Nacional de Colombia.

generalizaciones. Sin embargo, este procedimiento en muchas circunstancias conlleva importantes esfuerzos, por lo cual se puede recurrir a diferentes herramientas estadísticas que permiten obtener una respuesta sobre una muestra representativa, generalizable para el resto de la población, teniendo en cuenta, claro está, ciertos márgenes de error. Tal *muestra probabilística* debe cumplir con las siguientes propiedades: (i) se puede definir el conjunto de todas las posibles muestras de la población de interés; (ii) se puede definir la probabilidad $P(s)$ de cada una de las diferentes muestras; (iii) se puede definir la probabilidad $P(k \in s)$ de que un individuo pertenezca a la muestra, siendo esta mayor a cero para cada uno de ellos; y (iv) se selecciona una muestra mediante un mecanismo aleatorio bajo el cual cada muestra s posee casi exactamente la probabilidad $P(s)$ de ser elegida (Särndal, Swensson y Wretman, 1992).

En este orden de ideas, resulta necesario definir y utilizar correctamente lo que se define como un diseño muestral, que no es más que la manera de asignar las probabilidades de tal forma que se cumplan las cuatro propiedades mencionadas. Por otra parte, no basta solo con tener una muestra probabilística, sino que se necesita también una manera de cuantificar qué tanto la medición del comportamiento de la misma resume o se asemeja al comportamiento general de la población completa. Para estos fines, se requiere de un *estimador*, como una función de los valores que toma la variable de interés en la muestra y que, con cierto error cuantificable, se asemejarse al valor real de la misma variable en la población completa.

En este caso, el estimador utilizado fue el de Horvitz y Thompson (1952), en el que el total de la variable de interés y de una población se define como:

$$T_y = \sum_U y_k = \sum_{k=1}^N y_k$$

Donde U es el universo de todos los N individuos, y k es el indicador de cada uno de los individuos. Así, para el total de una población, el estimador de Horvitz-Thompson se define como:

$$\hat{T}_\pi = \sum_S \frac{y_k}{\pi_k}$$

Donde π_k es la probabilidad $[P(k \in s)]$ de que el individuo k pertenezca a la muestra s (Särndal, Swensson y Wretman, 1992)³⁴².

En cuanto al diseño muestral, se utilizó un muestreo aleatorio simple (MAS), el cual se caracteriza por tener probabilidades muestrales iguales para todas las posibles muestras y probabilidades de inclusión iguales para todos los individuos.

$$P(s) = \frac{1}{\binom{N}{n}} \text{ para todas las posibles muestras } s$$

$$P(k \in s) = \pi_k = \frac{n}{N} \text{ para todos los } k \text{ individuos}$$

Con el estimador y el diseño muestral definidos se procede a realizar un muestreo, para posteriormente llevar a cabo la estimación del parámetro mediante inferencia estadística. En ese sentido, una de las herramientas de inferencia más usadas es el intervalo de confianza, el cual delimita el error entre el estimador y el parámetro poblacional. Gracias a esto, el mismo se puede también usar como una herramienta que, dados los grados de confianza y error muestral deseados, puede retornar un tamaño de muestra apropiado. A partir del estimador de Horvitz-Thompson y de un diseño muestral MAS, un intervalo de confianza para el valor estimado del total se establece como sigue (Särndal, Swensson y Wretman, 1992):

$$IC = \hat{T}_\pi \pm Z_{1-\frac{\alpha}{2}} \sqrt{VAR(\hat{T}_\pi)}$$

Reemplazando por la definición de varianza y estimador del total bajo un diseño MAS se define:

$$IC = N\bar{y}_s \pm Z_{1-\frac{\alpha}{2}} \sqrt{\frac{N^2 \left(1 - \frac{n}{N}\right)}{n} S_{yu}^2}$$

³⁴² Este estimador es insesgado, lo que significa que no hay ninguna situación externa que afecte la diferencia que pueda presentarse como resultado. Es decir, se cuenta con una mayor probabilidad de que lo que se está haciendo no sea influenciado por parte de quien realiza el estudio, por lo cual es posible realizar una generalización entre la muestra y la población.

Donde N es el tamaño de la población, n es el tamaño de la muestra, $Z_{1-\frac{\alpha}{2}}$ es el valor de la distribución normal estándar para un nivel de confianza α y S_{yu}^2 es la cuasivarianza de y , igual a $\sigma_{yu}^2 \frac{N}{N-1}$, siendo σ_{yu}^2 es la varianza de y . Dentro de esta fórmula, tomamos el ancho de intervalo, también llamado error muestral, como:

$$EM = Z_{1-\frac{\alpha}{2}} \sqrt{\frac{N^2 \left(1 - \frac{n}{N}\right)}{n} S_{yu}^2}$$

Esta es toda la información necesaria para obtener un tamaño de muestra aproximado para el total poblacional, simplemente despejando n .

$$n = \frac{Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 N^2 S_{yu}^2}{EM^2 + Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 N S_{yu}^2}$$

Así, el tamaño de muestra para el total poblacional consiste entonces en definir cada uno de los términos de esta ecuación:

- $Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2$: el valor de la distribución normal estándar, equivalente al nivel de confianza deseado para la estimación. Este se puede interpretar como la proporción de muestras que contienen el valor verdadero del parámetro poblacional.
- N : tamaño total de la población.
- S_{yu}^2 : estimación de la cuasivarianza de la variable de interés poblacional, igual a $\sigma_{yu}^2 \frac{N}{N-1}$, siendo σ_{yu}^2 es la varianza de y .
- EM : error muestral, interpretado como la distancia máxima al valor verdadero del parámetro, es decir, el ancho del intervalo alrededor del valor poblacional.

Para la estimación del promedio poblacional, se debe dividir la varianza del estimador del total por N^2 , resultando:

$$n = \frac{Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 S_{yu}^2}{EM^2 + \frac{Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 S_{yu}^2}{N}}$$

En consecuencia, de la población (N) de 174 jueces de Bogotá se extrajo una muestra representativa con un nivel de confianza y error muestral adecuados, pero cuidando a su vez que su tamaño no represente esfuerzos irrealizables para la ejecución de la encuesta. Por esto se definió un valor de confianza del 90 % y un error muestral del 10 %, lo cual conllevó a establecer el intervalo sumando y restando 0.1 al resultado de la proporción estimada.

Con esta información, reemplazamos en la fórmula del tamaño de muestra para una proporción bajo MAS:

$$n = \frac{Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 S_{yu}^2}{EM^2 + \frac{Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 S_{yu}^2}{N}}$$

La varianza de y en este caso, al ser una proporción, se puede interpretar como $\sigma_{yu}^2 = p(1-p)$, donde p es la proporción *a priori* que se espera de la población, es decir, la proporción de jueces que se considera que conocen de política criminal en Colombia. De esto se deduce la cuasivarianza ($\sigma_{yu}^2 \frac{N}{N-1}$), y reemplazando resulta:

$$n = \frac{Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 \frac{N}{N-1} p(1-p)}{EM^2 + Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 \frac{1}{N-1} p(1-p)} = \frac{Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 N p(1-p)}{EM^2(N-1) + Z_{1-\frac{\alpha}{2}}^2 p(1-p)}$$

Como un criterio conservador se definió la proporción *a priori* p como del 45 %, es decir, se planteó de manera previa este dato como la proporción de jueces que conoce de política criminal. De esta forma, reemplazando todos los valores:

$$n = \frac{1.65^2 * 174 * 0.45 * (1 - 0.45)}{0.1^2 + 1.65^2 * 0.45 * (1 - 0.45)} = 48.77 \approx 49$$

Así pues, se necesitó entonces encuestar a 49 jueces para obtener una estimación adecuada de la proporción de jueces que conocen de política criminal, con un error muestral del 10 % y una confianza del 90 %. Se utilizó el algoritmo de Fan-Muller para seleccionar de forma aleatoria los

49 jueces del listado de 174 (Särndal, Swensson y Wretman, 1992). Para ello se asignó a cada uno de los 174 jueces un número aleatorio δ , generado por la distribución uniforme entre 0 y 1 ($\delta \sim U(0,1)$). Se definió luego la fracción $\frac{n^*}{N^*}$, donde n^* es el número de individuos que hacen falta por ser seleccionados para completar la muestra y N^* los individuos que quedan en la población, y se incluyeron finalmente en la muestra los individuos para los que se cumplía que $\delta_i < \frac{n^*}{N^*}$.

Por ejemplo, para el primer juez del listado la fracción $\frac{n^*}{N^*}$ toma el valor de $\frac{49}{174}$; si el número aleatorio para ese juez es menor que este valor, entonces este se incluirá en la muestra y por ende, para el siguiente juez la fracción tomará el valor de $\frac{48}{173}$. Si por el contrario, el primer juez no se incluye en la muestra, pues su número aleatorio no es menor que $\frac{49}{174}$, entonces la fracción para el segundo juez toma el valor de $\frac{49}{173}$. Esto se repite hasta completar los 174 jueces, obteniendo finalmente los 49 deseados. A estos se les envió luego la encuesta, para ser respondida en un plazo aproximado de veinte días. Con las respuestas obtenidas se inició luego el análisis de las mismas.

4.4.3. Recepción de las respuestas y análisis de los resultados.

Tras realizar el envío de los cuestionarios se recibieron 34 respuestas de los 49 seleccionados inicialmente como participantes, lo que hizo necesario re-calcular el nivel de confianza o el error muestral para que correspondiera a este nuevo tamaño de muestra. Debido a que el umbral en el error muestral ya era alto, se consideró pertinente reducir el nivel de confianza para este nuevo tamaño de muestra, así:

$$n = \frac{1.28^2 * 174 * 0.45 * (1 - 0.45)}{0.1^2 + 1.28^2 * 0.45 * (1 - 0.45)} = 33.04$$

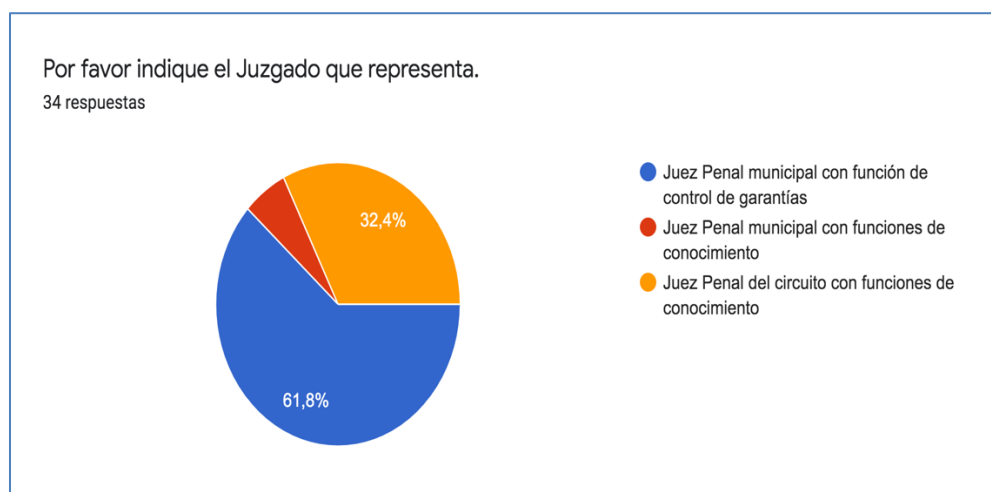
Esta muestra de 34 jueces representa entonces un nivel de confianza del 80 %, con un error muestral del 10 %. Ahora bien, el estimador del total bajo un muestreo MAS se define como:

$$\hat{T}_\pi = N\bar{y}_s$$

Donde \bar{y}_s es el promedio de la variable en la muestra. Sin embargo, nos interesó la estimación de una proporción, que es un promedio de variables dicotómicas, por lo que se dividió la anterior fórmula entre N , resultando así que la estimación de la proporción poblacional es la proporción muestral, lo cual significa que, efectivamente, los 34 jueces que atendieron la encuesta sí representan en las respuestas dicotómicas³⁴³ (de sí o no) a los 174 jueces del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, con una confianza del 80 % y un margen de error del 10 %.

Explicado lo anterior procedemos al análisis de las preguntas, no sin antes destacar previamente que los encuestados fueron en su mayoría jueces penales municipales en función de control de garantías, con una participación del 61.8 %; seguidamente estuvieron los jueces penales de circuito con funciones de conocimiento, con un 32.4 %; y finalmente, los jueces penales municipales con funciones de conocimiento, con el 5.8 % restante (figura 4.1):

Figura 4.1: Jueces participantes en la encuesta.

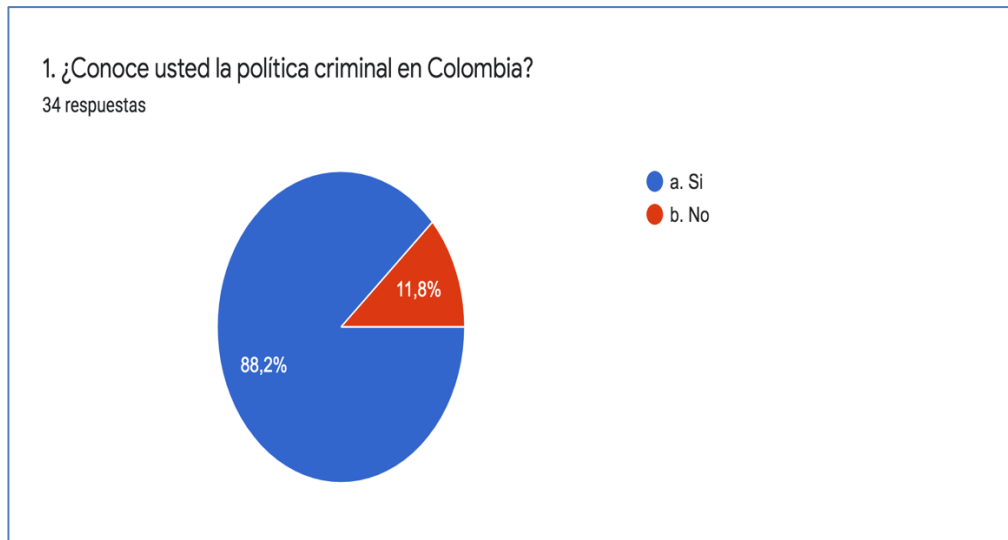


Fuente: Todas las figuras de esta sección son de elaboración propia a partir de datos de la encuesta.

Se pasa entonces al análisis de los resultados de la encuesta, iniciando con la primera pregunta, sobre si los encuestados conocían o no de la política criminal en Colombia. Los resultados son notablemente contundentes, en tanto la mayoría (88.2 %) afirman conocerla (figura 4.2).

³⁴³ En las preguntas abiertas o diferentes a estas, solo se tendrá como margen de respuesta los 34 jueces participantes. Por lo anterior todas las respuestas dicotómicas que se analicen de aquí en adelante se basarán en lo planteado por la metodología estadística y algunas consideraciones de lectura de la investigación propia.

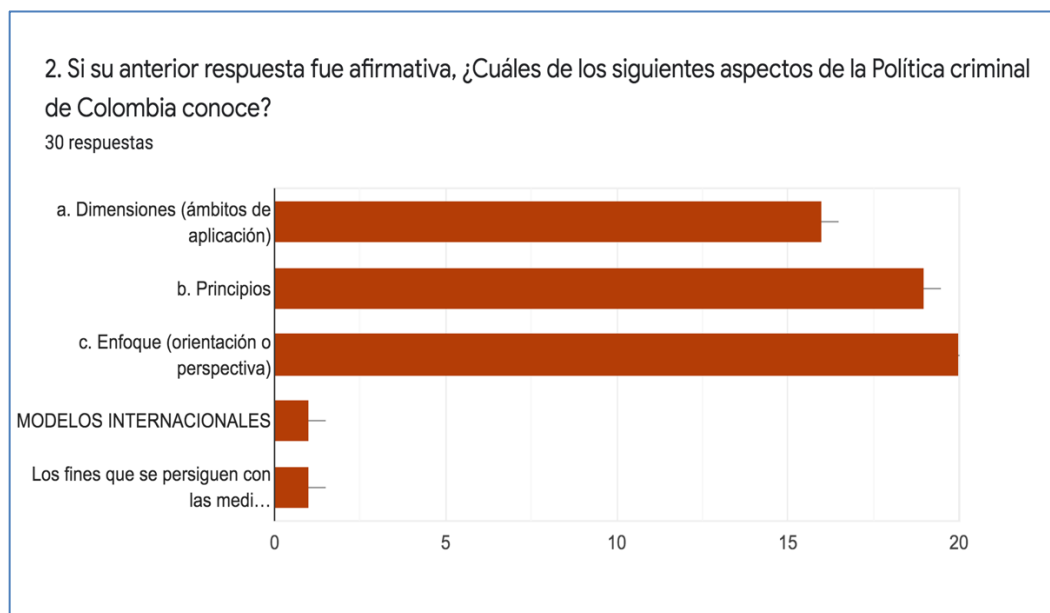
Figura 4.2: Conocimiento de los jueces penales de la política criminal de Colombia.



Este dato resulta fundamental para la presente investigación, toda vez que con base en este porcentaje de jueces que afirman conocer la política criminal colombiana se pueden revisar puntualmente otros aspectos que permitan analizar qué tan importante es el aporte de los mismos en esta materia.

En las siguientes preguntas se pasa entonces a precisar la naturaleza de estos conocimientos y el nivel de participación de los jueces en la estructuración de dicha política, entre otros asuntos.

La segunda pregunta solicitó que, dada una respuesta afirmativa para la pregunta previa, se indicara cuáles de los aspectos indicados de la política criminal colombiana eran conocidos (figura 4.3).

Figura 4.3: Aspectos de la política criminal conocida por los jueces penales colombianos.

Aquí se observa que es similar el conocimiento sobre el enfoque de la política criminal, y las orientaciones o perspectivas fijadas por el Estado en este tema³⁴⁴, al entendimiento de otros aspectos como las dimensiones y principios.

En la tercera pregunta se pidió a los participantes responder si conocían algún otro aspecto de la política criminal, frente a lo cual se presentaron pocas respuestas, referidas a los fines que se persiguen con las medidas y a algunos modelos internacionales, entendidos como base de experiencias en otros países y eje comparativo de aplicación en Colombia³⁴⁵.

³⁴⁴ El mismo tema se abordó en el capítulo 3, cuando se hizo un recuento de los postulados constitucionales que definen la perspectiva que debe tener el Estado para la implementación de una política criminal, mencionándose ampliamente, por ejemplo, la sentencia C-936 de 2010, que estableció la dirección que debía tomar la política criminal en Colombia hacia el restablecimiento de los derechos de las víctimas y el logro de la resocialización de los individuos.

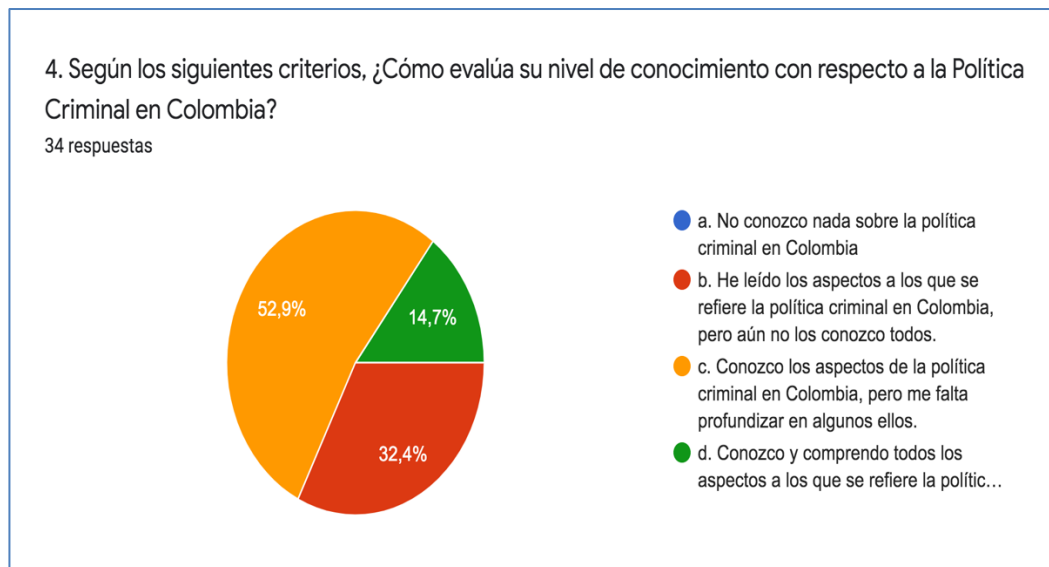
³⁴⁵ Esta respuesta la entregó una de las juezas en función de control de garantías encuestada, quien cuenta con ocho años de experiencia, dejando claro que sí ha participado en la construcción de la política criminal de Colombia, razón por la cual concedió voluntariamente una entrevista adicional, el 14 de septiembre de 2020, cuyas respuestas se consignarán como notas aclaratorias en este acápite. Considera esta juez que es “imperioso centrar la política criminal en Colombia en experiencias internacionales, entendiéndose el entorno social, político y económico actual”.

Lo anterior es una muestra de que sí existen jueces penales de Bogotá para quienes los fines que deben ser analizados, respecto a las medidas a adoptar en cada caso³⁴⁶, hacen parte de la política criminal de Colombia, lo cual resulta relevante para esta investigación en la medida en que coincide con la propuesta de que el juez penal aporte activamente a través de sus decisiones (entre ellas, la imposición de medidas) a la política criminal colombiana.

También los modelos internacionales se consideraron entre los aspectos de la política criminal, lo cual puede resultar interesante, dado que desde la óptica de derecho comparado podría obtenerse una guía orientativa para mejorar en los parámetros de aplicación de dicha política.

La cuarta pregunta pretendió revisar el nivel de conocimiento particular de la política criminal colombiana, identificándose que un 52.9 % de los encuestados conoce todos sus aspectos, pero le falta profundizar en alguno de ellos; un 32.4 % ha leído sobre ellos, pero no los conoce todos; y solo el 14.7 % conoce y comprende todos los aspectos a los que se refiere la política criminal de Colombia (figura 4.4).

Figura 4.4: Nivel de conocimiento con respecto a la política criminal.

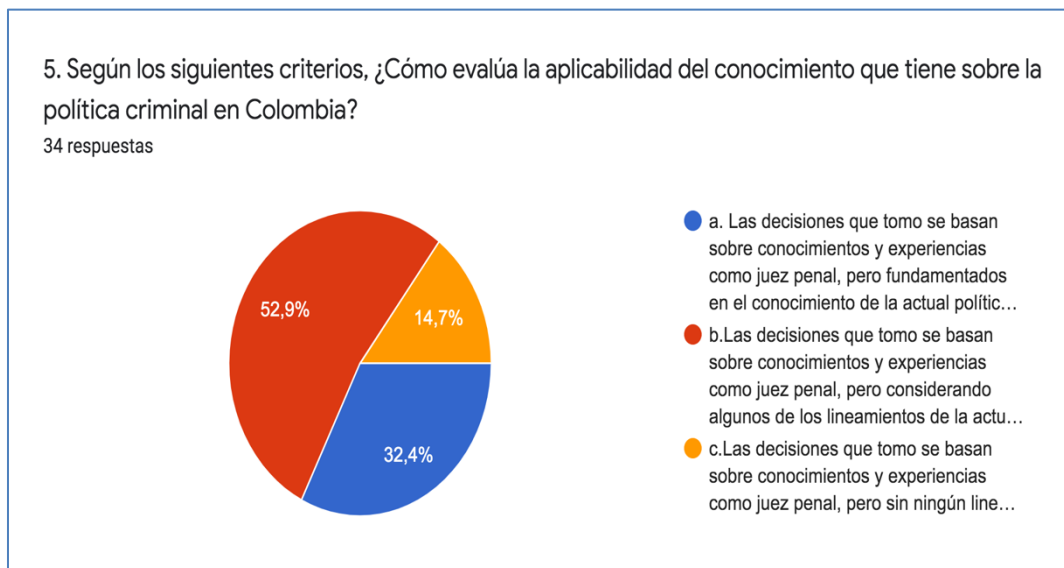


³⁴⁶ Obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y no comparecencia, entre otros.

De este modo, a pesar de que los jueces penales conocen genéricamente de política criminal en Colombia, se concluye que a la mayoría les falta profundización en algunos aspectos, además de que no los conocen todos. Esto es un indicador de la mayor atención que se requiere respecto a la socialización de la política criminal en los despachos de los jueces penales, lo cual se conecta con un dato cuantitativo presentado más adelante sobre formación, donde se revela que, de manera alarmante, no existe capacitación continua ni participación de ellos en este ámbito.

La quinta pregunta solicitó a los encuestados señalar cómo se evaluaba la aplicabilidad de su conocimiento sobre política criminal, de acuerdo con unos criterios opcionales entregados como respuesta. Un 52.9 % de ellos indicó que sus decisiones se basaban sobre conocimientos y experiencias como juez penal, considerando solo algunos lineamientos de la actual política criminal colombiana; en contraste, un 32.4 % manifestó basar también sus decisiones sobre conocimientos y experiencias previas, pero fundamentados en un conocimiento más pleno de la actual política criminal, mientras que un 14.7 % contestó que no consideraba ningún lineamiento de la actual política criminal, basando sus decisiones solo en sus conocimientos y experiencias previas (figura 4.5).

Figura 4.5: Nivel de aplicabilidad del conocimiento con respecto a la política criminal.

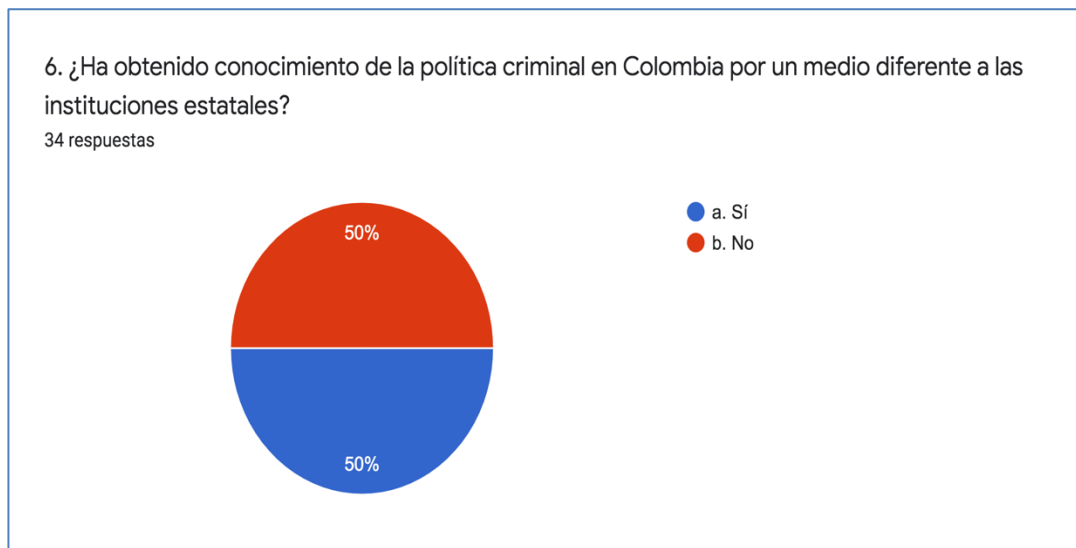


Respecto a las anteriores respuestas, más adelante se revisará la manera como los jueces penales consideran que están aplicando esos conocimientos, lo cual nos permitirá complementar mucho

mejor el análisis de esta respuesta, identificando situaciones específicas donde ellos consideran que esto puede hacerse en el ejercicio de sus funciones³⁴⁷.

La sexta pregunta tuvo como fin identificar meramente si los jueces encuestados habían obtenido conocimiento de la política criminal por otros medios distintos de los provistos por las instituciones estatales, y lo que se encontró en este aspecto fue que las cifras estaban equilibradas entre los que sí y los que no (figura 4.6).

Figura 4.6. Obtención de conocimiento de la política criminal por un medio diferente a las instituciones estatales.



Según lo anterior, y a pesar de que, como ya fue establecido, la mayoría de los jueces entrevistados (88.2 %) afirmaron conocer sobre la política criminal colombiana, solo la mitad de la población muestral manifiesta haber obtenido conocimiento de la política criminal por medios no institucionales, lo cual es un indicador de que para el 38.2 % restante la información pudo haber sido obtenida por otros canales.

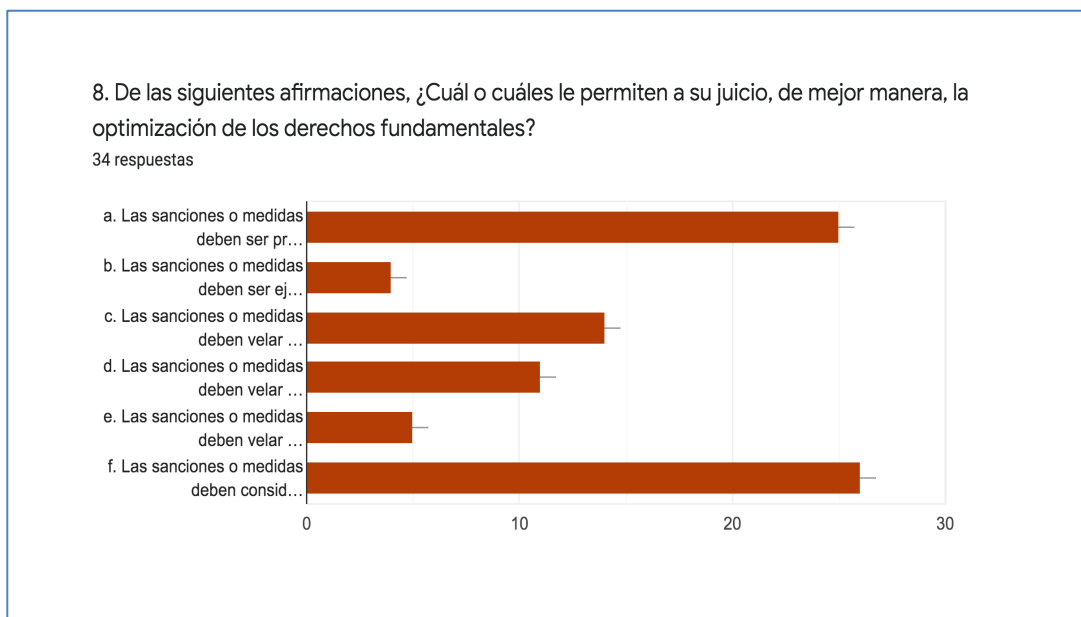
³⁴⁷ Entre los jueces incluidos en ese 32.4% que afirmó que sus decisiones se basaban no solo en su conocimiento y experiencia, sino también en el conocimiento de la actual política criminal en Colombia, uno de ellos señaló que esto lo hacía en razón de *humanizar* el derecho penal, como un principio a adoptar en el ejercicio de la administración de justicia, para analizar desde un entorno cercano las carencias y fortalezas inmediatas que se viven en todas las instituciones.

A nivel estadístico, la conclusión que se obtiene a partir de la respuesta positiva del 50 % de los jueces de la muestra es que, con una confianza del 80 %, entre el 40 % y el 60 % de todos los jueces de Bogotá conocen de política criminal por medios diferentes a los institucionales.

En la séptima pregunta se indagó sobre el medio de adquisición de estos conocimientos sobre política criminal, encontrándose que los mismos fueron obtenidos, bien en estudios universitarios de posgrado, en foros o eventos académicos, a través de instituciones privadas, en noticias y *posts online* del ámbito jurídico, por medio de lectura y análisis de jurisprudencia o documentos de derecho comparado y bloque de constitucionalidad, o explorando de manera personal sobre el tema en razón de su labor docente. Todo esto es una muestra del interés sobre el tema en los contextos académicos y laborales en los que concurren los jueces penales encuestados, y de la manera como estos se apoyan en iniciativas propias para adquirir nuevos conocimientos sobre política criminal.

Con la octava pregunta se pretendió identificar, entre algunas opciones entregadas de manera afirmativa, cuál o cuáles permitían la optimización de los derechos fundamentales. La mayoría de los jueces seleccionó las sanciones o medidas que consideran medidas alternativas orientadas a la preservación del bienestar de la sociedad en general (respuesta *f*), o bien las medidas proporcionales al delito cometido (respuesta *a*). La opción de menor elección (respuesta *b*) contempla que las sanciones deben ser ejemplares para la sociedad (figura 4.7).

Figura 4.7: Optimización de derechos fundamentales.



Extrapolando sobre una base estadística, se puede inferir que un porcentaje importante de jueces penales interpreta a la luz del Estado social de derecho sus decisiones, encaminándolas a preservar el bienestar de la sociedad en general; esto contrasta con el hecho de que un porcentaje similar actúa desde una perspectiva de Estado liberal de derecho, al considerar que la optimización de derechos fundamentales se materializa en sanciones o medidas punitivas, proporcionales al delito. Entre las respuestas de valoración intermedia están las que miden si la optimización está destinada a las partes, víctimas e imputados, lo cual refleja una percepción de la incidencia que pueden tener estas sanciones y medidas en el bienestar de los sujetos procesales. A partir de estas respuestas se puede evidenciar una transición existente a la fecha en los jueces respecto a la visión que tienen de su papel dentro del modelo social de derecho.

En el noveno punto se pidió a los jueces si podían proporcionar un ejemplo propio de optimización de derechos. Entre las respuestas obtenidas se obtuvieron las siguientes³⁴⁸: (i) mediante la apertura de espacios de diálogo para acercarse a las partes en el desarrollo de un Incidente de Reparación Integral; (ii) posibilitando que el declarado penalmente responsable manifieste ante la sociedad y las víctimas su arrepentimiento y solicite perdón; (iii) con el juicio de suficiencia y gradualidad en

³⁴⁸ Entre las respuestas dadas se encuentran algunos ejemplos que, si bien no se destacan, es importante que se den a conocer igualmente: (i) pese a que la Fiscalía solicita medidas privativas de la libertad para delitos graves, en esta época de pandemia se han impuesto medidas no privativas de la libertad; (ii) cuando se tiene imposición de medida de aseguramiento en sede se debe verificarse el criterio de necesidad, y en atención al principio de gradualidad, la existencia de medidas menos lesivas del derecho fundamental de la libertad, lo cual implica que al momento de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario se debe evaluar primero si procede la detención domiciliaria; (iii) reconociendo una medida de prisión domiciliaria por grave enfermedad incompatible con la vida en reclusión, pese a existir prohibición legal por alguno de los delitos por los cuales se condena; (iv) en la aplicación de beneficios de prisión domiciliaria y suspensión de la pena, pese a las prohibiciones y excepciones del artículo 68; (v) sustitución de una medida de aseguramiento como garantía a los derechos de menores de edad; (vi) en una captura en flagrancia, cuando la misma ciudadanía utilizó la fuerza desmedida para agredir al victimario; (vii) en las tutelas, al avalar derechos fundamentales vulnerados a los accionantes; (viii) en el caso de una persona que cometió un delito contra menor de edad, pero no hubo captura porque el entorno social del acusado le permitía acceder a este grupo, se respetó la libertad y se tuvo en cuenta el entorno social para la sanción; (ix) en aplicación estricta de los principios de restrictividad interpretativa en la afectación de la libertad individual, evitando basar las detenciones exclusivamente en la calificación jurídica provisional; (x) se prescindió de la pena de prisión con un condenado por delitos sexuales, por ser una persona de la tercera edad con una enfermedad terminal avanzada; (xi) mediante un estricto test de proporcionalidad al momento de imponer una medida de aseguramiento; (xii) en casos de hurtos agravados en almacenes, se optimizan los derechos fundamentales para no imponer penas por delitos bagatela, que no consultan los lineamientos de la Constitución Política al tratar al derecho penal como *última ratio*, por no demostrar la antijuridicidad material; (xiii) atendiendo al criterio de gradualidad en la imposición de medidas de aseguramiento.

la imposición de medidas de aseguramiento, como cuando se impone una medida menos restrictiva de los derechos fundamentales del imputado, como garantía a su vez de las finalidades constitucionales; (iv) a través de la aplicación de la justicia restaurativa y la participación de las partes en la resolución de conflictos sociales que genera el delito, a través por ejemplo de preacuerdos y conciliaciones; (v) aplicando la figura de excepción de inconstitucionalidad para sustituir detención preventiva intramuros por detención domiciliaria con fundamento en la pandemia COVID-19, como forma de proteger la vida y descongestionar centros de reclusión; (vi) en un caso específico de violencia intrafamiliar, mediante imposición de medidas de protección provisionales a favor de la víctima (Ley 1257 de 2008) y obligaciones para el acusado de recibir tratamiento terapéutico³⁴⁹; (vii) en las imposiciones de medida de aseguramiento debe tenerse en cuenta el peligro real frente a las finalidades de la restricción de la libertad, para imponer la medida menos lesiva, mientras que en la legalización de la aplicación del principio de oportunidad se debe propender por mecanismos restauradores; (viii) generalmente, la optimización de los derechos fundamentales se efectúa luego de un juicio de proporcionalidad, cuando existe tensión entre los mismos y se puede entrar a limitar uno u otro en pro salvaguardar el bien jurídico presuntamente vulnerado; (ix) en la negación de medidas de aseguramiento si las mismas no están fincadas en urgencia, necesidad y proporcionalidad, privilegiando el derecho a la libertad como fin constitucional; y por último, (x) en el énfasis en enfoque de género en delitos contra mujeres. Todas estas respuestas permiten establecer los avances dados actualmente en la interpretación constitucional al momento de aplicar la ley penal con miras a lograr optimización de derechos fundamentales.

Cabe señalar que, con relación al análisis de las respuestas obtenidas en esta pregunta sobre los diversos ejemplos y formas de optimización de derechos fundamentales, se tiene que tales ejemplos podrán ser tenidos en cuenta en una siguiente investigación a realizar, de carácter posdoctoral, tal y como ya se refirió en el capítulo 1 del presente trabajo.

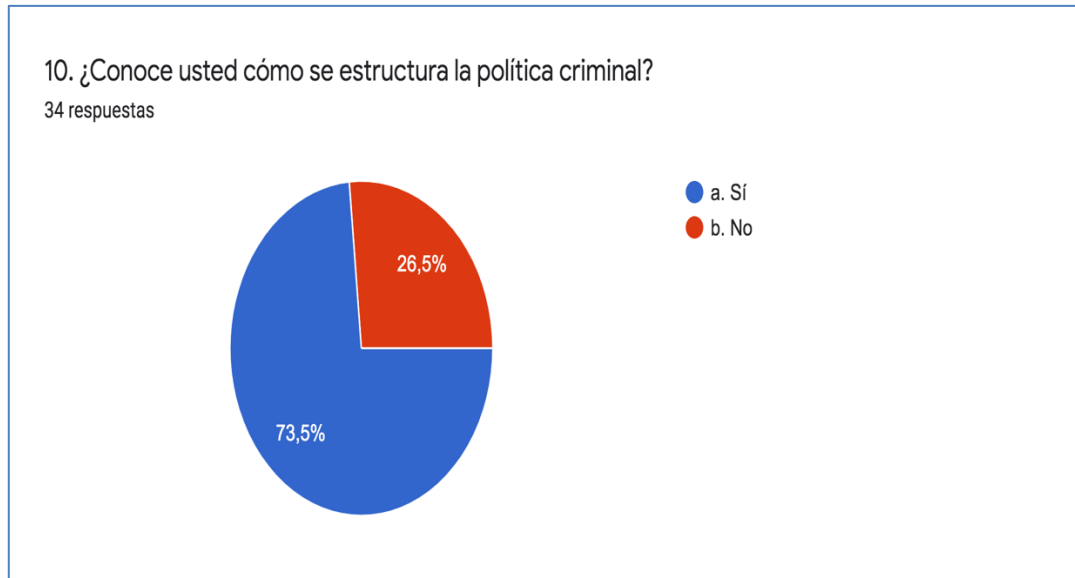
El décimo punto preguntó a los jueces si conocían cómo se estructuraba la política criminal, a lo cual el 73.5 % manifestó que sí, y un 26.5 % que no (figura 4.8), lo resulta bastante notorio, en la

³⁴⁹ Respecto a este punto, la juez de control de garantías entrevistada explicó que:

[...] el papel del juez penal con función de control de garantías es proteger los derechos constitucionales y procesales del acusado. En razón a ello, en la imposición de medidas de protección provisionales no solo se protege a la víctima, sino que a su vez se ofrece un tratamiento terapéutico al procesado con el fin que maneje sus comportamientos de ira y maltrato.

medida en que abre una posibilidad de reconocimiento a ese alto porcentaje de jueces penales que sí tiene noticia de las formas como se estructura la política criminal en el país, a fin de que se los pueda tener en cuenta luego para el desarrollo de la propuesta presentada en esta tesis.

Figura 4.8: Conocimiento sobre la estructura de la política criminal.



La undécima pregunta se refirió a la participación de los encuestados en el Consejo Superior de Política Criminal, a lo cual el 97.1 % manifestó que no había participado de ningún modo, mientras que el 2.9 % restante respondió que sí lo había hecho (figura 4.9).

Figura 4.9: Participación en el Consejo Superior de Política Criminal.



Lo anterior ilustra de manera muy clara que del total de los 174 jueces penales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá³⁵⁰, solo muy pocos de ellos han participado de las actividades de este consejo, dato que fortalece la presente tesis, en la medida en que pone de presente la urgencia de que los jueces penales aporten a la construcción de la política criminal, a través del órgano establecido para estructurarla, lo cual a la fecha no se está realizando. Estadísticamente, se infiere que menos del 12 % de los jueces de Bogotá han sido partícipes en el equipo del Consejo Superior de Política Criminal.

En el duodécimo punto se indagó sobre la naturaleza de dicha participación, a lo cual solo uno de los jueces entrevistados respondió que lo había hecho con un proyecto de ley sobre justicia restaurativa y terapéutica en Colombia³⁵¹. Este dato constituye una ratificación de cómo la generalidad de los jueces penales tiene una participación mínima en la definición de la política criminal en el país.

La decimotercera pregunta indagó por la posición de los jueces penales respecto a determinadas afirmaciones, para identificar su visión frente a la política criminal de Colombia. Las respuestas se ilustran en la figura 4.10 y en su correspondiente tabla explicativa.

³⁵⁰ Esto puede afirmarse a partir la metodología del muestreo probabilístico, desde la óptica estadística.

³⁵¹ Dicho proyecto de ley de justicia terapéutica, según respuesta de la juez entrevistada posteriormente, se estructuró así: (i) en cabeza de un magistrado del Consejo Superior de la Judicatura se integró una comisión especial dedicada a estudiar, debatir y redactar este proyecto de ley, orientado a la creación y puesta en funcionamiento de un sistema nacional de justicia restaurativa y terapéutica; (ii) quien respondió hace parte de este grupo desde mayo 7 de 2020, vía plataforma TEAMS, con reuniones semanales cada martes, que siguen en la actualidad, en tanto la presentación del proyecto de ley es para el mes de octubre de la presente actualidad; (iii) su selección tuvo lugar desde el año 2018, dada su participación en diplomados de justicia restaurativa dictados por la Escuela Judicial Lara Bonilla; (iv) dicha participación consistió en exposiciones respecto a la justicia restaurativa y la implementación de la justicia terapéutica en Colombia, así como debates y foros respecto al tema y presentación de un proyecto escrito de reforma y adición al Código de Procedimiento Penal.

Figura 4.10: Posición frente la participación de los jueces a través de sus decisiones en la política criminal.

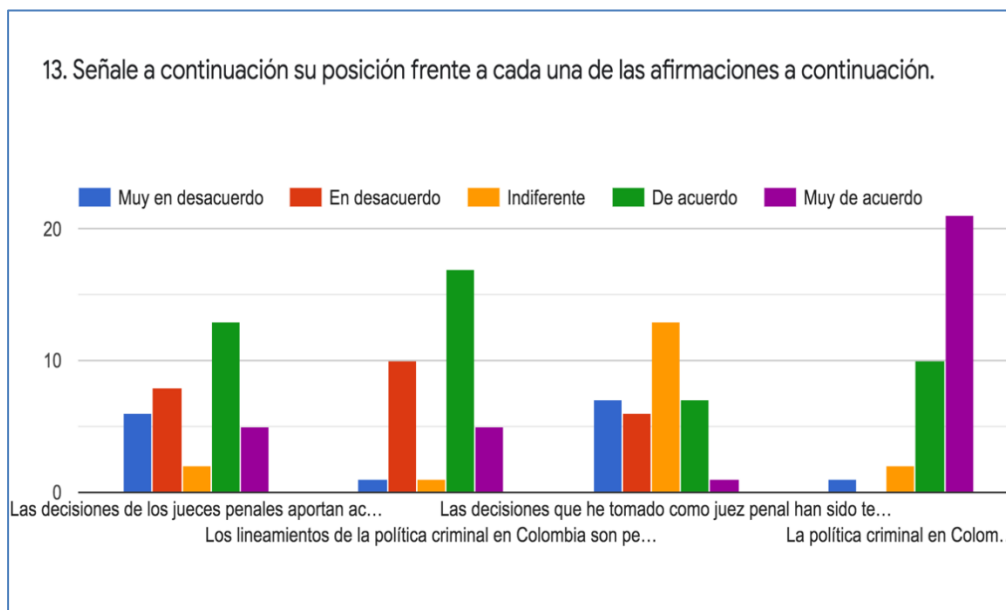


Tabla explicativa 4.1: Afirmaciones y respuestas realizadas por los jueces.

Afirmaciones	Muy en desacuerdo	En desacuerdo	Indiferente	De acuerdo	Muy de acuerdo
1. Las decisiones de los jueces penales aportan actualmente en la construcción de la política criminal en Colombia	6	8	2	13	5
2. Los lineamientos de la política criminal en Colombia son pertinentes para mi ejercicio como juez penal	1	10	1	17	5
3. Las decisiones que he tomado como juez penal han sido tenidas en cuenta para la construcción de la política criminal en Colombia	7	6	13	7	1
4. La política criminal en Colombia podría mejorar si se tomaran en cuenta los aportes de los jueces penales	1	—	2	10	21

Del análisis realizado a las anteriores respuestas se puede deducir que: (i) de los 34 jueces encuestados, 13 de ellos estuvieron “De acuerdo” en que las decisiones de los jueces penales aportan actualmente en la construcción de la política criminal en Colombia, si bien otros 8 jueces manifestaron que se encontraban “En desacuerdo” con esta afirmación, y 6 más señalaron estar “Muy en desacuerdo”, lo cual, pese al mayoritario resultado afirmativo, induce a concluir que aún no existe plena claridad o certeza respecto a si se está aportando actualmente a la construcción de política criminal; (ii) respecto a la afirmación de que los lineamientos de la política criminal en Colombia resultan pertinentes para el cumplimiento de funciones del juez penal, 17 respuestas estuvieron “De acuerdo” y 5 “Muy de acuerdo”, pero 10 se manifestaron “En desacuerdo”, es decir que un porcentaje cercano al 65 % de los encuestados considera relevantes los lineamientos de política criminal en sus decisiones, mientras que una cantidad apreciable de ellos no lo ve así, e incluso, entre las respuestas adicionales, dos jueces califican la cuestión como “Indiferente” o “Muy en desacuerdo”, todo lo cual evidencia la necesidad aún existente de tener en cuenta dichos lineamientos al momento de decidir sobre los casos que conocen; (iii) en relación al hecho de que las decisiones tomadas como juez penal hayan sido tenidas en cuenta para la construcción de la política criminal en el país, 13 respuestas marcaron “Indiferente”, 7 estuvieron “De acuerdo”, 6 se mostraron “En desacuerdo”, otras 5 “Muy en desacuerdo”, y solo 1 “Muy de acuerdo”, lo cual apunta a que definitivamente existe una mayoría de jueces que no consideran relevante que sus decisiones sean tenidas en cuenta para la construcción de la política criminal de Colombia, y solo un pequeño grupo de 8 jueces piensa que sí, corroborando de este modo la respuesta dada por el Consejo Superior de la Judicatura ante el derecho de petición elevado, en la cual afirman que no se encontraron registros sobre la solicitud de datos específicos cuantitativos y cualitativos para la construcción de líneas de acción de política criminal por parte del Consejo Superior de Política Criminal³⁵²; (iv) por último, 21 de los 34 jueces encuestados se mostraron “Muy de acuerdo” en que la política criminal en Colombia podría mejorar si se tomaran en cuenta los aportes de los jueces penales, en tanto 10 más se mostraron “De acuerdo”, solo 2 marcaron “Indiferente” y 1 “Muy en desacuerdo”, lo cual es una evidencia clara de que la propuesta planteada en esta tesis es acogida de manera amplia por quienes imparten justicia penal día a día.

La decimocuarta pregunta estuvo dirigida a quienes en la respuesta anterior se mostraron de acuerdo o muy de acuerdo con que las decisiones del juez penal aporten en la política criminal de

³⁵² Este punto se abordó previamente en el capítulo 3, cuando se tocó el tema sobre la interconexión de las diferentes entidades estatales para el planteamiento de la política criminal en el país.

Colombia, solicitándoles que indicaran cómo se hacía ese aporte. Valga la pena aclarar aquí que, de las respuestas respecto a esta afirmación, se pudo concluir que previamente no había claridad por parte de los jueces acerca de si estaban o no aportando con sus decisiones a la construcción de la política criminal en Colombia. Es por esto que se hace necesario revisar las respuestas de los jueces que respondieron positivamente esta cuestión, en la medida en que se encuentran dentro de su sustentación algunos ejemplos de aportes, tales como³⁵³: (i) desde la práctica, los jueces podrían identificar fácilmente aquellas disposiciones que generan disparidad de criterios jurídicos y vacíos, así como ofrecer soluciones normativas que armonicen los fines del proceso penal con los derechos y garantías de los intervinientes en este; (ii) mediante la aplicación del principio de oportunidad; (iii) teniendo muy presente que los operadores judiciales son las personas que están en contacto desde el primer momento con el fenómeno criminal y con sus causas específicas; (iv) entendiendo que con las decisiones del juez se materializa la política criminal del Estado o, por el contrario, se muestra la necesidad de ajuste; (v) a través de reseñas detalladas del tipo de casos fallados o de los problemas socio-jurídicos abordados, enviadas al Consejo Superior de la Judicatura, en tanto es el juez quien conoce de la realidad social por medio de los casos que juzga; (vi) la experiencia muestra la imperiosa necesidad de reformar, adicionar o expedir normas penales que construyan una política criminal en Colombia más ajustada a la realidad, no desde bases populistas³⁵⁴; (vii) a

³⁵³ Hubo algunos ejemplos adicionales, no tan destacables, que resulta importante en todo caso que se den a conocer, tales como: (i) los jueces solucionan casos concretos, y en época de pandemia, para favorecer a las personas privadas de la libertad, se inaplicó el Decreto 546 de 2020 y se aplicó el numeral 4 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal; (ii) se pueden aportar elementos sobre la eficacia y eficiencia de las diferentes herramientas que existen en el ordenamiento jurídico para resolver los conflictos que surgen en el ámbito penal, así como para identificar las falencias y proponer soluciones frente a los mismos contenidos; (iii) es importante el análisis propio del caso que conlleva al proferimiento de los fallos judiciales y que permite aterrizar la norma al caso en estudio; (iv) muchas veces, la desproporcionalidad va en contravía a las exigencias constitucionales o la legislación internacional, en cuanto a la determinación real de diferentes gravedades, dado que muchas veces se diseña la política criminal con intereses populistas; (v) las decisiones, en especial las de los jueces en función de garantías, no son tenidas hasta el momento en cuenta para la construcción de una política criminal, ya que las mismas, pese a proferirse con base en el principio de legalidad, ser acatan de manera superficial y no analizando cada uno de los tópicos exigidos; (vi) estas decisiones son fuente de debate ciudadano, varias son debatidas por el Congreso de la República e influyen en la seguridad en general, por los delitos que están de por medio; (vii) en algunas de las decisiones se hacen planteamientos novedosos, incluso acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad de ser necesario.

³⁵⁴ De entre los jueces que se mostraron *muy de acuerdo* con la afirmación de que sus decisiones tienen el potencial de contribuir con la política criminal de Colombia, uno de ellos indicó que tal aporte podría darse desde la experiencia, proponiendo reformas, adicionando o expidiendo normas que construyan una política criminal más ajustada a la realidad. En entrevista posterior se le consultó si podría indicar cómo es posible generar una política criminal más ajustada a la realidad del país, teniendo en cuenta las decisiones de los jueces, si solo a partir de la expedición de más normas o si existen otras alternativas, a lo cual respondió que, independientemente que los proyectos de ley se presenten por parte del Ejecutivo o del Legislativo, se debe *invitar a los jueces competentes para ejercicios de discusión y debate*, para tener en cuenta el concepto del

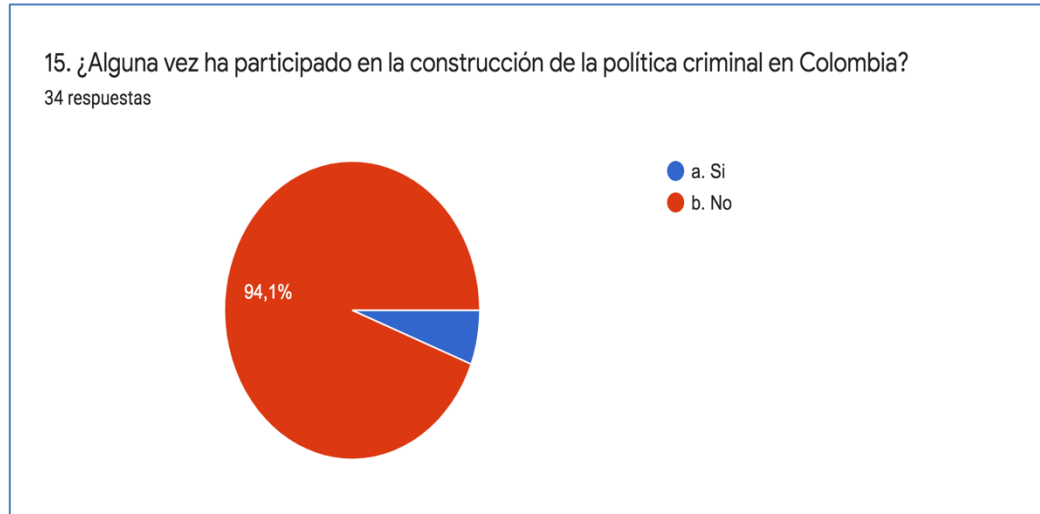
través del análisis estadístico sobre las decisiones realizadas; (viii) al imponer medidas de aseguramiento, haciendo ponderación de los derechos fundamentales afectados frente al de la libertad; (ix) el sistema judicial define en los casos concretos la extensión interpretativa de las normas que orientan la política criminal, de tal manera que si existe, en ese desarrollo, ajuste concreto sobre su alcance, el mismo debería ser tenido en cuenta para modificar y buscar coherencia; (x) por aplicación de derechos fundamentales; (xi) la verificación de las tendencias jurídicas en las providencias judiciales permite diseñar de mejor manera la política criminal, así como planear métodos de implementación que aseguren su éxito en el ámbito judicial; (xii) teniendo en cuenta a los jueces y su criterio jurídico se evita crear lineamientos de política criminal que no son aplicables en la dinámica judicial.

Una lectura detallada respecto a los aportes que los jueces del Sistema Penal Acusatorio consideran que realizan a la política criminal, a través de sus decisiones, permite concluir que en su mayoría tienen noción sobre el vínculo de su función judicial en el desarrollo de esta política, y que entre otras contribuciones que pueden hacerse se encuentran las de identificar disposiciones que generen disparidad de criterios jurídicos y vacíos; ofrecer soluciones normativas que se armonicen con los fines del proceso penal; aplicar principios de oportunidad, al conocer de primera mano y desde el primer momento el caso e identificando desde su experiencia las necesidades de ajuste en la mencionada política; enviar reportes con líneas detalladas de sus casos o problemáticas socio-jurídicas abordadas³⁵⁵; ajustar los lineamientos a la realidad del país, ya sea con proyectos de reforma, adición o expedición de normas; llevar a cabo análisis críticos y estadísticos de las decisiones adoptadas; realizar ejercicios de ponderación de derechos fundamentales; identificar casos concretos donde la extensión interpretativa de las normas permita orientar la política criminal; verificar las tendencias jurídicas en las providencias para un mejor diseño y, finalmente, entregar un criterio jurídico para lograr una política criminal más ajustada a la dinámica judicial.

En el decimoquinto punto se preguntó a los jueces si habían participado alguna vez en la construcción de política criminal en Colombia, a lo que solo un 5.9 % respondió que sí lo ha hecho, en tanto el 94.1 % restante contestó que no (figura 4.11).

operador judicial desde su experiencia, evitando de este modo vacíos jurídicos, e incluso la creación de normas que en su materialización resultan inocuas.

³⁵⁵ Sin embargo, esto no se está haciendo, como se deduce en este trabajo según resultados de la investigación.

Figura 4.11: Participación frente la construcción de la política criminal.

Notoriamente, la participación de los jueces penales en la política criminal es mínima en Colombia³⁵⁶, un reflejo de que la propuesta de la tesis acerca de una contribución más activa por parte de estos, además de novedosa, resulta absolutamente necesaria. Estadísticamente, los datos obtenidos se pueden extrapolar para significar, dramáticamente, que menos del 16 % de los jueces penales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá ha participado en la construcción de la política criminal colombiana.

La pregunta decimosexta indagó sobre el carácter de dicha participación, para quienes respondieron afirmativamente el punto anterior. Solo hubo dos de las personas entrevistadas (5.9 % de la muestra) que estuvieron en capacidad de responder este punto: la primera de ellas indicó que su participación se realizó mediante propuestas de reformas normativas en justicia transicional, restaurativa e implementación de la justicia terapéutica, en tanto la segunda señaló que lo hizo a través de sus decisiones judiciales³⁵⁷.

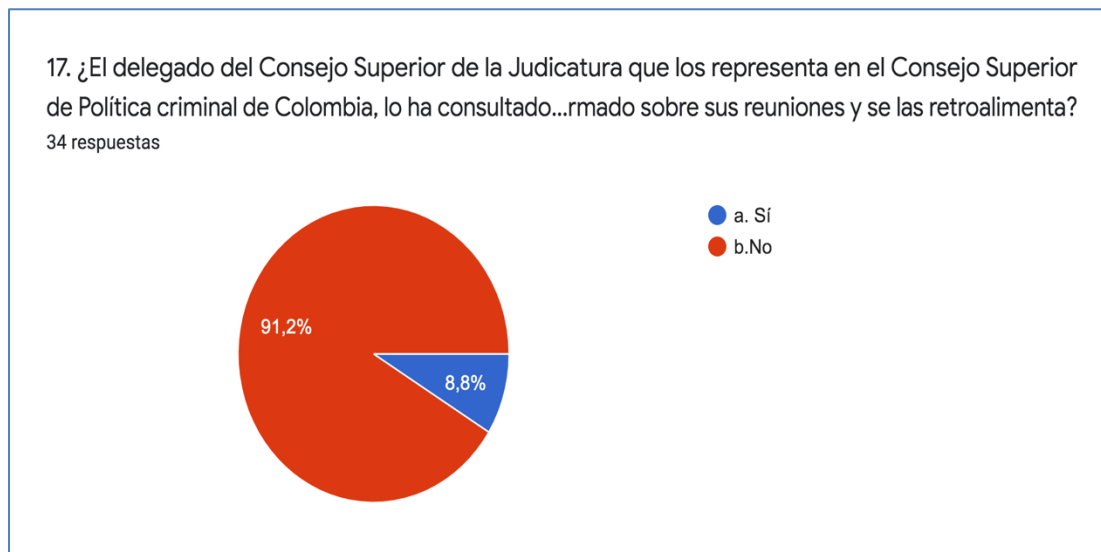
En el siguiente punto se preguntó si el delegado del Consejo Superior de la Judicatura en el Consejo Superior de Política Criminal había realizado una consulta previamente a dichas sesiones

³⁵⁶ Esta afirmación se hace extrapolando la respuesta sobre los 174 jueces de Bogotá, de acuerdo a la metodología estadística de muestreo probabilístico.

³⁵⁷ Resulta interesante que una de las respuestas de los jueces encuestados indique esto, toda vez que la propuesta del presente trabajo investigativo tiene que ver precisamente con que las decisiones de los jueces sean tenidas en cuenta al momento de construir la política criminal del país.

o las retroalimentaba luego (pregunta 17, figura 4.12), a lo cual un 91.2 % de los encuestados respondió que no, mientras que solo el 8.8 % indicó que sí³⁵⁸.

Figura 4.12: Consulta del delegado que los representa en el Consejo Superior de Política Criminal.

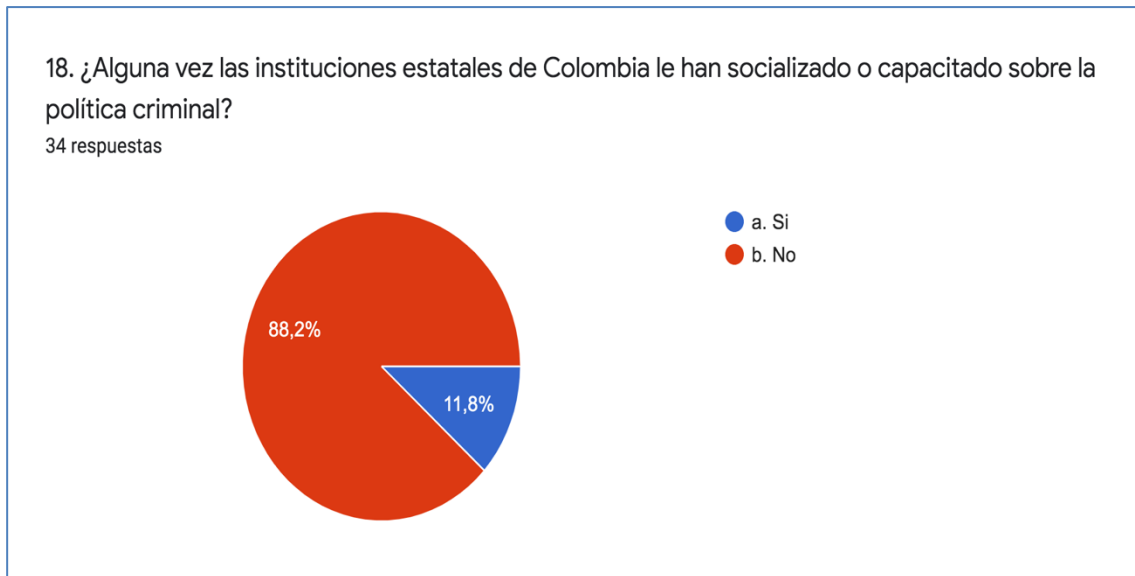


Esta respuesta, al igual que la anterior, deja en evidencia que no se ha tenido participación activa de los jueces penales en el diseño de lineamientos de la política criminal en Colombia, y que tampoco han sido consultados para ello por parte de quien los representa. Extrapolando estadísticamente, los datos mostrados indican que menos del 20 % de los jueces de Bogotá ha recibido retroalimentación de las reuniones del delegado del Consejo Superior de la Judicatura.

La pregunta decimoctava buscó establecer si alguna vez las instituciones estatales habían socializado o capacitado a los jueces entrevistados sobre la política criminal colombiana, a lo cual el 88.2 % de ellos contestó que no, y solo el 11.8 % respondió que sí (figura 4.13).

³⁵⁸ Posteriormente, la juez entrevistada amplió su respuesta afirmativa, indicando que se le consultó inicialmente en 2016, y luego en repetidas oportunidades a partir de allí. El primer tema específico de consulta fue el de hacinamiento carcelario en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cóbbita. Luego fue con la implementación de la Ley 1820 de 2016, respecto a la concesión de amnistías y beneficios por los Acuerdos de Paz. Actualmente asesora en el manejo de la virtualidad y en el proyecto de ley mencionado en anteriores respuestas. Añadió finalmente que sí conoce que otros jueces han sido citados a eventos académicos y a foros por parte del Consejo Superior de Política Criminal, esto pese a que, como se verá en el próximo capítulo, este Consejo no convoca ni selecciona directamente a los jueces penales para participar en la construcción de la política criminal del país, argumentando que ya cuentan con la representación de los jueces por medio del presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y del presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de Política Criminal.

Figura 4.13: Capacitación o socialización por parte de instituciones estatales en materia de política criminal.



Esta respuesta refleja que no existen planes de socialización y capacitación en torno a la política criminal colombiana que sean ofrecidos a los jueces penales del sistema acusatorio por parte de la estatalidad. Se puede corroborar además que esta cifra de 11.8 % de jueces que sí han recibido capacitación contrasta con el 50 % de ellos que indicó en la pregunta 6 que se habían formado por otros medios, lo cual significa que queda un 38.2 % que no ha recibido socialización y capacitación, ni por otros medios ni por instituciones estatales. A nivel estadístico, se puede concluir, con un 80 % de confianza, que como máximo el 21.77 % de los jueces de Bogotá ha sido capacitado, o le han socializado, sobre política criminal.

La pregunta decimonovena pidió a los funcionarios que habían recibido capacitación o socialización estatal en materia de política criminal que especificaran cuándo, cómo y por parte de quién se realizó. A este interrogante respondieron solo 4 de los 34 jueces entrevistados (el 11.8 %), dos de ellos para indicar que recibieron capacitación de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en un curso para jueces en 2016³⁵⁹; otro señaló que lo hizo por medio de foros, conferencias, capacitaciones y diplomados de la misma Escuela, a través de invitaciones realizadas por el Consejo Superior de la Judicatura, así como participando en mesas de trabajo y comisiones de

³⁵⁹ Sin embargo, en la revisión del *Plan de Formación de la Rama Judicial 2019*, desarrollado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2019), no se encontró que se abordaran temas de política criminal.

estudio; el último de los encuestados manifestó que se informó por medio de sus profesores de posgrado, que hacían parte del Ministerio de Justicia, más específicamente del Consejo Superior de Política Criminal.

La pregunta veinte indagó sobre la realización, por parte de estos jueces penales, de reuniones en donde se trataran temas de política criminal, a lo cual un 85.3 % respondió que no había participado en ello, mientras que solo un 14.7 % dijo que sí (figura 4.14).

Figura 4.14: Reuniones destinadas a tratar tema de política criminal.



El anterior gráfico refleja el mínimo porcentaje de jueces del Sistema Penal Acusatorio en Bogotá que ha mantenido este tipo de reuniones, signo de la falta de articulación existente entre la justicia penal en dicho contexto, pese a la afirmación de aquellos como concedores del mismo. Estadísticamente, esto indica que menos del 25 % de los jueces de Bogotá tienen o han tenido estas reuniones destinadas a tratar temas de política criminal.

Por último, la pregunta veintiuno interrogó, a quienes respondieron afirmativamente el punto anterior (5 jueces, 14.7 % de la muestra), sobre el tipo de reunión o reuniones sostenidas. Las respuestas obtenidas fueron: (i) con el Ministerio de Justicia, en temas relacionados con beneficios y libertad en sede de ejecución de penas y medidas de seguridad; (ii) reuniones académicas entre pares; (iii) con comisiones especiales para estudiar, debatir y redactar proyectos de ley orientados a la creación y puesta en funcionamiento de un sistema nacional de justicia restaurativa y terapéutica

en el proceso penal colombiano; (iv) reuniones relacionadas con temas de medidas de aseguramiento, congestión judicial, proyectos de reformas penales y hacinamiento carcelario; y (v) con mesas de trabajo interinstitucionales, para comprender el alcance y la conveniencia de la reforma legal que creó el procedimiento penal abreviado.

En conclusión, a partir de la revisión y análisis de la encuesta realizada a los jueces penales del Sistema Penal Acusatorio en Bogotá se pudo determinar que, si bien existe un alto porcentaje que afirma conocer la política criminal, no lo ha hecho a través de socialización o capacitación ofrecidos por el Estado, sino por otros canales, además que también se identificó un altísimo porcentaje de jueces que no participan en la definición de lineamientos, aunque dos de ellos sí afirmaron hacerlo: uno desde de las interpretaciones hechas sobre sus decisiones, lo cual resulta bastante positivo para el planteamiento de esta propuesta investigativa; el otro juez manifestó que su participación fue a través de una invitación, pero no por una convocatoria oficial.

Otro de los aspectos que se puede rescatar de las respuestas de los encuestados es la manera como operan al momento de optimizar derechos fundamentales, entre otros elementos de interés, encontrándose que la opinión mayoritaria aparece muy orientada a analizar meramente lo formal de cada caso particular, pero que existen varios de ellos que consideran que se debe ir más allá de ello, punto que resulta central para esta investigación académica y que hace parte de la propuesta final que se abordará en el último capítulo.

Conclusiones

Entre las conclusiones que se destacan para este capítulo está la reafirmación del relevante papel de los jueces penales al formular sus decisiones judiciales, en la medida en que estas constituyen un medio principal para la resolución de conflictos sociales, teniendo por ello el potencial para incidir de manera profunda y consciente, desde su conocimiento, de manera permanente en la totalidad del tejido humano del que hacen parte, no solo a través de un mandato, sino más bien de un mensaje sobre pautas correctas de relacionamiento social. En tal sentido, resulta indispensable una clara perspectiva de aporte a la política criminal del país por parte de los jueces penales, a partir de la distinción precisa entre la creación y el descubrimiento de la decisión, a fin de proceder de manera razonable y justificada desde los principios y estándares del modelo de Estado social de derecho.

Para ello es necesaria la existencia de lineamientos claros y precisos en relación con las políticas del Estado, para que quien toma las decisiones penales cuente con pautas específicas de acción a todo nivel. Por ejemplo, una de las conclusiones más importantes obtenidas en este estudio se refiere a la necesidad de fortalecer otras figuras alternas, como preacuerdos o principios de oportunidad, respecto a los fines de la justicia, en la medida en que es un hecho probado que la disminución de las condenas en juicio estaría desincentivando otras formas de terminación del proceso más efectivas. Así, la propuesta considera el hecho de que, en el entorno del proceso investigativo, el juez penal puede identificar medidas que apunten a lograr mayores grados de conciencia, armonía y comunicación entre las partes, ya sea en situaciones de aplicación de medidas privativas de la libertad, en los espacios de diálogo de las audiencias públicas o en cualquier otra decisión que conlleve incidencia o afectación sobre los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, lo que se encuentra a nivel de manejo real, es decir, en el ámbito de los funcionarios judiciales y de las leyes promovidas en el Congreso de la República, es que actualmente los planteamientos formales que se derivan de la Carta Política tienen muy poca consideración en el establecimiento de lineamientos de política criminal verdaderamente efectivos y consistentes, además de que se carece de adecuados protocolos de comunicación entre las entidades estatales que tratan sobre temas penales y el Consejo Superior de Política Criminal, signo de la poca articulación existente entre la función judicial penal y dicha política en el país.

Así, esta nueva propuesta requiere entonces de un enfoque penal que incorpore un profundo análisis de contexto, entendido como el conocimiento pleno de los elementos fácticos que priorizan la investigación, a través de un amplio trabajo multidisciplinar orientado a facilitar la efectiva aplicación de herramientas alternas en el ejercicio penal. Del mismo modo, para posibilitar la introducción de líneas de acción articuladas en materia criminal, que logren efectiva reducción y prevención del crimen, así como consideraciones de resocialización y mínimo recurso al derecho penal para la solución de conflictos sociales, se necesita integrar este tipo de análisis múltiple sobre todas las etapas en un proceso judicial.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que, pese a la existencia actual de pautas judiciales para la optimización de derechos fundamentales en la política criminal del país, tales como las estrategias investigativas de análisis y contexto o los preacuerdos y principios de oportunidad, su simple ejecución no resulta suficiente, si no se logra su finalidad de aporte a la disminución de los

crecientes índices nacionales de criminalidad y violencia. Es por ello que resulta importante una valoración constante del conocimiento que tengan los jueces penales sobre política criminal y de la participación de los mismos, desde la experiencia de los casos que tratan, en la construcción de dicha política. En ese sentido, nuestro estudio demostró que, si bien los jueces conocen sobre el tema, en una alta proporción por vías diferentes a las estatales, falta aún mayor profundización en algunos aspectos, o no todos son conocidos, lo cual apunta a la urgencia de una adecuada socialización de los lineamientos de política criminal en los despachos judiciales.

En relación con las diferentes variables, más allá de las jurídicas, que pueden influir en las decisiones de los togados y por ende —según la propuesta que aquí se hace— en los lineamientos de la política criminal colombiana, la presente investigación doctoral no contempló la realización de una delimitación o barrido de estos aspectos, porque un estudio sociojurídico de esta clase desviaría el objeto central de la tesis. Es decir que tal estudio no fue considerado necesario, toda vez que la tesis se ha realizado considerando de manera principal las decisiones de los jueces penales que optimizan derechos fundamentales, lo cual quiere decir que, independientemente de que el juez sea nombrado en provisionalidad, por cuotas políticas, sin experiencia o por ciertos intereses, lo cierto es que si dichas decisiones proferidas por el mismo cumplen con este requisito de optimización y pueden aportar en las líneas de acción de la política criminal, deben ser sopesadas por el Consejo Superior de la Judicatura, como órgano que solicita las estadísticas de los jueces, partiendo de un análisis cualitativo de las mismas para identificar los puntos respecto a los cuáles se puede contribuir al interior del Consejo Superior de Política Criminal. Más propiamente, lo que la tesis propone es un ejercicio complementario de capacitación de los jueces penales en temas relacionados con justicia constitucional a la luz del modelo de Estado social de derecho, sin ocuparse tanto en profundizar sobre sus antecedentes extrajurídicos. Por lo demás, se considera que el mencionado estudio sociojurídico podría hacer parte de otro objeto de investigación doctoral, que podría resultar de gran interés.

Por otra parte, en la indagación realizada entre los jueces penales adscritos al Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, se encontró que, en un alto porcentaje, no existe aún entre ellos suficiente conocimiento respecto a sus posibilidades de aporte a la política criminal a partir de las decisiones proferidas, esto en parte debido a que muchos de ellos ni siquiera consideran que tales decisiones puedan ser tenidas en cuenta en dichos ámbitos de construcción, lo cual va en la vía de que tampoco en el Consejo Superior de la Judicatura se encuentran registros sobre solicitud de datos específicos, cuantitativos y cualitativos, para la construcción de esta política. Entre los datos que

más dramáticamente ponen de manifiesto esta situación está el que muestra que menos del 16 % de los jueces penales de Bogotá ha participado en la construcción de dicha política criminal en Colombia, o la indicación de que menos del 20 % de los jueces de Bogotá ha recibido retroalimentación por parte del delegado del Consejo Superior de la Judicatura.

Sin embargo, del análisis sobre los aportes de los pocos jueces penales que sí contemplan esta posibilidad a través de sus decisiones, se concluye que estos reconocen sobre todo el vínculo de su función judicial en el desarrollo de esta política, pudiéndose de este modo generar contribuciones valiosas y de hondo calado en la misma, así como establecer los avances en la interpretación constitucional de la ley penal para la optimización de derechos fundamentales.

Un último aspecto a destacar se refiere al modo como operan los jueces penales del Sistema Penal Acusatorio en Bogotá al momento de dicha optimización de derechos fundamentales, dado que la opinión mayoritaria se orienta principalmente a un análisis meramente formal de cada caso, si bien otros consideran que se debe ir más allá de ello, lo cual resulta central para la propuesta de esta tesis.

5. Las contribuciones del juez penal a la política criminal del país

Este capítulo destaca la figura del juez penal en Colombia, tanto el de conocimiento como el juez en función de control de garantías, en su papel de funcionario que contribuye a la construcción de política criminal a través de decisiones que hacen efectiva la integridad del Estado social de derecho para optimizar principios constitucionales fundamentales. Para ello, empezaremos analizando por qué resulta necesaria la transformación de la justicia penal, y los efectos y posibilidades abiertas con la implementación del Sistema Penal Acusatorio, identificando luego cuáles son algunos de los nuevos giros interpretativos que permiten para el juez penal un más adecuado accionar dentro del sistema procesal colombiano, para de ahí proponer un nuevo enfoque en su labor, desde una perspectiva de aporte a la política criminal mediante decisiones que propendan por la optimización de derechos fundamentales y la consideración de las mismas dentro de los lineamientos establecidos por el Consejo Superior de Política Criminal.

5.1. La necesidad de transformación de la justicia

Empezamos aquí con un intento de analizar esta necesaria transformación de la justicia penal en el marco del Sistema Penal Acusatorio, luego de constatar en secciones previas su precario funcionamiento general³⁶⁰. Nada más inquietante, desde la perspectiva jurídica, que observar cómo el comportamiento humano es ponderado socialmente solo bajo el marco de la ley y la creencia de

³⁶⁰ Como se analizó en el capítulo 3, el Sistema Penal Acusatorio hoy en día tiene serios problemas, entre ellos falta de personal para la cantidad de casos que se deben tramitar, un enfoque punitivista encaminado a que la resolución de la mayoría de los casos sea la cárcel, y un alto índice de hacinamiento carcelario. Esto, sumado a las conclusiones del capítulo 4 acerca de la falta de conocimiento de la política criminal por parte de los jueces, lleva a la conclusión de la necesidad de transformar el sistema penal para que sea más coherente con el Estado social de derecho.

que la única solución a los conflictos presentes es la creación de normas o, peor aún, el autoritarismo y la represión. Si la única respuesta fuera esta, fácil quedaría al Ejecutivo el manejo y organización de un país; sin embargo, partimos de la idea de que la labor de los operadores judiciales que aplican a diario estas normas resulta determinante a la hora de poner en marcha una propuesta de salida al caos endémico que afecta la sociedad colombiana. Esta situación caótica no es ajena al ciudadano común, siendo descrita de forma magistral por el escritor William Ospina en su reciente ensayo *Pa que se acabe la vaina*, cuando señala que:

Desde hace medio siglo, Colombia vive uno de los conflictos políticos más dramáticos del hemisferio occidental, con cientos de miles de muertos, millones de víctimas y de refugiados internos, millones de migrantes de otros países, y un creciente deterioro del orden institucional que se puede medir por la crisis de la justicia, los niveles escandalosos de corrupción, el número de congresistas y gobernantes que pasan directamente del poder a la celda, los índices de pobreza y de miseria, la inseguridad, la delincuencia, el atraso de la infraestructura y la incapacidad de convertir la indudable riqueza del territorio en algo que beneficie a las mayorías y garantice la prosperidad general. (Ospina, 2013, p. 7)

En esta tesis partimos entonces por reconocer la existencia de una crisis en el sistema actual de la justicia, para hacer a partir de allí un análisis de su declive y de las posibles soluciones al problema. Desde esta perspectiva, resultará claro que no podemos continuar entendiendo al poder judicial como una institución aislada, conformada por jueces penales con autoridad fuera de toda medida y fiscales representantes de un poder punitivo ilimitado.

Por el contrario, en este apartado buscamos analizar la necesidad que existe en Colombia de transformación de la justicia penal, luego de la implementación, ya hace más de quince años, del Sistema Penal Acusatorio, para comprender este estricto mundo de normas a la luz de un nuevo enfoque que permita poner un límite al esquema elitista imperante dentro del mismo, y que posibilite aproximaciones alternativas para el juez penal, con el propósito de que perciba una realidad ajena y extraña que necesita ser reconocida para dar fin a nocivos modos de acción, naturalizados como parte del conflicto social que vive nuestro país.

Es importante precisar primero que uno de los motivos que impulsaron la transición al Sistema Penal Acusatorio fue la desconfianza crónicamente arraigada en la sociedad respecto al aparato judicial. Ejemplo de ello son los resultados arrojados por la Encuesta Nacional de Justicia

adelantada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 1997), los cuales evidenciaron que aproximadamente el 70 % de los hechos punibles no eran denunciados ante las autoridades competentes, a causa del prejuicio generalizado entre la población en torno a la inoperancia del sistema judicial.

Esta percepción ciudadana estaba basada en problemáticas reales, como lo demostró el Censo Nacional de Expedientes Activos de la Fiscalía General de la Nación, de abril de 1999, el cual dio cuenta de las siguientes circunstancias: i) en promedio un proceso duraba tres años en ser evacuado desde el momento en que se impetraba la denuncia; ii) la mayoría de los expedientes se quedaba demasiado tiempo en fase de investigación; iii) alrededor del 50 % de la población carcelaria permanecía aproximadamente dos años recluida en calidad de sindicada, en abierto desconocimiento del principio de presunción de inocencia (Reyes, 2005, p. 7).

Esto impulsó que en la primera década del siglo, como ya se ha dicho, se presentaran cambios en el derecho penal colombiano con la introducción del nuevo Sistema Penal Acusatorio mediante la Ley 906 de 2004, intención estatal que se puede catalogar como positiva, en tanto fue proyectada para obtener resultados en materia de disminución en el crimen y mayor aplicación de garantías en un proceso penal. Sin embargo, a pesar de que dicho sistema todavía es relativamente reciente en nuestro país, su desarrollo deja entrever que el punto débil del mismo no tiene que ver con su conformación, dado que su estructura se adecúa conforme a los principios del Estado social de derecho establecidos en nuestra Constitución. Adicional a esto, su naturaleza oral permite que la publicidad pueda dar transparencia a lo sucedido en el proceso, si bien este último aspecto no puede considerarse siempre como una fortaleza, dado que queda abierto a que el poder de los medios pueda hacer uso en beneficio propio de esta garantía y, en parte, perjudicar al sistema judicial³⁶¹.

³⁶¹ Numerosas noticias aparecen continuamente en importantes medios de comunicación colombianos que muestran un sesgo tendencioso respecto a la manera como se presenta la información del manejo de la crisis por la que atraviesa crónicamente el sistema penal colombiano; por ejemplo, hace unos cuantos años la revista *Semana* publicó un artículo titulado: “¿Más gabelas en la justicia?” (Revista Semana, 2014a), donde cuestionaba la *preparación* del país para entender y aceptar las nuevas perspectivas abiertas por la incorporación de las figuras de preacuerdo y principio de oportunidad para los “delincuentes”. Intencionada o no, esta forma de presentar la información, de manera parcializada y con insuficiente sustento, apela más a la reacción exaltada y poco reflexiva que al debate ponderado y argumentado.

En ese sentido, el manejo que realizan los medios de comunicación en relación con ciertos casos penales no solo tiene la capacidad de producir injerencias en la actividad del fallador, sino que asimismo guarda el potencial de afectar el diseño de la política criminal, que, en el afán muchas veces por responder a esta presión mediática puede terminar apartándose de esquemas de seguridad ciudadana fundados en postulados democráticos³⁶². Por ello, si bien se reconoce que esta dinámica puede generar mayor participación de la sociedad, resulta igualmente cierto que la misma puede influir, algunas veces de manera indebida, tanto en la decisión del juez penal como en la orientación de la política criminal.

Figuradamente, las normas que definen el modelo de Estado social de derecho colombiano se entienden como un espejo en el que los ciudadanos pueden verse reflejados, no como simples reglas que deban ser obedecidas. Debido a ello, es importante resaltar lo estrechamente ligado que está el concepto de *eficacia del derecho*³⁶³ con el comportamiento social, pues el discurso debe primeramente resultar de utilidad para las personas, es decir, no puede tratarse solo de declaraciones meramente retóricas, sino que debe procurarse también que estén en la vía de generar y fortalecer la *cultura ciudadana*³⁶⁴. Los enunciados jurídicos reflejan además la capacidad de agencia existente entre quienes conforman la estructura del sistema penal y la manera como sus decisiones fortalecen o debilitan ciertos intereses del poder, así como también la posibilidad que tienen de imponer interpretaciones en contexto que transmitan mensajes contundentes para la totalidad de quienes integran la pirámide jerárquica, en la línea constitucional de hacer un significativo aporte a la efectivización de derechos fundamentales y a la solución del conflicto social existente, tal y como lo expone García Villegas (1993):

³⁶² De acuerdo con Benavides, Binder y Villadiego (2016), la injerencia de los medios de comunicación en la construcción de la política criminal no es una problemática exclusiva de Colombia, sino que corresponde más bien a una situación generalizada en toda la región latinoamericana.

³⁶³ Respecto a este tema, Pinilla (2002) señala que la misma Carta Constitucional:

[...] consagra en su artículo segundo la “legitimidad por eficacia” aceptando así el inmenso reto de los más avanzados Estados sociales de derecho que adquieren su legitimidad en la vida concreta de los pueblos, cuando su confrontación con la justicia material en la satisfacción de las necesidades básicas y el respeto por los derechos humanos resulta acorde con sus principios y valores. La compleja y contradictoria relación del ser y el deber ser adquiere su propia dinámica en el Estado social de derecho. (p. 239)

³⁶⁴ En su página web (<https://corpovisionarios.org/cultura-ciudadana>), Corpovisionarios define la cultura ciudadana a nivel normativo como:

[...] una visión positiva de la convivencia [que] promueve la tolerancia o el aprecio por distintos proyectos de sociedad, la no violencia, la capacidad de celebrar y cumplir acuerdos, el cumplimiento de la ley, la confianza interpersonal [o expectativa de cooperación de los demás] e institucional, la representación positiva del otro y el interés por el cuidado de lo público.

En la realidad social se constata cómo los enunciados jurídicos no se limitan a comunicar una información sobre el deber ser social. El derecho, como todo lenguaje, sirve para hacer cosas diferentes de las que él mismo dice querer hacer. El derecho ordena, forma e informa, no solamente a través del sentido explícito de sus textos y ritos, sino también a través de su misma producción y su propio consumo. (p. 84)

En este punto resulta pertinente recordar que en el capítulo 1 de esta tesis se estableció la categoría tipológica del Estado de derecho como un concepto amplio, abordado por múltiples teóricos desde diferentes perspectivas, pero que pese a la multiplicidad de definiciones remitía siempre a la idea basilar del *imperio de la ley*, “esto es, al esfuerzo por controlar y al mismo tiempo legitimar el poder del Estado por medio del derecho” (Uprimny, 2013, p. 169). Dicha aproximación tipológica se centró sobre todo en la definición de los elementos esenciales referidos al modo específico de organización estatal, si bien en esta tesis se optó además por conjugarla con un enfoque histórico, para enfatizar los cambios que se produjeron en el tránsito del Estado liberal de derecho al social de derecho, y analizar posteriormente el mencionado tránsito en el caso colombiano.

A partir de ambas formulaciones se suscribe la postura según la cual en el Estado de derecho no basta con que las autoridades protejan las libertades individuales, sino que el carácter social hace necesario que también se efectúen acciones encaminadas a lograr la plena satisfacción de las necesidades materiales de las personas (Uprimny, 2013). En otras palabras, se deduce que no es suficiente el apego del ente estatal a la letra de la ley, toda vez que es imperioso procurar que los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política sean garantizados y efectivizados en la realidad nacional (Pinilla, 2002).

El papel que cumple quien aplica la ley no se reduce entonces constitucionalmente a la mera objetividad, en la medida en que, en la solución de disputas entre personas, es el individuo quien debe ser el centro de atención. Quien imparte justicia no puede olvidar que su investidura está ligada además a determinadas características clave, como la integridad y la *sindéresis*, esenciales para construir una mejor comunidad, lo cual viene a ser la finalidad indispensable en el derecho penal, en la medida en que:

[...] un ordenamiento social no tiene por qué limitarse a generar personas que no se perturben entre ellas, sino que puede contener también el deber de proporcionar ayuda a [la]

otra persona, de edificar con ella —de forma parcial— un mundo en común, y, de esta forma, de asumir respecto a ella una relación positiva. (Jakobs, 2004, p. 171)

Se trata entonces, en este capítulo final, de reconocer que el poder judicial, si bien hasta este momento ha realizado importantes esfuerzos de forma organizada³⁶⁵, no ha demostrado la eficacia suficiente para contribuir en la reducción de las graves tasas de criminalidad existente, lo cual indica la necesidad de añadir una perspectiva más propositiva al ejercicio jurídico en los despachos judiciales, situación que permitirá hacer evidente su compromiso con la garantía de los derechos fundamentales, a la vez que se posibilita la inserción de estas experiencias en la construcción de la política criminal del país.

En ese sentido, la labor de los jueces penales no puede reducirse a un formalismo que meramente adecúa o no situaciones fácticas a normas penales. Lo ideal es que estos funcionarios integren en su campo una perspectiva dinámica de aporte y propuesta, pues no puede el sistema identificarse con el positivismo medieval, sino todo lo contrario, le urge articularse efectivamente con su contexto real actual. A este respecto, Jakobs (2004) señala que el entendimiento de los nuevos tiempos no puede partir de pretender cambios en los individuos como sujetos presociales, lo que no es realmente importante *per se*, sino solo en tanto se refiere a colectividades humanas y a su normatividad, cuyo comportamiento interesa ahora como fenómeno social cargado de significado. Esto refiere además a la perspectiva de vigencia de la norma, punto de origen de la dogmática, para pasar desde allí a considerar la naturaleza humana, o a la conciencia individual —en el mejor de los casos—, como indicadores de un estado respecto de tal vigencia, no como materia jurídico-penal. En ese sentido, la consideración primera sobre la *persona* no suprime, pero sí supera dialécticamente al sujeto presocial.

De esta manera, las nuevas generaciones dedicadas al estudio del derecho penal requieren de un enfoque constructivo desde una nueva visión, toda vez que el orden actual de nuestro mundo judicial exige ser redescubierto, reinventado y reinterpretado, desde un encuentro primario consigo mismo para, posteriormente, aportar al conjunto de una política articulada que combata eficaz y

³⁶⁵ Algunos de los esfuerzos realizados se mencionaron en los capítulos anteriores, como por ejemplo, el aumento en la implementación del principio de oportunidad, en especial después de la Resolución 02370 del 11 de julio de 2016 (FGN, 2016), el cual, como se vio en el capítulo 3, experimentó a partir de ese año un importante crecimiento en su implementación. Otra acción relevante ha sido el aumento en la imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, más o menos para el mismo año.

realmente la criminalidad a partir de postulados de justicia y resocialización; en caso contrario, nos arriesgamos a un laberinto sin fin, el cual ya resulta evidente, como agudamente lo expone Ospina (2013):

Los procesos que se acumulan en los tribunales no alcanzarán a ser evacuados en treinta o cuarenta años, o sea que tenemos que concluir que paradójicamente la ley no tiene soluciones jurídicas; y, sin embargo, las cárceles están llenas, más aún, están saturadas; el hacinamiento en ellas es inhumano. Nadie sabrá decir si los que las ocupan son quienes debieran ocuparlas, porque posiblemente hay más culpables en las calles que en las cárceles. (p. 233)

Esto es lo que nadie quiere, pero es lo que todos permitimos que suceda. Por eso, “cansados de tanta vaina”, como lo resalta el autor, se requieren aportes sustanciales a la justicia penal, a través de parámetros eficaces de comportamiento judicial y orientaciones específicas para realizar el ejercicio social del derecho. Esto hará posibles los cambios, entre los cuales los más esperados son la disminución de, al menos, determinadas conductas criminales, por medio de una política criminal coherente³⁶⁶.

Se demanda entonces una aproximación propositiva, como herramienta clave dentro del ejercicio judicial; sin embargo, lo común en la actualidad es que el juez penal decida a través de la adecuación o calificación típica de los hechos que se presentan en la investigación, cumpliendo así con el principio de legalidad al que están sometidos³⁶⁷; difícil por lo tanto contemplar otras posibilidades para abordar la situación. Tan rígido es este ambiente, y tanta influencia general tiene, que a pesar de la formulación del carácter social del Estado los medios de comunicación continúan concentrándose en dar publicidad mayoritaria a sus medidas de carácter punitivo y

³⁶⁶ Como se mencionó en el capítulo 3, la coherencia de la política criminal radica en qué tanto sus lineamientos, la manera en la que se implementan y el funcionamiento general del sistema penal se acoplan a los principios del Estado social de derecho y por lo tanto a los postulados constitucionales.

³⁶⁷ Según el artículo 230 de la Constitución, “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, lo que significa que estos deben ceñirse al principio de legalidad, consagrado también en la Carta Política en el artículo 29, el cual estipula que solo se puede ser juzgado conforme a leyes preexistentes a la conducta. Además, como ha afirmado la Corte Constitucional, dicha ley preexistente debe definir clara y concretamente cuál es la conducta punible, las respectivas sanciones que se pueden imponer, la autoridad competente y las reglas procesales a seguir (CC, C-390, 2002).

carcelario. El derecho penal se ha convertido en ese sentido en la primera y última *ratio* al momento de solucionar un problema³⁶⁸.

Los tintes de modernidad que introdujo el llamado *nuevo derecho* con la Constitución de 1991 pretenden reformular esa imagen del funcionario judicial que se dedica exclusivamente a aplicar la ley, para pasar a fortalecer su actuar orientando su incidencia social, y posibilitando de esta manera que el Estado efectivice su papel de garante de los derechos fundamentales. Sin embargo, no deja de presentarse resistencia respecto de este novedoso enfoque conceptual en el ámbito jurídico, pues el positivismo tradicional tiene un hondo arraigo en el jurista típico y, además, le es conveniente.

Así, un adagio popular de pasillo entre los funcionarios públicos es que “quien sirve es quien no sirve”, entendido en términos burocráticos, pues a pesar de que constantemente se vinculan mediante concurso nuevos funcionarios en entidades estatales, no deja de ser práctica común aquello de elegir en los puestos clave de poder a funcionarios a conveniencia de las élites tradicionales, que operan generalmente favoreciendo intereses particulares y agendas ocultas, valiéndose de redes de influencias y tráfico de dádivas³⁶⁹, lo cual produce consecuencias nefastas en materia de credibilidad en los altos órganos de la justicia, tal y como ya ha sido alertado:

La sociedad se autorregula y propende a soluciones efectivas a sus conflictos; el derecho [por su parte] cada día se enaltece con los grandes conglomerados económicos y se distancia radicalmente de la sociedad. Esto conlleva la aparición de otro derecho, que tiene un acervo social y cultural cercano a la vida cotidiana y a los problemas reales, y no a las formulaciones metateóricas del campo jurídico; desconocer la capacidad regulativa de la

³⁶⁸ Un buen ejemplo de esto es el caso de la senadora Angélica Lozano, contra quien el abogado Pablo Bustos interpuso una denuncia por violación de medidas sanitarias, pues salió a hacer mercado con su esposa, la alcaldesa Claudia López, durante la cuarentena obligatoria impuesta por la actual pandemia. La Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia determinó que la denuncia carecía de relevancia penal, debido a que, si bien se había incumplido una norma sanitaria, esto no había lesionado ni puesto en riesgo efectivo los bienes jurídicos tutelados, y por lo tanto, el mecanismo sancionatorio debía ser de naturaleza pecuniaria (Revista Semana, 2020).

³⁶⁹ Un caso reciente que ilustra patentemente lo afirmado es el llamado *cartel de la toga*, que empezó a destaparse en 2017 cuando Alejandro Lyons, exgobernador de Córdoba, denunció ante la justicia estadounidense al entonces fiscal anticorrupción Luis Gustavo Moreno, por haberle pedido un soborno a cambio de “ayudarlo” para entorpecer el proceso penal que se adelantaba en su contra. Con ello salieron a la luz muchos otros casos de corrupción y tráfico de influencias, en los cuales estuvieron implicados los expresidentes de la Corte Suprema de Justicia José Leonidas Bustos, Francisco Ricaurte y Camilo Tarquino; los excongresistas Musa Besaile, Álvaro Ashton y Zulema Jattin; y el exgobernador de Antioquia Luis Alfredo Ramos (Gómez Forero, 2017).

sociedad puede llevar a una encrucijada en la cual el orden sea *de facto* cuando lo legal es abrumadoramente ilegítimo (Ariza Santamaría, 2008, p. 16).

Ahora bien, hemos comprobado que generalmente se oculta o ignora la labor jurídica de quien demuestra el ingenio y las ideas innovadoras para impulsar un derecho penal más comprometido y coherente con los principios del Estado social en Colombia, al punto de que dicho jurista da la impresión de hacer parte de una ínfima minoría. Sin embargo, la propuesta que aquí se trabaja es que se permita a este tipo de juez penal contribuir activamente en la construcción de nuevas líneas propositivas de política criminal, más ajustadas a las necesidades específicas y urgentes del país, lo cual le implica un rol mucho más protagónico en el establecimiento de un cuerpo de derecho del cual se deriven pautas orientativas para el accionar de los mismos jueces, en tanto fueron ellos quienes aportaron en su creación.

¿Qué es lo que se requiere entonces para posibilitar un cambio real en los derroteros de violencia y crimen que azotan al país? No existe una respuesta única ni concreta a esta cuestión, pero ciertamente no se podrá avanzar en tal sentido si se persiste en recurrir a las mismas soluciones para problemáticas sociales cada vez más complejas, más aún cuando muchas de estas “soluciones” se copian de modelos extranjeros que, si bien aportan ideas valiosas, no pueden tomarse como sistemas que se amolden a todas las culturas, y menos a la especificidad de la nuestra. En tanto la sociedad colombiana es particular, con una historia propia, es de ella misma que debe partirse para plantear soluciones y posibilitar un procedimiento penal conforme al Estado social de derecho, en el entendido de que:

[...] no es tanto la existencia de las normas la que decide acerca de la cuestión de si una sociedad puede o no organizar su procedimiento penal conforme al Estado de derecho, sino más bien la práctica social y estatal. Conocemos Estados cuyo derecho procesal penal en los textos es intachable, pero cuyos procedimientos penales constituyen una amenaza para los derechos humanos. Y en Estados como Gran Bretaña o Suiza es posible estudiar la otra cara de la moneda: una práctica conforme al Estado de derecho, sobre una base legal hasta el momento delgada y con lagunas. En mi opinión, en la práctica a largo plazo se decide acerca de la conformidad al Estado de derecho del procedimiento penal en tres campos: en la formación de los juristas, en los medios y en la actitud de la población respecto de la administración de justicia. (Hassemer, 2003, p. 99)

Se concluye entonces de lo anterior que la transnacionalización no es la vía más efectiva para canalizar los cambios que requiere internamente el país, lo cual no significa cerrar fronteras e ignorar los avances que se dan en otros territorios, sino, al menos, empezar por reconocer que es a partir de la realidad propia y particular desde donde se debe iniciar el proceso de construcción de un sistema de derecho específico. Al respecto, Santos (1998) señala:

Está lejos de mis intenciones afirmar que la transnacionalización de la producción y de las relaciones comerciales no es un factor clave en los cambios recientes del campo jurídico. Solo pretendo sostener que no cubren todo el espectro de las interacciones globales y que concentrarse con exageración en ella puede llevar a menospreciar otros desarrollos igualmente importantes. (p. 69)

Para este mismo autor, las presiones transnacionales que favorecen la transformación jurídica pueden llegar a ser tan fuertes como selectivas, reforzando de este modo el carácter heterogéneo de la regulación estatal.

Partiendo pues de que son casos de nuestro contexto específico, y no de otros, los que ha de resolver el sistema judicial, el juez penal logrará así instalarse en un marco jurídico propio, con toda la capacidad para conocerlo y manejarlo, dado que hace parte de su misma historia. Lo complicado aquí es cómo hacer esto cuando es algo que no se contempla, cómo ir propositivamente más allá del esquema tradicional de respuestas de corte represivo, auspiciadas muchas veces por medios de comunicación cuyo principal objetivo es captar a su audiencia, valiéndose casi siempre de las escandalosas cifras de muertos y de aumento del delito, que mueven cada vez más al consumidor pasivo de información periodística.

Una posible salida, como se ha sostenido, es la adopción de un enfoque diferente y de mayor aporte en la actividad judicial, que haga que el ejercicio del derecho sirva realmente para contribuir a las necesarias transformaciones identificadas. No se trata aquí de desnaturalizar el accionar jurídico, ni tampoco de minar la autoridad que representa, pero sí de que el juez penal se sensibilice ante una realidad llena de delitos, y deje de limitarse solo a resolver casos desde una óptica meramente operativa, sin tener en cuenta los fines esenciales del modelo social de derecho que articulan sobre el principio fundamental de la dignidad estipulado en el artículo 2 superior. Lo ideal es que este funcionario judicial se pregunte por la forma de cambiar ese contexto que observa, por las razones profundas de cada caso presentado, los objetivos misionales de su función,

la manera como puede ayudar y, quizá más importante, a qué o a quiénes puede ayudar, como parte esencial de su función judicial. Esto, por supuesto, sin que le signifique perder la autonomía que blinda su actividad y le da un marco de disciplina al ejercicio de la misma, pero tampoco sin dejar de lado las políticas de un Gobierno que busca un bien común.

El instrumento del ingenio actúa aquí en conjunto con la visión y la misión del Ejecutivo y del Legislativo en materia de política criminal, en tanto el Estado sigue siendo un solo centro de operaciones, pero concentra su estrategia contra el delito en el Poder Judicial, puesto que es este el que enfrenta diariamente las actividades al margen de la ley. En últimas, frente a los perjuicios que afectan a las víctimas, e incluso frente a los daños que representa el aumento de indiciados, es el juez penal quien tiene en sus hombros la carga de impartir justicia en una sociedad agobiada por el crimen, pero también quien tiene el deber constitucional de escuchar y aportar con sus decisiones, en una solución conjunta que tenga en cuenta al individuo, conozca a fondo de quién se trata y oriente el proceso hacia la prevención o disminución de determinadas pautas de comportamiento delictivo, como pueden ser las causas materiales que dieron origen a una infracción específica o los etiquetamientos al condenado que impiden su resocialización, fundándose apropiadamente en la realidad social del sujeto juzgado, en tanto:

La capacidad de los jueces para hacer aportes especiales a nuestra vida social no se deriva de sus conocimientos o de sus rasgos personales sino de la definición del oficio que les ha correspondido desempeñar y a través del cual ejercen su poder. Este oficio está estructurado por factores ideológicos e institucionales que permiten —y, tal vez, obligan— a los jueces a ser objetivos: no deben anteponer sus preferencias y creencias personales, o las de la ciudadanía, acerca de lo que es justo o correcto, a la búsqueda constante del significado verdadero de los valores constitucionales. Dos aspectos de la labor judicial le confieren su particular semblante: la obligación del juez a participar en un diálogo y la independencia judicial. (Fiss, 2007, p. 34)

Lo anteriormente dicho implica para el juez penal en el Estado social de derecho una serie de competencias interpersonales, ampliamente enfocadas en su capacidad para conocer, comprender y proponer sobre hechos acaecidos y debidamente probados, junto con los respectivos efectos jurídicos de los mismos, la protección de las garantías constitucionales y los fines de la pena. Esto no se logra por supuesto con la aplicación mecánica de un silogismo jurídico, sino que requiere una amplia dosis de originalidad en la proposición de respuestas adecuadas a cada caso concreto,

dentro del margen de discrecionalidad que se otorga al juez para que dirija la actuación procesal, de tal forma que se garantice el respeto a los derechos fundamentales de partes e intervinientes, que el ejercicio de la justicia sea eficaz y que se haga prevalecer el derecho sustancial (CPP, art. 10).

Cabe destacar en este punto cómo, hace ya casi veinte años, con el establecimiento del Estado social de derecho, la Corte Constitucional realizó el papel creativo y creador de los jueces penales, valorando el derecho comparado como instrumento para superar barreras analíticas en la jurisprudencia colombiana:

Así, una de las principales diferencias sobre las cuales recaban quienes se oponen a reconocer el valor del precedente en nuestro derecho es precisamente que el derecho común anglosajón es jurisprudencial, lo cual explica el valor que tiene el precedente en dicho sistema, mientras que el derecho romano germánico es legislado, lo cual explica el lugar predominante de la ley. De esta constatación general se concluye que otorgarle valor de precedente a las sentencias en nuestro ordenamiento jurídico sería extraño y contrario a sus rasgos esenciales.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, principalmente, a partir de la segunda post-guerra mundial del siglo pasado, se ha presentado una convergencia entre las dos familias jurídicas en punto a la importancia de la jurisprudencia y de la ley. La disminución de la distancia entre ambas familias torna en inadecuada e incompleta la visión diferenciadora anteriormente descrita.

En efecto, en los sistemas de derecho común, en especial en los Estados Unidos, la ley ha incrementado significativamente su presencia y su valor. [...] Por eso un magistrado norteamericano escribió un polémico ensayo intitulado “Las cortes de derecho común en un sistema de derecho civil: el papel de las cortes federales de los Estados Unidos en la interpretación de la Constitución y de las leyes”, en el cual fija su posición sobre esta nueva realidad jurídica consistente en que el derecho en su país en ciertas materias, pero cada día en un mayor número de ellas, es derecho legislado y no derecho originado en la creación jurisprudencial, sin que ello implique que las cortes dejen de realizar una tarea creativa. Lo sorprendente es que a los ojos de un anglosajón acostumbrado a estar atado por los precedentes centenarios, dicha tarea creativa en la “aplicación” judicial de las leyes es

bastante más amplia que la típica en las áreas tradicionales del derecho común. (CC, C-836, 2001, Aclaración de voto, 2.1, § 2, 3 y 4)

Refiriéndose a la citada sentencia, Nieves (2013) añade:

[...] es importante reconocer la tarea creativa del juez en el proceso de aplicación del derecho, lo que debe llevar como corolario el desarrollo de su responsabilidad política, de conformidad con parámetros normativos y deontológicos, de forma que sea posible controlar sus fallos. (p. 18)

Dentro de este aspecto creativo juega un papel especialmente relevante el elemento pedagógico, central en la vida de los pueblos, y es posible remontarse incluso a los tiempos de Platón, para ver cómo se han desarrollado múltiples aproximaciones respecto a este vínculo entre pedagogía y creatividad:

Se necesitaron, pues, veinticinco siglos para que llegara este justo y equilibrado reconocimiento. Así es: antes los intérpretes y estudiosos se habían ido por las ramas de las “ideas” y luego por la temática religiosa. Pero a mediados del siglo XX surgió la interpretación que recoge la razón de ser de la lucha, de la obra y de la vida de Platón: la organización y dirección del Estado. A su vez, la esencia de ese pensamiento se halla estructurada en la trilogía “ética-política-pedagogía”.

En sus diálogos *Hippias*, *Filebo*, *Laques*, *Cármides*, *Menón* y *Teeteto* se ocupa del tema pedagógico. Sin embargo, es en el *Protágoras*, en la *República* y en las *Leyes* donde formula con mayor fuerza una filosofía de la educación. La educación es, para Platón, el instrumento necesario para formar al hombre. (Ballén, 2010, p. 36)

Lo anterior evidencia la importancia fundamental del factor pedagógico como un elemento esencial dentro de la acción formativa humana, inherente a la naturaleza racional necesaria para aprehender y comunicar el mundo que nos rodea en sus múltiples dimensiones de conocimiento.

La necesidad de una nueva figura modélica del juez penal en el siglo XXI, debido a los retos que enfrenta la justicia en la actualidad, conlleva pues a que teóricos de la filosofía del derecho como Ost propongan otras alternativas, teniendo en consideración los modelos históricamente

establecidos y centrándose en la superación de los límites que impiden desarrollar en la contemporaneidad un aparato de justicia más eficiente.

En relación a ello, el señalado autor indica la existencia de dos modelos jurídicos imperantes en la cultura occidental en los dos pasados siglos: por una parte, el del *juez Júpiter*, acorde con los preceptos del Estado liberal del siglo XIX y basado en el “derecho jupiterino”:

Siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. En él, el juez dirige su mirada hacia arriba en la pirámide para tomar su decisión, desde el mismo foco de donde irradia la justicia. (Ost, 1993, p. 102)

Por otra parte está el modelo del *juez Hércules*, más acorde a las ideas del Estado social predominante en el siglo XX:

Sin reducir la posición [...] a la de los realistas americanos, mantendremos aquí el nombre de Hércules, particularmente acertado para designar a ese juez semidios que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar al mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más derecho que el jurisprudencial: es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo reemplaza el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y la abstracción de la ley. (Ost, 1993, p. 170)

Desde una perspectiva realista, y frente a la crisis actual de los dos patrones anteriores, Ost propone un modelo más acorde con el derecho posmoderno, encarnado en la figura de lo que él denomina el *juez Hermes*:

Proponemos representar este modelo bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses. Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras [...]. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con lo que arbitra los juegos siempre recomenzados. (Ost, 1993, p. 171)

Este énfasis en el papel hermenéutico del juez penal se hace necesario ante las azarosas y vertiginosas condiciones de un mundo actual que así lo demanda. Un mundo ampliamente cambiante en el que se requiere de un importante esfuerzo creativo, de modo que sea posible el ajuste de la ley (en el cielo jupiterino) con el mundo real (de los trabajos hercúleos), para poder aplicar el derecho de forma coherente con la realidad, cumpliendo así con las finalidades de su función reguladora de las interacciones sociales.

A partir de este desarrollo, un elemento clave en este modelo de juez penal para el siglo XXI es su capacidad de comunicación y comprensión, de modo que le sea posible realizar interpretaciones legítimas de las leyes para darles una eficaz aplicación. En últimas, se trata de un juez que requiere educar sobre su campo de funciones, para orientar con sus fallos el camino que permite obtener los fines fundamentales de la justicia; por su propia esencia, hablamos pues de un *juez pedagogo*³⁷⁰.

³⁷⁰ Valga aquí destacar la especial relevancia de la función y dimensión pedagógica del juez en el ámbito inicial del sistema de responsabilidad penal de menores, que en esta tesis se hace extensible a otros tipos de procesos. Así, autores como Da Costa (1998) hacen énfasis en la trascendencia de la relación entre pedagogía y derecho dentro del campo de la responsabilidad jurídica del adolescente:

El primer desafío es localizar un territorio común en que pedagogos y juristas puedan encontrarse y, a partir de la perspectiva de cada uno, sentar las bases de una relación constructiva y madura. Este territorio —no tengo ninguna duda— es el de la responsabilidad del adolescente. (p. 4)

Más adelante, el autor destaca la naturaleza pedagógica de las garantías procesales, aduciendo que:

Las garantías procesales tienen una innegable naturaleza pedagógica; estas se explicitan bajo la forma de un conjunto de prácticas y vivencias a las que el joven es sometido y que, sin embargo, en su conjunto, le posibilitan enterarse de la extensión y de la gravedad de sus actos. (p. 6)

Así las cosas, lo que aquí se reafirma es el valor de la función de jueces, abogados y en general juristas pedagogos en el plano de los procesos de responsabilidad penal de adolescentes que, como hemos afirmado, puede ser de igual aplicación en otros tipos de casos. Lo anterior debido a que:

El trabajo desarrollado junto al [...] autor de un acto infractor de la ley penal debe ser parte de una pedagogía orientada a la formación de la persona y del ciudadano y, por ende, a la formación y desarrollo del sentido de responsabilidad del educando consigo mismo y con los otros. El camino para eso no es, de ninguna manera, pasar revista a los hechos que lo llevaron al sistema de justicia [...] y, mucho menos aún, centrar en ellos cualquier tipo de abordaje.

El camino más correcto, a nuestro modo de ver, consiste en crear condiciones —a través de la presencia de educadores en su entorno, dispuestos a mantener con él una relación de apertura, reciprocidad y compromiso— para que él, sintiéndose comprendido y aceptado, tome conciencia de la naturaleza y de la extensión de sus propios actos. (Da Costa, 1998, p. 8)

Desde una línea similar de pensamiento Bernuz y Fernández (2019) indican que:

Partiendo de que el paso por el procedimiento penal puede ser una experiencia de socialización legal [...] y precisamente para que la acción pedagógica de la justicia surta efecto, se reivindica no solo la necesidad de un castigo esencialmente educativo y responsabilizador, sino también de unos profesionales debidamente formados que promuevan la participación del [procesado] en el procedimiento y mejoren su competencia legal. Solo así será posible que la experiencia judicial vivida [...] sea percibida positivamente y suponga una oportunidad de aprendizaje que mejore las actitudes [...] hacia la ley y el sistema. (p. 229)

¿Y por qué no? ¿Por qué no pensar en los jueces como pedagogos si son autoridad, y desde esa imagen irradian respeto? Ellos son a quienes se encarga analizar de forma profunda cada caso para encontrar que, no en todas las decisiones, quienes son judicializados merecen la condena de ser castigados y relegados por el Estado tras la privación de su libertad, en la medida en que pueden darse situaciones particulares que permiten a los responsables de delitos cambiar su propia percepción de vida para aceptar su obligación de contribuir con la justicia y la sociedad, más aún cuando se encuentran motivados por una oportunidad o beneficio. Es por esto que se afirma aquí que la discrecionalidad practicada para aportar creativamente a través de figuras como el preacuerdo o el principio de oportunidad³⁷¹, las cuales están a cargo del fiscal, constituye una facultad que permite dejar en evidencia el compromiso que tiene el Poder Judicial para contribuir socialmente en la construcción de país, incluso desde la decisión sobre un solo caso particular, en la medida en que dicha decisión tiene el pleno potencial de prestar un importante servicio a la comunidad en general.

Este juez penal del que hablamos debe entonces caracterizarse por disponer de un agudo y adecuado sentido de discrecionalidad, que le permita dar debida cuenta de sus competencias de conocimiento, intelecto y creatividad, disponiendo de ellas para actuar a través de medidas con contenido pedagógico que faciliten en cada caso concreto la efectivización de la justicia a partir de un análisis del contexto social, siempre bajo los postulados de la Constitución y los preceptos que orientan el Estado social de derecho. Para lograr esto no nos estamos refiriendo a una reforma estatutaria o constitucional de la justicia, sino a la ampliación de los límites legales de la competencia del juez penal, como parte dentro del proceso y titular de la acción penal, a partir de la optimización del actual sistema para incorporar de manera más activa disposiciones que ya aparecen contempladas a la luz de los principios constitucionales del Estado social de derecho, acogándose al diseño de un juicio contradictorio, oral y público (Ferrajoli, 1995)³⁷².

³⁷¹ Dos figuras reguladas por el Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906), sobre las cuales ya se trató previamente.

³⁷² Cabe precisar que el control judicial que se deriva de esto no se limita solo a la fase de juzgamiento, sino que asimismo se ejerce en la fase previa a la formulación de la acusación, toda vez que al juez penal, en desarrollo de la función de garantías que le ha sido asignada por la ley, le compete velar por la salvaguarda de los derechos y garantías de las partes e intervinientes (CPP, arts. 37 y 39), los cuales pueden verse eventualmente afectados por las labores de indagación e investigación llevadas a cabo por parte de la Fiscalía.

5.2. El compromiso del juez penal ante la transformación de la justicia

El papel del juez penal en las sociedades democráticas implica compromiso, así como el fomento de discusiones serias acerca de la reorientación de la conducta humana, el análisis de los fundamentos constitucionales en la práctica jurídica y, sobre todo, la formulación de propuestas a futuro. Ahora bien, la realidad actual tiende a ser en general sustancialmente diferente, como puede deducirse al revisar por ejemplo el caso de dependencia judicial en Argentina, donde parece existir una fuerte subordinación del Poder Judicial respecto del Ejecutivo, expresada en los siguientes términos:

La situación a la que nos enfrentamos, en definitiva, parece ser la siguiente: el Poder Judicial tiende a apoyar las decisiones de los órganos políticos, conservando su principal arma, la capacidad de decir la “última palabra” en cuestiones constitucionales, más allá de cuál sea la posición de los ciudadanos al respecto. Este escenario (que suma los defectos propios de la dependencia judicial y los de su carácter “contramayoritario”) tiene, casi ineludiblemente, consecuencias gravísimas [pues], cuando existen coincidencias entre la voluntad de los órganos políticos, la del Poder Judicial (dependiente de aquellos) y también (aunque esto sea menos habitual) la de las mayorías, la situación se vuelve dramática para las minorías. Ello debido a que estas quedan en total desprotección, pudiendo ser directamente “arrasadas” por la coalición dominante. (Gargarella, 1996, p. 234)

Si bien aquí se trata del ejemplo de un juez constitucional que ejerce controles judiciales frente a normas expedidas por el Poder Legislativo, es pertinente destacar que dicho caso no es ajeno al actual estado de crisis que atraviesa nuestro propio país en política penal, donde resulta compleja una discusión pública que afirme la imparcialidad de la autoridad judicial³⁷³.

³⁷³ Un ejemplo que refleja esta idea fueron los pronunciamientos del actual presidente Iván Duque frente a la imposición de medida de aseguramiento hecha al expresidente y exsenador Álvaro Uribe Vélez. El mandatario manifestó abiertamente su apoyo a Uribe al declarar en medios lo siguiente: “Soy y seré siempre un creyente en la inocencia y honorabilidad de quien con su ejemplo se ha ganado un lugar en la historia de Colombia” (Ramos, 2020). Esta declaración fue muy criticada por atentar contra la separación de poderes, ya que fue vista por muchos como una forma de desafío a la Corte Suprema de Justicia por parte del jefe de Estado.

Así, a manera de aporte a esta discusión, y para efectos de enriquecer el presente trabajo, se trata de proponer, por ejemplo, que ante delitos contemplados en el Código Penal en los que los bienes jurídicos son de patrimonio económico, derechos de autor, administración pública y administración de justicia, en principio, el Estado podría apostarle con mayor énfasis a que parte de la pena o sanción tenga, por decirlo así, un componente *pedagógico* de aprendizaje. Esto es una idea ya probada en otros ordenamientos jurídicos, como sucede varios estados de los EE.UU.³⁷⁴, particularmente en el estado de Florida, en el cual el juez penal (*judge of criminal cases*) tiene competencia para imponer sanciones de orden pedagógico como pena principal o subsidiaria; sin embargo, al momento de pensar esto para la especificidad de nuestro entorno propio no sobra recordar que se requiere, por supuesto, de análisis contextualizados y actuales, y de medidas de ajuste apropiadas a las necesidades más urgentes de nuestra realidad nacional.

Como ilustración de lo afirmado presentamos tres casos específicos estadounidenses, que alcanzaron una cierta resonancia mediática debido a la particularidad de las decisiones adoptadas. El primero de estos tiene que ver con la sanción impuesta el 8 de marzo de 2019 por parte de la juez de circuito del Distrito Sur de Florida contra Roberto Hernández, como castigo por prender fuego a un animal enjaulado, hecho contemplado como un delito de violencia contra los animales, por lo cual los fiscales solicitaron en el caso pena de cárcel. La juez por su parte condenó finalmente a Hernández a cinco años de libertad condicional, y a al menos cien horas de servicio comunitario, consistente en asistencia a cursos sobre protección de animales y desarrollo de labores contra el maltrato animal.

Las consideraciones que llevaron a esta decisión refieren a la edad de Roberto al momento de la sentencia (19 años), así como a la falta de antecedentes penales del acusado y al hecho de que los fiscales rara vez solicitan tales condenas de prisión para personas acusadas por primera vez de delitos graves de tercer grado, como es del caso³⁷⁵. En este caso, la juez revolió imponer la

³⁷⁴ En Estados Unidos los jueces tienen mayor discrecionalidad para, al momento de fijar las penas, hacer *tabula rasa* y partir desde cero en algunos casos (United States Sentencing Commission, 2016), lo cual se traduce en que no necesariamente la sanción deba tener un reflejo numérico en términos de penas, y abre la posibilidad de aplicación de sanciones pedagógicas, desde una visión interpretativa de modelo realista, que llega inclusive a considerar factores relacionados con la historia personal del indiciado (United States Code Annotated, 2010).

³⁷⁵ Este caso fue cubierto por varios medios reconocidos de comunicación de Florida, tales como el *Miami Herald*.

sanción que encontró más idónea, valiéndose para ello de su facultad de tomar las medidas necesarias y efectivas para lograr que el procesado obtenga un aprendizaje resocializador, supeditándose a los lineamientos de la ley para la imposición de sanciones (United States Code, Annotated, 2006).

Otro caso relevante, por las sanciones pedagógicas aplicadas a un delito menor a través del sistema de sanciones intermedias, cobijado bajo la figura de *Community Corrections/Probation and Intermediate Sanction*³⁷⁶, es el de la actriz Lindsay Lohan.

La joven de veinte años fue acusada el 23 de agosto de 2007, por conducir bajo la influencia alcohol y cocaína, además de los agravantes por tenencia de cocaína y conducción de un auto ilegal (no registrado), en hechos acaecidos en mayo de 2007, cuando Lohan se estrelló contra unos árboles mientras conducía desde Los Angeles hasta Hollywood en estado de embriaguez, hecho que se evidenció en la historia clínica de la infractora al entrar interna en un hospital en Los Angeles. Este era, además, el tercer arresto que se presentaba en dos años por conducir en condiciones similares.

En consecuencia, el juez sentenció a Lohan a 24 horas en la cárcel (como un mínimo obligatorio para una segunda ofensa por conducir ebrio) y 36 meses de libertad condicional, además de que se le impuso una multa de varios cientos de dólares y la obligación de cumplir con 10 días de servicio comunitario, finalizar un programa de tratamiento de drogas de 18 meses, y asistir a un programa forense del condado durante 3 días, en los cuales visitaría una morgue y hablaría con víctimas de conductores ebrios (Cohen, 2007).

Como puede verse, entre las sanciones impuestas por el juez se encuentran actividades directamente relacionadas con un componente pedagógico que implica el aprendizaje, por parte de la persona sancionada, de los riesgos y consecuencias de su infracción a la ley, tales como la finalización de tratamientos de desintoxicación o la asistencia obligatoria a programas específicos para adquirir conciencia respecto a los posibles daños producidos por su accionar delictivo, en este caso la conducción bajo el efecto de sustancias que alteran la percepción (Cole & Smith, 2011).

³⁷⁶ Es decir, correcciones comunitarias y medidas no privativas de la libertad, puesto que estas últimas se consideran penas.

Algo que se destaca aquí es el hecho de que estas sanciones no responden a un criterio de estricta tipicidad, puesto que no están previstas taxativamente en el ordenamiento, sino que surgen desde el ingenio del juez, quien incorporó elementos de creatividad y ajuste de la medida con base a la discrecionalidad delimitada respecto del caso concreto.

Estos casos que se muestran no son en absoluto aislados; por el contrario, la práctica de imponer medidas pedagógicas como elementos dentro de las sanciones por parte de los jueces representa un 60 % del total de *intermediate sanctions* en el estado de California (Glaze & Bonczar, 2008).

Más aún, la magnitud de algunas de estas medidas en el plano federal llega a ser del orden de implementación de políticas públicas. Un último ejemplo de ello es el caso *A.B. v. Rhinebeck Central School District and Thomas Mawhinney*, el cual reseña la página del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de la siguiente manera:

El 18 de marzo de 2004, la Oficina del Fiscal de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York y la Sección se movilizaron para intervenir en *A.B. v. Distrito Escolar Central de Rhinebeck y Thomas Mawhinney*, un caso de acoso sexual presentado contra el Distrito Escolar Central de Rhinebeck y el ex director de la escuela secundaria Thomas Mawhinney. El caso fue presentado en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York el 9 de mayo de 2003, por cuatro estudiantes de secundaria, tanto actuales como anteriores, y una empleada de la escuela. Las demandantes alegaron que el distrito escolar y Mawhinney violaron leyes estatales y federales, incluido el Título IX. Estados Unidos presentó un memorando de ley y una queja de intervención, alegando que Mawhinney acosó sexualmente a las cuatro estudiantes demandantes, así como a otras estudiantes de preparatoria, durante su periodo de diez años como director, y que el distrito escolar violó el Título IX al actuar con indiferencia deliberada ante el acoso sexual conocido de estas estudiantes. El distrito se opuso a esta intervención, y los Estados Unidos presentaron a su vez una réplica. El 25 de agosto de 2004, el tribunal otorgó la moción de intervención a los Estados Unidos.

El 22 de marzo de 2006, el tribunal aprobó un decreto de consentimiento que requiere al distrito para desarrollar e implementar un plan integral que asegure un ambiente educativo libre de discriminación para todos los estudiantes. El distrito debe contratar a un experto en capacitación y prevención de acoso sexual para que ayude a implementar el plan integral,

evaluar las políticas de acoso sexual del distrito, realizar una evaluación del clima escolar y desarrollar un programa de capacitación obligatorio. El decreto de consentimiento también requiere al distrito para educar a los empleados y miembros de la junta escolar sobre cómo responder a las quejas de acoso sexual. Por último, el distrito debe pagar USD 152 500 para compensar a las víctimas estudiantiles y pagar los honorarios de sus abogados. El 9 de diciembre de 2009, las partes informaron al tribunal que el caso podría cerrarse basándose en la implementación de la orden de consentimiento por parte del distrito. (The United States Department of Justice, 2004) [traducción libre]

Como se denota en los ejemplos anteriormente citados, muchas veces el juez, para tomar la decisión más justa y adecuada, requiere aportar ese “algo” que haga reflexionar a las partes que representan el conflicto. Es decir, el fin de una política penal no debe ser solo el encierro del responsable bajo la óptica de custodiar su cuerpo, pues también pueden considerarse, para cada caso particular, tareas para el indiciado, imputado o condenado, que puedan resultar beneficiosas tanto para él como para la víctima y para la generalidad del entorno social.

De esta manera, desde una perspectiva de vulneración mínima de los derechos más fundamentales, al menos se cuenta con la posibilidad de que dicha persona pueda pensar en las consecuencias de su proceder, y actuar quizá a partir de allí bajo nuevas convicciones. Quizá esto no sea lo más admitido dentro del sistema penal que se ejerce actualmente en el país, dado que en el mismo se entiende generalmente que la reparación, en la mayoría de los casos, consiste en un pago de dinero³⁷⁷ o en la imposición de una pena privativa de la libertad, por lo cual resulta importante aclarar que esta tesis no pretende la abolición de estas formas de sanción, sino que, junto a las mismas, ya sea en etapa preliminar o de juicio, se incorporen propositivamente otras figuras que garanticen, particularmente en el indiciado, una posibilidad real de optimización de derechos fundamentales, además de constituir un aporte nuevo y eficaz a la política criminal colombiana.

Por otra parte, cuando no se considera la resocialización, sino que simplemente se imponen medidas sancionatorias como expresiones de castigo y retaliación, la consecuencia es que no se

³⁷⁷ Al respecto, el Código de Procedimiento Penal contempla el denominado incidente de reparación integral, que la Corte Suprema de Justicia define en sentencia de abril 13 de 2011 como “un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito” (CSJ, 2011, p. 49).

genera interés por parte del condenado de reparar el daño (Gómez Horta, 2016), lo cual, como ya se vio previamente, pone de presente la importancia de la función resocializadora de la pena como parte de la política criminal del país³⁷⁸, y cómo poco a poco esta figura se ha ido introduciendo en el pensamiento de los jueces penales en Colombia³⁷⁹.

Tal y como lo evidenciaron los anteriores ejemplos de justicia criminal en los Estados Unidos, si se desea dar una respuesta que realmente responda a los fines de la pena, el juez penal debe tener generalmente una comprensión clara de las causas que generan el accionar criminal y, a partir de ello, discernir si la opción más efectiva para eliminar dichas causas es de carácter pedagógico, lo cual implica que el sujeto punible deba aprender fundamentalmente algo para hacer efectiva su resocialización. Por ello, ante el posible cuestionamiento acerca del juez como pedagogo valga la pena señalar que, por su naturaleza misma y por necesidad práctica, debe considerarse de base un elemento pedagógico en la toma de decisiones, sin que ello signifique desconocer la capacidad discrecional del juez penal ni alejarse tampoco del principio de seguridad jurídica, en tanto se establezcan parámetros claros respecto a las medidas por las que puede optar en un caso concreto, a partir de una política criminal definida.

Lo anterior significa aquí que el expediente no se cierra con el caso fallado de conformidad a la ley, sino que debe, a la luz de los principios constitucionales y la efectivización de derechos fundamentales, representar también un aporte al entorno en el que tuvo lugar el hecho delictivo³⁸⁰. Breves ejemplos de sanciones intermedias impuestas con este objetivo pueden ser: creación de empresas para madres cabezas de familia, charlas informativas de resocialización, trabajo social en instituciones afectadas, ayuda al necesitado, entre otros. Existen en este sentido múltiples formas de hacer que las personas adquieran conciencia, como forma de erradicar las conductas delictivas

³⁷⁸ En el capítulo 3 se hizo un recuento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a temas de política criminal, señalando que la resocialización como uno de los fines de la pena fue resaltada en sentencias como la C-679 de 1998, la C-939 de 2010, la T-718 de 2015 y la T-267 de 2016.

³⁷⁹ En el capítulo 4, en la octava pregunta de la encuesta realizada a los jueces penales de Bogotá, se pudo constatar una transición en la postura de estos respecto de la visión que tienen del modelo de Estado.

³⁸⁰ Cabe recordar el caso del ataque con ácido mencionado en el capítulo 2, en el que la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia impugnada para dejar en firme la decisión de primer grado que condenaba al acusado por lesiones personales agravadas, debido al ataque que este había realizado sobre una madre y su hija. Este caso resalta debido a que la Corte además de lo dicho, dispuso que el condenado debía ser incluido en un programa de sensibilización y formación en el respeto de los derechos de las mujeres y las niñas (CSJ, 2018b).

más recurrentes, sin que todas tengan que quedar en hombros del juez de ejecución penas, dado que pueden ser adelantadas incluso en fases previas del proceso.

En el entorno colombiano, hace unos cuantos años se publicó en medios un ejemplar comunicado de un alto ejecutivo de Interbolsa que, arrepentido de su actuar, decidió colaborar con la justicia. Dentro de lo manifestado por esta persona resalta su actitud de arrepentimiento, el reconocimiento de su culpa, la aceptación de su castigo y el hecho de que todo ese *sufrimiento* lo haya hecho una mejor persona (Revista Semana, 2014).

Factores como el sentimiento de cambio que impulsó a este individuo constituyen recursos que la justicia debe estar atenta para identificar, con el objeto de tenerlos en cuenta al momento de aportar en materia de transformación social. Es decir, en algunos casos los indiciados presentan ciertas características específicas que no son consideradas por el investigador, cuando son esos mismos factores los que se deben rescatar y aprovechar a la hora de identificar un *modus operandi* y buscar las formas de contrarrestar el delito. Lo que se puede comprobar es que, muchas veces, esto se logra haciendo que los mismos enjuiciados propongan voluntariamente formas de cambio en el contexto delictivo en el que actuaron. Aunado a las sanciones legales pertinentes, las actividades con énfasis educativo, y por ende de reflexión, tienen la capacidad de generar resultados positivos para grupos especialmente necesitados de este tipo de acciones y mensajes. Incluso los medios de comunicación juegan aquí un papel clave respecto a la información que entregan, dado que hoy en día se entienden como un poder alterno de peso, y el respaldo que puede obtenerse de ellos resulta realmente importante en este cambio buscado³⁸¹. A este respecto, y haciendo una aguda lectura de la situación actual, Zaffaroni (2015) advierte:

El poder de la criminología mediática se traduce en la práctica de un debilitamiento de la vigencia del Estado de derecho. Debilita el poder político en función de la autonomización

³⁸¹ Los medios de comunicación, originalmente entendidos dentro del Estado democrático como un cuarto poder destinado a hacer parte activa dentro del sistema inicialmente tripartito de pesos y contrapesos de los otros tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), es decir, como un poder de cara al establecimiento, cumpliendo un papel inquisitivo y de veeduría ciudadana sobre quienes ostentan el poder político, han terminado siendo ahora, debido al gigantismo propio de capitalismo contemporáneo y de la prevalencia de los intereses corporativistas, una instancia donde se negocian influencias y opiniones al más alto postor, al punto que las grandes corporaciones mediáticas actuales tienen una enorme capacidad de injerencia en los vaivenes de la real política mundial, además de que tienden a configurarse cada vez más como un poder hegemónico de manejo de la información, desde una pretendida posesión de la *verdad* frente al dilema de las *fake news* en la era de la posverdad (Hernando, 2002; Galán, 2014; Monroy, 2016; Esteban, 2020).

de las corporaciones policiales y de la antipolítica, pero también decide con sus campañas sobre la selección criminalizante misma. (p. 388)

Por otra parte, entre las iniciativas de corte pedagógico y educativo orientadas a lograr cambios del comportamiento individual se recuerdan en Bogotá las tomadas por Antanas Mockus cuando, siendo alcalde en el periodo 1995-1998, puso en práctica acciones representativas como la Ley Zanahoria, la colocación de estrellas en las vías para advertir por muertes de accidentes de tránsito, la señalización de cebras en las esquinas de los semáforos para mostrar por dónde debe cruzarse la calle, e incluso la utilización de pantomima para que, ante la propia vergüenza del ciudadano al saber que cruzaba por el lugar no debido, tuviese que devolverse. El ex gobernante y académico resume parte de los resultados de su programa así:

Cultura ciudadana fue un conjunto de programas y proyectos que expresaron la principal prioridad de un gobierno local claramente orientado hacia la convivencia ciudadana por la vía de un cambio consciente del comportamiento. Las acciones impulsadas por la Alcaldía durante los tres años contados a partir de enero de 1995 permitieron reducir la tasa anual de homicidios de 72 (1994) a 51 por 100 000 habitantes (1997), y de 25 a 20 por 100 000 la tasa de muertes violentas en accidentes de tránsito. Esto se logró con el desarme legal y el desarme voluntario y mediante el control del horario del expendio de alcohol. También se redujo en más de dos tercios el número de niños lesionados con pólvora por la prohibición de fabricarla, venderla y usarla. Otro logro de Cultura ciudadana fue enfrentar durante meses, con ahorro voluntario impulsado por la administración, la escasez de agua causada por un derrumbe. Estos resultados ilustraron la receptividad y el reconocimiento de la ciudadanía frente a la importancia otorgada al salto pedagógico, al enfoque centrado en educación y comunicación adoptado por la Alcaldía, y a la visión con que se asumió y ejerció la gestión pública (Mockus, 1999).

Al respecto, resulta clave aclarar una vez más que no se trata aquí de hacer del juez penal un teatrero, ni un docente ni un político, pero lo cierto es que tampoco se aleja del todo de ello, en la medida en que el arte, la educación y la ejecución de acciones que tienden al cambio implican tareas ponderadas de sensibilización, lo cual es en últimas el aporte que esta tesis busca hacer a la justicia. Es decir, si se da el caso de que un indiciado o culpable de un delito tiene la voluntad de proponer o de dar algo más allá del dinero o el pago de una pena privativa de la libertad, y con esto se abre la posibilidad de prevenir o reducir la persistencia de una conducta delictiva dentro de un

contexto específico, sea por territorio o por modalidad, resulta clave promover esa opción de escuchar, de proponer, de dialogar, antes de imponer una sanción meramente punitiva, y de utilizar figuras jurídicas ya existentes, como el principio de oportunidad y los preacuerdos³⁸², para incorporar un enfoque propositivo de creación e innovación en la justicia colombiana, aportando a partir de estas experiencias lineamientos para la política criminal colombiana³⁸³.

El trabajo judicial debe estar en ese sentido imbuido en todo momento de *equidad*, de modo que tenga como fin organizar un sistema cooperativo en el cual influyan todas las fuerzas en pro de una sociedad ordenada y justa, dado que:

[...] una de las metas al alcance de la justicia como equidad es la de proporcionar una base filosófica y moral aceptable para las instituciones democráticas y afrontar así la cuestión de cómo han de entenderse las demandas de la libertad y la igualdad. Para ello, nos fijamos en la cultura política pública de una sociedad democrática y en las tradiciones de interpretación de su constitución y sus leyes fundamentales, en busca de ciertas ideas familiares de las que pudiera desprenderse una concepción de justicia política. [...] Algunas de esas ideas familiares son más básicas que otras. Entre las ideas fundamentales contamos aquellas que usamos para organizar y estructurar la justicia como equidad. La idea más fundamental en

³⁸² En principio, dentro de la presente propuesta académica, este tipo de instrumentos pedagógicos aplican para aquellos delitos en los que el estudio del caso particular los permita, toda vez que existen criterios de valoración importantes a tener en cuenta, en especial el riesgo al que puede estar sometida la comunidad al dejar al condenado o imputado libre, y el grado de confianza que pueda aportar el perfil de la persona investigada, dado que, por ejemplo, en casos de violadores, sicarios y asesinos en serie, y otros delincuentes de alta peligrosidad, el análisis y los resultados de sanción son definitivamente distintos.

³⁸³ Existen múltiples estudios, tales como los realizados por Hernández, Alvarado y Luna (2015), que destacan que en el presente siglo resultan claves para la sociedad y el cambio las competencias profesionales derivadas de la creatividad y la innovación, por lo que es prioritario el abordaje formativo integral para el logro de dichas competencias, tales como imaginación, adaptabilidad y análisis crítico. Pese a ello, lo que hoy se constata es que persiste un nivel pedagógico de énfasis memorístico y de acumulación teórica del conocimiento, que muchas veces pasa por alto la toma de decisiones pertinentes para la solución de problemas reales.

En una línea similar, Zabalza (2003) y Tena (2010) coinciden en la importancia de crear contextos formativos favorables a la innovación, la investigación y la experimentación. Por su parte, Craft (2003) destaca que los constantes cambios actuales a nivel de tecnología y de mercado hacen que cada vez cobren más prevalencia competencias profesionales transversales, tales como la creación, la competitividad y la capacidad investigativa, que dependen más de la aptitud intelectual que de la fijación de conocimiento.

Todo lo anterior refleja la forma en que el elemento creativo como competencia profesional resulta actualmente más relevante que la acumulación de información basada en la memoria, puesto que lo que distingue más específicamente a la sociedad moderna no son las actividades que desarrolla, sino el poder dar un lugar central, como fuerza productiva directa, a la cultura en su más profunda acepción, esto es, a la capacidad de procesar símbolos, conocer e innovar (Barbero, 2002).

esta concepción de la justicia es la idea de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación social a lo largo del tiempo y de una generación a la siguiente. (Rawls, 2000, p. 27)

En concordancia con lo anterior, el papel del juez penal se revoluciona cuando este se permite descender por un momento desde su estrado hasta el recinto de las partes, reflexionando junto a ellas, poniéndose en sus lugares y retornando luego a su sitio de origen, con un conocimiento nuevo de esas realidades específicas para que, en su ejercicio de interpretación del derecho, actualice los valores y principios constitucionales al caso concreto, y por esta vía a la cotidianidad de los sujetos procesales, logrando así la efectivización de los derechos fundamentales de todas las partes procesales. Aquí es donde comienza la estrategia judicial que se desprende de los postulados del Estado social de derecho, al apostar con este tipo de decisiones a que no se repita una situación como la tratada, o que al menos se posibilite una vía de transformación, especialmente para el judicializado por conductas delictivas, quien, sabiéndose generalmente rechazado, quizá ante un nuevo trato pueda optar por reflexionar acerca de su camino errado y enmendarse, si se le da la oportunidad. Esto es un tema que entra completamente dentro del ámbito de la política pública, labor que no es propia de la justicia, pero que sí aporta para esta un grado discrecional y una visión social al momento de ser impartida.

A nivel de síntesis, concluimos que las normas del Estado social de derecho no pueden entenderse como simples reglas a ser obedecidas, sino que su discurso debe resultar también útil para generar y fortalecer la *cultura ciudadana*, en la línea constitucional de hacer un significativo aporte a la efectivización de derechos fundamentales. Es decir, el carácter social hace imperioso garantizar por sobre todo el respeto a los derechos y deberes consagrados en la Carta Política. Sin embargo, es menester reconocer que, pese a los esfuerzos del poder judicial por incorporar dichas disposiciones en su propio sistema penal, hasta el momento estos no han sido eficaces ni suficientes para combatir la criminalidad, lo cual indica que se necesita un ejercicio de innovación en el ejercicio jurídico de los despachos judiciales, y una disposición para actuar a través de medidas con contenido pedagógico que garanticen la efectivización de derechos desde el análisis del contexto social, siempre bajo la guía de la Constitución y los preceptos del Estado social de derecho, de

forma que sea posible la incorporación de estas experiencias en la construcción de la política criminal del país³⁸⁴.

5.3. La implementación del Sistema Penal Acusatorio, ¿respuesta efectiva a la crisis?

¿Cuál sería entonces el punto de partida del juez en una nueva política criminal? Una vez se comprende la necesidad de integrar aportes propositivos en la justicia, la siguiente fase involucraría ahora a las relaciones entre sociedad y Estado. En este punto, un elemento clave para los jueces penales viene a ser el principio de neutralidad, en el entendido que:

Dicha neutralidad, si los contratantes ignoraran en la posición originaria, gracias a un velo de ignorancia, sus cualidades específicas, sus competencias e intereses, su grado de inteligencia, sus inclinaciones, sus convicciones morales y concepciones del bien, el tipo de sociedad a la que pertenecen, etcétera, es decir todo aquello que es contingente, puede atribuirse al azar y pudiera influir en el contrato. Gracias a un equilibrio reflexivo, cada uno de los contratantes puede asumir razonablemente lo que a partir de tal posición originaria fuera acordado como mínimo para constituir una sociedad justa. (Mejía, 1997, p. xvii)

Observemos que lo que involucra este proceso de cambio es la *concepción política de justicia*, definida por Rawls (1971) como ese elemento que hace perdurar en el tiempo un sistema estable de justicia para ciudadanos concebidos fundamentalmente como libres e iguales ante la ley.

Entonces, debe entenderse que, en un país democrático, el punto clave que estructura todo el ideal de razón pública radica en que los sujetos de derecho gestionen sus desacuerdos en el marco de los principios de la justicia. Siguiendo a Fiss (2007), esta investigación defiende en dicho marco el rol constitucional de los jueces, incluido el penal, en el entendido que su labor no se agota en la

³⁸⁴ En lo que refiere al principio de estricta tipicidad ya se ha señalado que el mismo no se afecta, siempre que el juez penal se ciña a cumplir con los artículos 2 y 4 constitucionales para aplicar estos cánones a la normatividad del Sistema Penal Acusatorio, según el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal. Así, las decisiones tomadas desde esta óptica estarán en la línea de aportar al Plan Nacional de Política Criminal, y en esa medida serán pautas orientadoras para quienes combaten el crimen en este país, más específicamente los jueces penales.

resolución de conflictos, sino que demanda la construcción de significados operativos de los valores supremos constitucionales, puesto que:

La Constitución establece la estructura del Estado, crea los órganos que lo componen, describe las funciones de los mismos y determina cómo se relacionan entre sí. Asimismo, la Constitución identifica los valores que habrán de informar y limitar esa estructura estatal. Sin embargo, los valores constitucionales (libertad, igualdad, debido proceso, libertad de expresión, libertad religiosa, propiedad, libertad contractual, seguridad personal, prohibición de tratos crueles y desproporcionados) son ambiguos, en tanto admiten un sinnúmero de significados que, con frecuencia, entran en conflicto. Aparece, así, la necesidad de conferirles un significado específico, de otorgarles un contenido operativo y, en caso de conflicto, de establecer prioridades entre los mismos. [...] Aunque los jueces no tienen el monopolio de la tarea de dar significado a los valores públicos plasmados en la Constitución, ello no significa que deban permanecer en silencio. Por el contrario, ellos también pueden contribuir al debate público. (p. 22)

En ese mismo sentido, es indispensable que el juez penal aborde sus argumentos de manera propositiva y con el fin de garantizar los fines constitucionalmente establecidos, entre los cuales se pueden considerar:

[Primero,] los principios fundamentales que especifican la estructura general del Gobierno y los procesos políticos, es decir, la de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y el alcance moral y efectivo de la regla mayoritaria; y segundo, los derechos básicos iguales y libertades ciudadanas que deben ser respetados por la mayoría en cualquier circunstancia, tales como el voto y la participación política, las libertades de conciencia, pensamiento y asociación y el derecho a la protección de la ley. (Mejía, 1997, p. 166)

Se reitera entonces la indispensable necesidad de que toda la justicia, desde los ámbitos de las Altas Cortes hasta los de los funcionarios de apoyo judicial, centre su atención en el respeto a los derechos fundamentales ya estipulados en nuestra Constitución. Al hacer este ejercicio, la razón pública se fortalece y por sí sola puede conseguir resultados significativos en materia de reducción del crimen, dado que, cuando se considera el núcleo fundamental del individuo, se tiene la posibilidad de incidir positivamente en su comprensión del mundo y en sus modos de acción,

abriendo así la posibilidad real de educar y transformar el comportamiento social, lo cual concuerda plenamente con una de las finalidades de la administración judicial:

La tarea del juez consiste en dar sentido a los valores constitucionales mediante la interpretación del texto de la Constitución, la historia y los ideales sociales. El juez lleva a cabo una búsqueda de lo que es verdadero, correcto o justo, sin convertirse en participante de la política de los grupos de interés. (Fiss, 2007, p. 30)

Adicionalmente, sobre el papel de los derechos fundamentales y de las normas sobre estos en el sistema jurídico, Alexy (2012) afirma: “Aquí habrá que mostrar que la positivización de derechos fundamentales, que resulta vinculante para todos los poderes del Estado, implica una apertura del sistema jurídico frente al sistema moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales.” (p. 9). Más adelante, en lo que respecta a la argumentación y a las decisiones sobre tales derechos fundamentales, señala que:

La inseguridad relativa a los resultados que tiene el discurso iusfundamental conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Si la mayoría parlamentaria no ha de autocontrolarse, lo que significaría ser juez en causa propia, queda solo la posibilidad de un control por parte del Tribunal Constitucional, cualquiera que sea su forma. No tiene nada de irrazonable que un tribunal constitucional no solo argumente sino que también decida. En general, es válida la tesis según la cual, solo dentro del marco de un sistema jurídico, la razón práctica que vincula la argumentación y la decisión de manera racional puede lograr su realización. A la luz de esta idea, es razonable la institucionalización de una justicia constitucional cuyas decisiones pueden y necesitan ser justificadas y criticadas en el marco de un discurso racional acerca de los derechos fundamentales. (p. 509)

Al respecto Zaffaroni, en una conferencia virtual dictada en mayo de 2020, mencionó que el problema actual del derecho penal radica en que el deber ser del doctrinante idealista difiere de la realidad jurídica, por lo que el operador de justicia trabaja a partir de unos planteamientos que se realizaron pensando en un sistema ideal, pero que se espera sean aplicados en la realidad actual, completamente diferente a la que pensó el doctrinante. Esto implica la elaboración de un derecho penal sobre un *deber ser* de la pena, no sobre lo que esta realmente es, por lo que no puede cumplir en nuestro sistema su función ideal. Concluye el autor señalando la diferencia que existe en América Latina entre el deber ser y el ser en sí (CESJUL Colombia, 2020).

Estas son posturas que traen luz sobre la actual crisis que atraviesa el país en materia de criminalidad³⁸⁵, atribuible a varios aspectos, como el incremento de reformas legales, el aumento de penas, la exacerbación punitiva que propende por la penalización de todo tipo de acciones, el recurso a la detención preventiva como regla del sistema, cuando en realidad debe ser una excepción³⁸⁶, y la ausencia de una política criminal de prevención delictiva. A lo anterior se suman los efectos que aún hoy arrastra el país debido a las condiciones que imperaban antes de la promulgación del Estado social de derecho en 1991, muchas de las cuales todavía no encuentran al día de hoy una efectiva solución, y que tienen que ver principalmente con una falta de legitimidad asociada al clientelismo gubernamental, el abstencionismo y su déficit correlativo de representatividad, la insatisfacción de las necesidades básicas ciudadanas y la vulneración reiterada de los derechos de los gobernados. Más aún, existe también una crisis de gobernabilidad vinculada, entre otros aspectos, a la pérdida del monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado, las falencias ínsitas en las medidas de *modernización* sin modernidad y el funcionamiento irregular del aparato judicial, afectado tanto por la impunidad como por la justicia privada (Granda, 1994).

Todos estos son hechos convergentes que en el ámbito penal dan pie a una idea generalizada de que el *ius puniendi* constituye la principal, si no la única solución para todos los conflictos que se presentan en la comunidad. Los resultados de esta situación son nefastos, dado que, por ejemplo, las cárceles se encuentran cada vez más saturadas, aumentando día a día el número de indiciados y condenados, con el agravante adicional de que estas instituciones carecen de suficientes y adecuados programas operativos de resocialización³⁸⁷, que ofrezcan al individuo oportunidades

³⁸⁵ Estudios recientes de la Corporación Excelencia en la Justicia (2020) sobre la tasa de criminalidad en Colombia muestran un promedio de 2937 noticias criminales por cada 100 mil habitantes. También es destacable en este punto que un informe previo de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC, 2014) ubicó a Colombia como el segundo país más violento de Suramérica, y el quinto de América Latina, con una tasa de homicidios (32 por cada 100 mil habitantes) muy superior al promedio mundial, si bien se constata un ritmo de mejoría que, lamentablemente, se ha venido frenando.

³⁸⁶ En relación a este punto, Zaffaroni (2012) afirma que la prisión preventiva, denominada como *medida cautelar*, no es más que un eufemismo, es decir, una forma de lenguaje encubridor propia de un poder punitivo de corte inquisitorial, y hace una fuerte crítica a los sistemas penales latinoamericanos que terminan utilizándola como una forma de castigo *per se*. También cabe resaltar que la Corte Constitucional ha sido enfática en el carácter excepcional de la prisión preventiva, debido a que implica una injerencia invasiva del Estado en los derechos fundamentales de las personas (CC, C-469, 2016).

³⁸⁷ Esto a pesar de que la Ley 1709 del 20 de enero de 2014 obliga al Estado a desarrollar efectivamente dichos planes y de la existencia de iniciativas ciudadanas como la Fundación Acción Interna, entidad sin ánimo de lucro creada en 2013 con el objeto de dignificar y mejorar la calidad de vida de la población carcelaria y pospenada en Colombia, desde una perspectiva de transformar, reivindicar y reconciliar la

reales de salida y perspectivas de cambio, por lo cual muchos de los reclusos cumplen su pena como *estudiantes del crimen*. Peor aún es la predisposición de la sociedad hacia las medidas privativas de la libertad pues, en términos generales, una inmensa mayoría acepta que el castigo para cualquier transgresión o comportamiento contrario a la ley deba ser la prisión —siempre que no se trate de ellos mismos—, llegando incluso a plantearse actualmente, en el delirio del populismo punitivo que agita a las masas políticas radicalizadas, la reforma de la ley para incluir el tema de la cadena perpetua, proyecto que ha suscitado hasta el momento apasionados debates³⁸⁸ (López, Calderón, Piña y Sánchez, 2019; Revista Semana, 2020b; El Tiempo, 2020a; Centro de Investigación en Política Criminal, 2020; Burbano, 2020), dado que aparece prohibido en el artículo 34 de la Constitución, además de que ya se había presentado un incidente de inexecutable de reforma en sentencia previa (CC, C-397, 2010)³⁸⁹.

La respuesta real a esta problemática pasa por el desarrollo de una nueva política pública en materia de justicia, en la que el juez penal informe y oriente su camino desde la comprensión del verdadero significado del derecho y su finalidad social, no desde el populismo punitivo ni desde la comprensión de su función meramente como *boca de ley*, sino abriéndose a reconstruir fatigosa y conscientemente una situación social y cultural siempre dinámica, de la cual él también es moral y cívicamente responsable. Como lo expone Calamandrei (1986), las decisiones del juez vienen a ser *creaciones de conciencia*, en tanto la ley deja un cierto espacio de discrecionalidad, no solo para la reconstrucción de los hechos sino para establecer las relaciones entre estos y los preceptos jurídicos, desde la cual, no solo *puede*, sino que también *debe* buscar las respuestas a las situaciones que juzga. Es a raíz de esto que se hace necesario fijar unos límites y lineamientos precisos, que sean conocidos y ejecutados de forma organizada por todos los funcionarios

población carcelaria con la sociedad civil. Respecto a esta última iniciativa se puede consultar su página web: <https://fundacionaccioninterna.org/>

³⁸⁸ Para el 13 de octubre de 2020 se habían presentado 12 demandas de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2020 que modifica el artículo 34 de la Constitución para permitir la imposición de prisión perpetua sobre personas condenadas por homicidio doloso o acceso carnal violento contra niños, niñas y adolescentes. De las 12 demandas, la mitad fueron rechazadas, y las demás estaban todavía a la espera de una decisión. Mientras tanto, en el Congreso ya se presentó el primer borrador de ley para reglamentar la medida, y este también ha causado debate, debido a que estipula que la condena sería revisable a los 25 años, y de concluir que la persona se podría socializar, se le otorgaría la libertad condicional.

³⁸⁹ En esta sentencia se declaró inexecutable la Ley 1327 de 2009, que buscaba realizar un referendo para cambiar el artículo 34 de la Constitución y permitir la prisión perpetua; sin embargo, las razones para la decisión fueron meramente de trámite procedimental, así que la Corte no se pronunció de fondo respecto a si el cambio sustituía pilares esenciales de la Constitución. Así pues no existen en realidad precedentes en los que la Corte haya analizado a fondo el tema.

judiciales, y más específicamente por los jueces penales, algo que será considerado de manera más específica en el siguiente apartado.

Esta nueva tarea implica pues, sustancialmente, al Consejo Superior de Política Criminal, de modo que se incorpore plenamente el papel que representa el juez penal dentro de la política pública, en el entendido de que este es el funcionario que encara tanto a la víctima como al indiciado, quien trata a diario con casos de hurto, homicidio, violencia intrafamiliar, lesiones personales, negocios ilegales y demás conductas que congestionan los despachos judiciales, siendo por ello el que conoce de primera mano lo que en realidad se presenta. En ese sentido, es el juez penal quien, por un lado, tiene tanto el poder como el deber de aportar en la construcción de tales lineamientos y límites dentro de la nueva política criminal y, por otro, ejerce su labor de administrar justicia con mayor cercanía a los individuos, teniendo por ello la discrecionalidad suficiente para ahondar con profundidad en el caso desde varias perspectivas —culturales, sociales, políticas— y, según cada caso concreto, buscar una solución o salida al conflicto específico presentado.

Ahora bien, dicha medida puede consistir en principio en una pena monetaria o privativa, pero es necesario reconocer que estas no siempre producen un efecto beneficioso directo en el entorno social. Es por ello que resulta fundamental la búsqueda, propuesta y consideración de alternativas y formas de terminación de conflictos, para atacar de raíz las causas que se encuentran en la base de las problemáticas criminales que afectan al país.

Paradójicamente, lo que ha sucedido hasta ahora es que los fallos en los que el juez cumple su función como ejecutor de la Constitución —ya sea con medidas cuya fuente directa es esta, o bien mediante la aplicación de figuras jurídicas alteras y previstas por la ley—, no han sido tomados en consideración en la formulación de la política criminal del Estado³⁹⁰, dado que los mismos son pretermitidos en el seno del Consejo Superior de Política Criminal. Más aún, la labor de este ente no ha tenido en consideración las cifras reportadas por las diferentes entidades judiciales que pueden respaldarlo, y mucho menos el análisis de contenido de las decisiones que comportan dichos números. Si bien es cierto que existen en este consejo tres representantes de la Rama Judicial —Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, Presidente de la Sala de Casación

³⁹⁰ Al respecto recuérdese que en el anterior capítulo se aclaró que el Consejo Superior de Política Criminal no convoca ni selecciona a los jueces penales para participar en la construcción de la política criminal, dada la “representación” que allí tienen en cabeza del presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y del presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de Política Criminal.

Penal de la Corte Suprema de Justicia y Fiscal General de la Nación, siendo estos dos últimos especialistas el área del derecho penal—, igualmente cierto resulta que seguirán existiendo desfases entre la decisión judicial y la política criminal mientras las pautas judiciales que optimizan derechos fundamentales no sean incorporadas en sus análisis como órgano asesor, como puede observarse en sus lineamientos de 2012 y 2018³⁹¹.

Los jueces penales que asuman entonces la tarea de contribuir a través de decisiones alternativas en la política criminal de Colombia deben, en primer lugar, esforzarse por conocer la política pública, en qué consiste y cómo pueden intervenir en esta para garantizar la optimización de derechos fundamentales³⁹². Tal conceptualización de la política pública ha sido entendida como:

Un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos, considerados necesarios o deseables, y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática. (Roth, 2006, p. 27)

Consecuentemente, la política penal, movida por nuevas determinaciones, puede asumir su verdadero papel en la sociedad. De este modo, aunque tanto las políticas públicas como la política criminal sean procesos vastos y complejos, lo importante es tener en cuenta la trascendencia y el significado que representan hoy en día para la justicia colombiana, desde la perspectiva de las múltiples dimensiones que las conforman:

³⁹¹ Estos lineamientos fijados por el Consejo Superior de Política Criminal no se apoyan en convocatorias ni en decisiones de los jueces penales, sino que se acude al representante de estos, quien de hecho no se reúne previamente para escuchar sugerencias y opiniones ni para analizar líneas que pueden ser importantes en la construcción de políticas públicas en materia criminal.

³⁹² Aquí remitimos a los resultados de la encuesta presentados en el capítulo 4, donde se mostró que el 52.9% de los jueces penales encuestados conoce aspectos de la política criminal de Colombia, pero considera que le hace falta profundizar en algunos puntos; 32.4% de ellos ha leído los aspectos a los que se refiere dicha política, si bien no los conocen todos; y solo el 14.7% conoce y comprende todos sus aspectos. Por otra parte, un 32.4% afirmó que sus decisiones se basan en sus conocimientos y experiencia como juez penal, pero fundamentados en el conocimiento actual de la política criminal; 52.7% indicó que además de sus conocimientos y experiencia tenían en cuenta algunos de los lineamientos de la política criminal; y un 14,7% no considera ningún lineamiento de política criminal en sus decisiones.

Ellas se sustentan en ciertos valores, reconocen varios límites, buscan determinados objetivos, actúan por el impulso de sujetos precisos, producen ciertos resultados; en ellas se toman decisiones, se cuentan o se generan recursos, se producen ideas, mensajes adhesiones, rechazos, acuerdos, en fin, componentes de diversa naturaleza que conforman su realidad cotidiana. El grado de interdependencia de todos estos elementos es muy grande y solo con una visión unitaria podemos tener una visión cabal de su papel dentro del proceso general de elaboración y ejecución de las políticas públicas. (Binder, 2012, p. 240)

De esta forma, los nuevos enfoques requeridos para el juez penal refieren no solo a la constitucionalización del derecho penal a través de controles de garantías, sino también al logro de una posición mucho más significativa respecto al colectivo social, que lo habilita para modificar su actuar al momento de tomar decisiones, no solo con el objeto de evitar que toda conducta infractora sea objeto de sanción punible, sino también para lograr que en sus decisiones condenatorias, más allá de la sanción penal, se logren efectivizar derechos fundamentales y otros fines constitucionales en pro del bienestar social general.

Es necesario en ese sentido partir del reconocimiento de que la criminalidad no se puede erradicar absolutamente, pero sí se puede disminuir, y ello depende en gran medida de que una sociedad cuente con educación, trabajo, salud y oportunidades de crecimiento profesional; sin embargo, dichas condiciones difícilmente pueden darse si no se asume concomitantemente un cambio en la visión general del derecho. Aquí la academia puede tener gran capacidad de influencia, si bien hasta ahora el Estado ha mostrado poca voluntad política de cambio y reflexión en relación a ello, en tanto considera al neoconstitucionalismo como un salvavidas para el sistema penal, olvidando el riesgo que este representa. En tal sentido:

[...] el modelo de Estado social de derecho comporta el riesgo de un eficientismo social autoritario; [de modo que] que la jurisprudencia de ponderación y sopesamiento, como método de actualización del texto constitucional propia del nuevo constitucionalismo, ha abierto un camino al armamentismo moral, al derecho constitucional penal de enemigo y al eficientismo penal. (Orozco, 1997, p. 14)

Lo anterior permite plantear la cuestión de por qué el Sistema Penal Acusatorio, que inició hace más de quince años, entre otras situaciones, a la fecha no ha podido contribuir con sus medidas a la reducción de cifras de ingreso carcelario en Colombia —con su correlato de altísimos niveles

hacinamiento en precarias y degradantes condiciones³⁹³— sino que, por el contrario, esta problemática se agudiza cada vez más, sin que se note tampoco un impacto real en los índices de criminalidad rampante³⁹⁴. Parece en ese sentido que la práctica judicial se reduce a una simple técnica, y que la revisión constitucional de situaciones de forma pormenorizada, algo a lo que está obligado el juez penal, se asimila al cumplimiento de una lista de requisitos, dejando de lado en muchas ocasiones una valoración más profunda y ajustada a los principios y derechos del Estado social y democrático de derecho. Esto puede leerse en la línea de que no se está dotando a los funcionarios judiciales de los amplios conocimientos requeridos en la materia, de manera que puedan tener un enfoque más reflexivo en torno a estos temas, con una perspectiva social que se requiere para aportar a la solución de los delitos más acuciantes, en la medida en que la garantía de dichos principios y derechos no se asegura solamente partiendo de decisiones positivistas del derecho penal, sino que se debe exigir además a las autoridades judiciales un comportamiento más considerado y propositivo³⁹⁵.

Además de exponer y desarrollar los diversos tipos penales, el Código Penal Colombiano inicia reconociendo los principios orientadores de la Constitución y la ley desde su artículo 1: “El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”³⁹⁶. La comprensión de la misma como un derecho constitucional fundamental, cuyo respeto es mandatorio, viene a ser uno

³⁹³ Como se vio en el capítulo 3, las cifras del Inpec revelan que en el país solo hay siete establecimientos carcelarios que no presentan hacinamiento, mientras que, de los otros 125 que sí, 59 de ellos tienen un porcentaje mayor al 50 %, y 26 llegan a superar el 110 %.

³⁹⁴ En el artículo “Los presos le valen al Estado \$ 131.000 millones de pesos mensuales”, el diario *La República* señala que:

Colombia es el tercer país de Latinoamérica con mayor población carcelaria. Actualmente hay 120.623 personas privadas de la libertad dentro de 138 centros penitenciarios en el territorio nacional, las cuales le cuestan a la Nación \$ 1.5 billones al año, es decir, por cada uno de los reclusos se pagan \$13.1 millones al año. (Sánchez Pedraza, 2014, § 1).

³⁹⁵ Este tema ha sido analizado particularmente en profundidad desde la sociología jurídica por Ferrari (1989), quien concluye que tal perspectiva se elabora:

[...] con objeto de poner las bases definitivas que nos lleven a determinar las funciones del derecho, entendidas como tareas asignadas [...] por quien se sirve de él como instrumento de acción, o bien, si se prefiere, como objetivos “perseguidos” a través de aquella modalidad de acción social que hemos definido como jurídica. (p. 92)

Lo anterior implica que, sin desconocer el principio de estricta tipicidad de las sanciones penales, la teoría de la ciencia jurídica retome criterios metodológicos y analíticos igualmente pertinentes, entre los cuales el autor propone considerar la orientación social del derecho, el tratamiento de los conflictos declarados y el problema de la legitimación del poder.

³⁹⁶ Al respecto cabe recordar que en el capítulo previo se estableció un concepto de dignidad dado por la Corte Constitucional (SU-696, 2015), referida en tanto objeto concreto de protección como sobre la base de su funcionalidad normativa. Con todo, no es la primera vez que la Corte se pronuncia en relación a este tema, pues la misma sentencia refiere a la previa T-881 de 2002 en el mismo sentido.

de los puntos de partida de esta nueva orientación, de modo que las decisiones sean orientadas a nivel general para garantizar unas condiciones mínimas de convivencia social pacífica. Aunado a ello cabe recordar aquí que, por expreso mandato constitucional, la Carta goza de pleno poder normativo y se erige como norma de normas, según el artículo 4 superior, por lo cual sus disposiciones son vinculantes y toda disposición inferior debe ser interpretada a la luz de la norma constitucional, tomando en consideración los principios, valores y derechos que esta consagra (Cote, 2008). Igualmente, el artículo 3 del Código Penal incorpora el principio de necesidad, entendiéndolo en el marco de la prevención y conforme con las instituciones que se facultan para ello.

En este orden, la *prevención* se establece como una fórmula razonable para resolver asuntos jurídicos, particularmente en lo que tiene que ver con la aplicación de medidas privativas de la libertad. No obstante, el espíritu legalista que impregna hasta ahora al ámbito penal ha cerrado genéricamente la posibilidad de otras vías distintas a la punitiva, conformándose con el encierro de sujetos asociados a conductas criminales, sin revisar el trasfondo de la situación. Por el contrario, esta nueva perspectiva permitiría identificar parámetros comunes, en el esfuerzo por contrarrestar el delito, pudiendo en consecuencia construir planes más pertinentes en diferentes líneas de acción: infancia y adolescencia, género, derechos humanos, etc.

Un ejercicio del derecho penal más ajustado a las necesidades particulares y urgentes del país exige que los profesionales se preocupen ahora por las políticas públicas, como forma de elaborar un diagnóstico más preciso de dichas problemáticas y, en consecuencia, plantear propositivamente soluciones pertinentes. Estas son las funciones del nuevo actuar judicial, de este que proponemos que exista y en el que la acción social sea el eje central, de tal forma que llegue a convertirse en una herramienta de construcción útil para la comunidad.

Esta postura parte de una visión del derecho precisamente como una ciencia de la acción social (Weber, 2014)³⁹⁷. A su vez, incluso desde una perspectiva funcionalista se reconoce la necesidad

³⁹⁷ Si bien este autor no expresa explícitamente el especial papel del derecho como ciencia de la acción social, sí lo destaca al referir el estrecho vínculo orientador que tiene la representación de validez de la acción (validez jurídica fundada en la ciencia del derecho) con la conceptualización del derecho, respecto de lo cual expresa:

de que el derecho cumpla una función social de forma eficiente en la impartición de justicia, para contribuir de este modo con el mantenimiento del equilibrio en las relaciones de los individuos.

Con todo, la inclusión de esta perspectiva social solo puede ser hecha por funcionarios que hayan realizado el ejercicio de justicia por un tiempo apreciable, y cuyo currículum no esté referido únicamente a sus títulos, ya que lo más importante aquí es el desempeño ético que les caracteriza, a riesgo de fortalecer la crisis si no se tienen en cuenta estas consideraciones.

Este concepto de un derecho eficaz se relaciona pues con la confianza que se puede generar en la ciudadanía, siempre que esta tenga una percepción del sistema penal como un espacio de ayuda y apoyo, no de persecución, lo cual es importante dado el temor nato del ser humano a ser judicializado. Sin embargo, lo que se ha constatado en este estudio es que, actualmente, al reforzar al derecho penal como un salvavidas de primer orden para la solución de los conflictos y la criminalidad, el sistema penal queda expuesto a perder cualquier oportunidad de fomentar la seguridad, fundamental en la política criminal. Al respecto se ha señalado que:

La política penal, en consecuencia, es la política del miedo. Miedo que se engendra en la sociedad respecto del autor del hecho delictivo; miedo que se crea sobre determinadas calidades del delincuente; miedo que se salva con la aplicación del derecho o con la legislación penal; miedo que justifica el permanente recurso a la criminalización y a la sanción; miedo que protege. Pero también miedo que limita la capacidad de juicio de los encargados de hacer cumplir la ley; miedo que estigmatiza; miedo que atrae criterios del derecho penal del enemigo; miedo que restringe las garantías constitucionales; miedo que reforma el derecho a costa de quienes hoy, por su infortunio, caen en las garras del sistema. (González, 2012, p. 60)

Este es el temor que debe ser erradicado de raíz, a través de argumentos fundados e interpretaciones adecuadas, para aportar un verdadero nuevo rumbo a la política criminal,

La acción, en especial la social, y también singularmente la relación social, pueden orientarse, por el lado de sus partícipes, en la representación de la existencia de un orden legítimo. La probabilidad de que esto ocurra de hecho se llama “validez” del orden en cuestión. (Weber, 2014, p. 25)

A partir de lo anterior se plantea que el derecho, como campo de conocimiento o ciencia, versa necesariamente respecto a las acciones sociales en las que existe una representación de validez de orden, garantizada por las posibilidades de coacción y coerción ejercida por un sistema instituido para tal fin.

incorporando el componente social exigido por la comunidad como requisito de mayor eficacia penal en Colombia.

Sintetizando, la optimización del sistema penal colombiano debe involucrar sustancialmente al Consejo Superior de Política Criminal, además de otros órganos decisorios, para incorporar plenamente el papel del juez penal dentro de la política pública, puesto que es él quien conoce de primera mano la realidad y por ello tiene tanto el poder como el deber de aportar con sus contribuciones a la elaboración de dichos lineamientos. Esto implica al mismo tiempo que este juez se esfuerce constantemente por alcanzar una mayor comprensión del derecho penal y de su finalidad social, contribuyendo con el alivio de la situación social y cultural siempre dinámica de la cual él también es moral y cívicamente responsable. En ese sentido, como ya se ha expuesto, sus decisiones son *creaciones de conciencia* (Calamandrei, 1986), desde el espacio de discrecionalidad que le deja la ley y la Constitución, y desde la comprensión de la dignidad humana como el derecho constitucional fundamental, orientadas a garantizar unas condiciones mínimas de convivencia pacífica, efectivizando así positivamente el derecho mediante el establecimiento de relaciones de confianza con la ciudadanía.

5.4. Importancia de los giros interpretativos en el operador jurídico

Empezamos aquí por establecer que el derecho es por naturaleza controversial, y los puntos de vista que surgen en sus discusiones ameritan una organización que permita establecer conclusiones válidas y concretas, pues, de no ser así, la seguridad jurídica queda expuesta a diversos peligros. Es por esto que las decisiones que profieren los operadores judiciales se encuentran ancladas a diversas teorías argumentativas, con distintos enfoques, entre los cuales el estructural se constituye como el punto de partida para la adecuada construcción de estudios jurídicos más en contexto. Una imagen que explica con claridad este concepto señala que lo que se busca con este enfoque es identificar o encontrar “los componentes del edificio jurídico, con lo que se llega a las normas, a los diversos tipos de normas y, eventualmente, a otros enunciados, como los que contienen definiciones o juicios de valor” (Atienza, 1997, p. 19).

Sin embargo, no deja de ser importante señalar que desde esta perspectiva existen limitaciones en muchos aspectos, pues el operador judicial, concentrado en dar forma a sus argumentos, deja de

lado muchas veces el análisis de situaciones que también son importantes, en la medida en que permitirían establecer si la decisión adoptada es útil para resolver un problema de comportamiento general o si se está aportando de forma individual a la persona que infringió una normatividad. Este tipo de análisis refiere mejor a la complementariedad de los enfoques funcional y valorativo, los cuales resultan igualmente esenciales para la argumentación: el primero por su conexión con la realidad social; y el segundo por los detalles que deben tenerse en cuenta al momento de tomar medidas de resocialización.

La construcción de un edificio jurídico coherente y eficaz, como si de una obra arquitectónica se tratase, implica considerar pues una serie de elementos para la argumentación jurídica, además de requerir de recursos económicos, humanos, materiales, capacitación, organización y gerencia, entre otras características que apuntan a un solo fin: conseguir que tal edificio del derecho sea sólido, fuerte, sostenible, amable y útil, de modo que quienes se sirven de él puedan desarrollar sus existencias en comodidad y armonía.

Consecuentemente, quien ejerce labores de construcción, esto es, de argumentación jurídica, no solo debe conocer profundamente la esencia del derecho, sino que también debe tener la capacidad de proyectarlo socialmente. Esto implica que, en el esfuerzo por lograr un derecho penal verdaderamente eficaz para la sociedad, los jueces penales —y en ese orden, todos los demás operadores jurídicos—, además de cumplir con los requisitos formales que les son exigidos para el desempeño de su cargo, deberán ejercer sus funciones con características específicas, tales como la *sindéresis*, la integridad, la capacidad de escucha y comunicación, la actitud comprensiva hacia el otro y la actitud neutral ante el desarrollo del proceso, asumiendo con esto la actitud “de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea” (Atienza, 1997, p. 23).

En este mismo orden de ideas, el primer paso para construir una decisión judicial en el campo penal pasa básicamente por conocer las categorías dogmáticas en torno a la conducta objeto de sanción penal, tales como la tipicidad, la antijuridicidad y el reproche de culpabilidad, las cuales contienen a su vez subelementos que deben ser identificados de manera objetiva, en la medida en que no se agota allí la labor del investigador. Esto quiere decir que, para esta primera fase,

prácticamente es necesario, o incluso obligatorio, realizar una *lista de chequeo* y verificar la existencia de determinados criterios³⁹⁸.

Así pues, finalizado este examen estricto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, el encargado del poder penal asume su decisión, esto es, la condena o absolución, en el caso de los jueces, lo cual implica que para proponer una respuesta que resuelva acertadamente el conflicto presentado se deba realizar primero un importante esfuerzo analítico, a través del cual se examinen elementos materiales probatorios y la evidencia física para resolver las problemáticas que surgen de los mismos hechos. Esta tarea de argumentación jurídica se asimila entonces con un proceso *científico*, encaminado a descubrir la verdad y ayudar a la resolución de un problema específico que aqueja a la sociedad, para lo cual:

[...] se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como “discurso”, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como “discurso práctico”. (Alexy, 2007, p. 34)

Es con relación a esa práctica que debe enfocarse el juez, el que tiene el poder de la justicia, pues lo que justifica la relación entre la teoría del derecho y el razonar de su operador es su mismo discurso asentado en las bases del sistema social, en esa realidad muchas veces ignorada pero que, al ser sumada a la estructura del edificio jurídico, dará mayor durabilidad y estabilidad a la obra arquitectónica. Sin ninguna duda, se trata de una nueva forma de interpretar el derecho, pero ahora con su rumbo social puntualizado, lo cual puede entenderse ni más ni menos que como una nueva filosofía en el marco de lo legal:

³⁹⁸ Por ejemplo, Velásquez (2014) señala, en cuanto a la concepción de tipicidad predominante desde la posguerra a la contemporaneidad, que la misma se caracteriza por las siguientes direcciones teóricas:

[Una primera, que] responde a los desarrollos finalistas basados en Von Weber que expone por primera vez con rigor, después de las tentativas de Binding, la concepción conocida como el *tipo complejo*, que les abrió paso a las teorías normativas de la culpabilidad y de los elementos subjetivos del injusto, que le permitió afirmar que dolo y culpa no son problemas de culpabilidad, sino de acción [...]. Pero también Welzel diría que a partir de un concepto final de acción y de una idea normativa de la culpabilidad, que el tipo penal —por lo menos en los hechos dolosos de comisión— debía ser mixto: objetivo-subjetivo, aunque lo formuló en sus inicios como “tipo de injusto”. (p. 351)

Se trata de mostrar cuál es la esencia necesaria de la función del juzgador y demostrar cuál es, de acuerdo con esa esencia, el ámbito y la índole de sus facultades. Estas aclaraciones se lograrán a la luz de tres perspectivas. Por una parte, [...] gracias al descubrimiento de que la lógica material del derecho, es decir, la lógica de los contenidos de las disposiciones jurídicas [...] es el logro de lo humano, la lógica de lo razonable, a diferencia de la lógica de lo racional, de tipo matemático, que sirve para la ciencia, pero no para tratar los problemas humanos prácticos. Por otra parte, a la aclaración de estos problemas contribuirá también decisivamente el hecho de que nos percatemos de cuál es la índole de las normas jurídicas en cuanto a su contenido, el darnos cuenta de que el contenido de las normas jurídicas no está constituido por principios ideales con validez abstracta, sino por obras humanas que fueron suscitadas por determinadas motivaciones concretas, por ciertas necesidades sentidas de modo especial en algún lugar y en alguna época, y que se encaminan a producir determinados resultados que son estimados como valiosos. A la clara comprensión de esos problemas ayudará también en gran parte la correcta comprensión de cuáles son dentro del orden jurídico las relaciones entre las normas generales (leyes, reglamentos y costumbres) y las normas individualizadas o de contenido singularmente concretado (fallos judiciales y resoluciones administrativas), es decir, la correcta comprensión de cuál es la índole de la función jurisdiccional. (Recasens, 1980, p. 23)

Lo anterior implica entonces que la tarea del juez no se reduce al acto de *dictar una sentencia* o a una simple *operación deductiva*, pues dentro de la estructura que construye deberá incluir un requisito indispensable: su aporte o propuesta para cambiar una problemática presentada en determinado contexto.

Así pues, con relación al poder inherente al juez dentro del Sistema Penal Acusatorio, se tiene que el mismo al parecer no ha sido tenido en cuenta de modo suficiente al momento de generar soluciones prácticas y de impacto en la sociedad, que permitan contribuir con cambios novedosos en materia de disminución y prevención del crimen³⁹⁹. Por ello, dado el agotamiento producido a causa de procedimientos actuales que no consiguen resultados positivos y de reformas legales que solo contemplan el aumento de penas como estrategia general de la política criminal colombiana⁴⁰⁰, se hace necesaria una vía alternativa para que el juez penal reoriente su accionar, con el objeto de procurar mayor eficacia en el derecho colombiano para el logro de objetivos más acordes con nuestra realidad social, puesto que es a él a quien se le ha encomendado la labor de conocer el cuerpo legislativo del Sistema Penal Acusatorio, lleno de escollos, pero también de colores y matices que pueden dar un rumbo diferente al proceso penal.

En manos de este juez queda esta tarea de selección, utilizando sus sentidos para explorar su propio ser, su verdadera esencia, en un ejercicio de autoconocimiento que le permita conocer igualmente a los demás sujetos intervinientes. Un jurista insensible a esto cae en el riesgo de errar en la selección de los criterios a usar, lo cual en consecuencia no permite avances en el camino de la búsqueda de la justicia, como ya lo afirmó Ossorio (2013) en su clásica obra: “Un catedrático sabrá admirablemente las *Pandectas* y la *Instituta* y el Fuero Real, y será un jurisconsulto insigne; pero si no conoce las pasiones, más todavía, sino cabe atisbarlas, toda su ciencia resultará inútil para abogar” (p. 6).

Más adelante, el mismo autor recalca:

Los profesionales del derecho deben tener siempre presente la orientación de la ley, pero a la hora de abordar el caso concreto lo que hagan debe ser orientado por las sensaciones.

³⁹⁹ Una reafirmación de esto se encuentra en la respuesta negativa dada por el Consejo Superior de la Judicatura ante un derecho de petición realizado, respecto a si el Consejo Superior de Política Criminal le había solicitado datos cuantitativos y cualitativos para la construcción de líneas de política criminal. Igual respuesta se obtuvo por parte de esta última entidad en relación a si se convocaban jueces, tanto de control de garantías como de conocimiento, para participar en la construcción de líneas de política criminal.

⁴⁰⁰ Lo que se ve en el análisis realizado en el capítulo 3 sobre las altas cifras de reincidencia, así como sobre los proyectos de ley sobre temas penales presentados en el Congreso, donde se concluyó que la mayoría tenían por objetivo reducir beneficios para los procesados y condenados.

[...] Por donde la sensación es aquí el vehículo de la justicia como en otro caso lo es del arte. (p. 27)

Este “dejarse llevar por las pasiones” que el autor recomienda al abogado —y a los profesionales del derecho en general, lo que en nuestro caso se refiere más específicamente al juez— implica sencillamente reconocerlas en él y en los demás, tener la disposición a comprender el dolor, la esperanza, el desconsuelo, y tantas otras pasiones que se encuentran y chocan en los distintos casos que trata de manera cotidiana, para entender los problemas que se presentan y realizar el ejercicio de aportar soluciones, siempre desde una perspectiva de contribución social.

De no encontrarse esta posibilidad de *ser* dentro del mundo jurídico, jamás podrá avanzarse contributivamente en la elaboración de pautas orientativas que tengan un real impacto⁴⁰¹, determinante dentro del marco de la política criminal. Así pues, *ser*, y de esta manera *crecer* en este camino implica reconocerse principalmente como un ser racional y emocional, con una visión de mundo construida a partir de la experiencia vital y la cultura en la cual el juez penal se encuentra inmerso (Sgreccia, 2013).

A este respecto, para Maturana (1988):

Lo humano se constituye en el entrelazamiento de lo emocional con lo racional. Lo racional se constituye en las coherencias operacionales de los sistemas argumentativos que construimos en el lenguaje para defender o justificar nuestras acciones. Corrientemente vivimos nuestros argumentos racionales sin hacer referencia a las emociones en que se fundan, porque no sabemos que ellos y todas nuestras acciones tienen un fundamento emocional, y creemos que tal condición sería una limitación a nuestro ser racional. Pero ¿es el fundamento emocional de lo racional una limitación? ¡No! Al contrario: es su condición de posibilidad [...]. El lenguaje tiene que ver con coordinaciones de acción, pero no con cualquier coordinación de acción, sino con coordinaciones de acciones consensuales. Más aún, el lenguaje es un operar en coordinaciones consensuales. (p.7)

⁴⁰¹ Si bien no es esta una labor del juez taxativamente contemplada en la ley, sí se contempla como parte de su deber, tal y como ya ha sido desarrollado previamente, a partir de autores como Calamandrei (1986), Jakobs (2004), Zaffaroni (CESJUL Colombia, 2020) y, en el ámbito colombiano, Pinilla (2002).

Ahora bien, es necesario recordar en este esquema que en la cultura occidental moderna la decisión judicial se caracteriza por fundamentarse en el razonamiento lógico, realizado por parte de un tercero imparcial (el juez), quien se basa en las pruebas debidamente aportadas como medio de probar la falsedad o veracidad de unos hechos particulares respecto a los cuales versan unos determinados efectos descritos por la ley (Foucault, 1995). Es en ese sentido evidente que “la figura del juez ecuánime que dictamina sin emociones en estricta conformidad con la ley es un arquetipo de muchas sociedades” (Barrett, 2018, p. 299).

La impartición de justicia en la modernidad se ha basado pues en la aparente neutralidad del proceso, la cual sugiere primordialmente la supresión del factor emocional por parte del juez o agente resolutorio, como forma de llegar a una decisión *imparcial* respecto al caso concreto. Sin embargo, resulta evidente que tal ficción niega la misma naturaleza humana de aquel que decide, dado que esta involucra necesariamente la existencia de elementos subjetivos en el proceso cognoscitivo que lleva a tomar una decisión en un caso concreto.

Respecto a los procesos de racionalización humana, y a la creencia en la objetividad de estos, retomamos a Maturana (1988):

En el camino explicativo de la objetividad sin paréntesis, uno funciona como si la razón permitiese al menos un acceso aproximado a una realidad trascendente. Pero la razón se altera si le damos un mazazo en la cabeza al razonador. Si la biología se altera, se altera el razonar; más aún, si cambiamos de dominio emocional, cambia nuestro razonar. (p. 24)

Así, la idea de que un juez pueda ser completamente *neutral*, entendido generalmente como *carente de afecto* o *empatía*, resulta sencillamente una imposibilidad biológica, dado que no pueden darse decisiones libres de subjetividad mientras la predisposición corporal impulse predicciones al cerebro, lo cual se encuentra sustentado científicamente por la teoría de las emociones construidas⁴⁰² de Barrett (2018). Ante el panorama actual, la misma autora hace sus propuestas en cuanto a la forma como el derecho debe relacionarse con los últimos descubrimientos de la neurociencia:

⁴⁰² Esta teoría científica ha demostrado que las emociones no son universales e intrínsecas a todos los seres humanos (teoría *esencialista*), como ha sido el paradigma dominante hasta la actualidad, sino que son abstracciones construidas por la experiencia vital y la cultura de cada individuo, por lo cual cognoscitivamente el cerebro las asume de forma similar a las ideas.

Las personas no tienen un lado racional y uno emocional, donde el primero regula al segundo. Los jueces no pueden prescindir del afecto para dictar fallos dictados por la pura razón [...]. Estamos en un momento decisivo en el que la nueva ciencia de la mente y del cerebro puede empezar a conformar la ley. Mediante la formación de jueces, jurados, abogados, testigos, agentes de policía y otros agentes del proceso judicial, deberíamos poder producir un sistema jurídico que, al final, sea más justo. Quizá tardemos tiempo de prescindir de los juicios con jurados, pero incluso pasos sencillos como concienciar a los jurados de que las emociones se construyen puede mejorar la situación actual. (p. 315)

Con base en lo anterior, es necesario acotar que todo acto volitivo de un ser humano conlleva un proceso subjetivo intrínseco, que no necesariamente implica una afectación de la imparcialidad de sus decisiones, siempre y cuando el sujeto tenga plena conciencia y manejo de las emociones que concurren al momento de esto. Más aún, tal como se sustenta en la presente tesis, el profesional de justicia tiene en este ámbito un elemento propio de su ser, en la línea del reconocimiento al principio de dignidad humana consagrado en el modelo de Estado social de derecho, y de que es este factor lo que lo faculta para la toma de decisiones más acertadas, dado que solo a partir de allí puede lograr una verdadera interacción y empatía que le permitan tener un conocimiento objetivo y cabal del asunto bajo su consideración.

En consecuencia con ello, antes de asumir cualquier posición, el juez penal debe tener muy presentes los postulados del Estado social de derecho y aplicar justicia desde el contexto particular de cada caso, aportando ideas ajustadas a la ley para la solución del mismo, pero promoviendo cambios extraordinarios con el objetivo de lograr resultados extraordinarios.

De esta manera, cuando se alude en esta investigación a un componente educativo y transformador en el juez penal colombiano, no se trata de enfocar la atención en la academia o en los legisladores para presentar nuevos cursos teóricos, dogmáticos y legislativos, ni tampoco se refiere a reformas legales que pretendan, mediante rebuscados movimientos procesales, desatascar los perpetuamente congestionados despachos o castigar, de manera cada vez más severa, las conductas penales reacias que se reportan con creciente publicidad en los medios de comunicación. Por el contrario, lo que se pretende lograr con la propuesta de esta tesis doctoral es la introducción del juez penal en el ámbito conceptual de la dignidad humana, de la auto-observación y el autoconocimiento, de modo que desde allí este pueda promover cambios eficaces en la justicia, comprometiéndose en una lectura

que vaya más allá de lo que dice la ley, con todos sus sentidos, para lograr la optimización de derechos fundamentales, siendo vigilante y proponiendo soluciones alternativas y acordes con la realidad social y contextual de cada caso que le sea puesto en consideración, de manera que sean óptimamente tenidas en cuenta en la formulación de lineamientos de política criminal nuevamente acogidos como pautas orientativas en sus decisiones, en tanto hace parte de una política pública.

Al respecto cabe recordar que, en la encuesta realizada para el presente trabajo, la mayoría de los jueces penales consideran que implementar medidas alternativas que preserven el bienestar de la sociedad dentro de las sanciones impuestas es un mecanismo que permite la optimización de derechos fundamentales desde su función judicial, además de que varios de ellos mencionaron que para este mismo fin propendían por la imposición de medidas restaurativas y por generar espacios de diálogo, perdón y arrepentimiento, siempre teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos constitucionales.

A partir de estas respuestas se puede deducir la iniciativa por parte de estos funcionarios por generar un impacto más allá de la mera aplicación taxativa de la ley, y a pesar de que el artículo 230 de la Constitución Política señala que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, también dentro del marco del Estado social de derecho se les concede un amplio margen de discrecionalidad orientado a la protección efectiva de los derechos fundamentales, tal y como lo ha desarrollado ampliamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁰³. Esto va en concordancia con la visión de que el juez penal no sea un mero operador exegético de la ley, sino que tenga además un papel activo en la adecuación de la norma al caso concreto. En esta facultad existe un eminente elemento intelectual y volitivo, el cual requiere, a fin de ser aplicado de manera ajustada al marco normativo, que dicho juez se reconozca primero y más plenamente a sí mismo, para dar cuenta efectiva de su imparcialidad a partir de ello, es decir, del reconocimiento de su propio ser (ontológico), y de este modo aportar con una medida más adecuada a la realidad que afecta a través de su decisión.

Este referido elemento ontológico vendría a introducirse en la administración de justicia por medio de la formación constante del juez penal en el ámbito constitucional, tanto como en sus

⁴⁰³ Entre las múltiples providencias que se pronuncian en este sentido cabe señalar: T-406 de 1992, T-683 de 1999, C-037 de 2000, C-366 de 2000, C-1092 de 2003, T-164 de 2003, T-042 de 2005, SU-484 de 2008, T-392 de 2010, T-647 de 2011, C-313 de 2013, C-086 de 2016 y T-272 de 2018.

capacidades creativas y propositivas, e incluso emocionales, además de la ampliación de sus facultades respecto a las medidas a tomar para la promulgación de sus decisiones.

Tan utópica visión de un juez formado en estos mundos conceptuales la puede realizar el Estado colombiano directamente a través del Ministerio de Justicia, de la mano con el Consejo Superior de Política Criminal, mediante un programa de capacitación especial y permanente que incorpore las tres líneas nombradas más arriba: profundización en la constitucionalidad del Estado social de derecho, en referencia a su significado y la aplicación en la ley penal colombiana; giros interpretativos en el marco de lo legal, incluyendo la política criminal y todos sus componentes a la luz de la Constitución; e inteligencia emocional, en torno a la importancia de su manejo en el ejercicio de la justicia penal colombiana.

Para ello resulta necesario, en síntesis, que el juez penal no solo se ajuste a la utilización de las fuentes de derecho, como la ley, la doctrina y la jurisprudencia, para tomar sus decisiones, sino que además parta necesariamente de la implementación positiva del modelo de Estado social de derecho y el deber de brindar bienestar a la sociedad, optimizando principios constitucionales y derechos fundamentales, con el objeto de aportar sus contribuciones a la política criminal desde el análisis hecho en cada caso presentado. Asimismo, su participación debe contribuir con el Estado a dar respuestas necesarias para las problemáticas criminales más acuciantes, al adoptar decisiones “para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (CC, C-646, 2001, Política criminal-Concepto amplio).

Como ya se analizó previamente, estas respuestas pueden ser de la más diversa índole, y por ello el papel del juez penal debe ser amplio al momento de crear soluciones frente a un caso concreto, para lo cual resulta necesario que se le permita tener un nuevo enfoque del derecho, desde la óptica del ser, lo que le permitirá conectar más la justicia con la realidad a partir de su propio intelecto. El objetivo último del actuar desde esta visión es poder avanzar hacia un mejor escenario futuro, en el que sea posible la prevención del delito de manera más efectiva y se logre una mayor resocialización de los responsables de conductas penales.

Un aspecto fundamental que el juez penal debe tener en cuenta para alcanzar estos objetivos, en el ejercicio de sus funciones, es la conciencia de que no realiza dicho ejercicio como un conoedor

absoluto de todo, dada su formación profesional, experiencia y demás; por el contrario, resulta imprescindible estar siempre abierto a aprender algo nuevo cada vez, dado el carácter inacabado de la naturaleza humana⁴⁰⁴. Esto es cardinal en el Sistema Penal Acusatorio, toda vez que, al ser orientado por el principio constitucional de la dignidad humana, requiere que quien lo desarrolle vivencie el *parto del espacio de la ignorancia* que se posibilita al reconocer que *no se sabe*⁴⁰⁵.

No obstante, las formalidades que han acompañado hasta el momento la condición de quienes imparten justicia se han planteado en general lejos de este reconocimiento, asumiendo como condición *sine qua non* que los jueces penales son personas que deben saberlo todo y estar en capacidad de resolverlo todo. Al contrario, lo que puede estar ocurriendo en realidad es que, sin darse cuenta, ellos estén siendo guiados por lineamientos “conocidos” que en realidad constituyen obstáculos al aprendizaje, entre los cuales, de acuerdo a varios estudiosos del *coaching* ontológico (FICPro, 2016), podemos identificar los siguientes:

1. La incapacidad de admitir que no se sabe, cuando la persona cree tener la razón de todo para crear una barrera de protección, justificando de este modo la pereza y el desinterés por la exploración del conocimiento.
2. La convicción de que “así soy y no puedo aprender de eso”, evidente cuando la persona está acostumbrada a tomar decisiones siempre desde las mismas fuentes, sin permitirse un cambio de paradigma.
3. La ceguera cognitiva, consistente en la falta de conciencia respecto de campos y dimensiones que no se han explorado previamente, lo cual reduce la visión a un espacio muy pequeño en medio de un universo vasto y amplio.

⁴⁰⁴ Así pues, este juez penal sería un aprendiz que está abierto a nuevas posibilidades bajo los parámetros constitucionales.

⁴⁰⁵ En la línea socrática de que *solo se sabe que nada se sabe*, Platón expone en el *Teeteto* un agudo concepto del ignorante y de la ignorancia, entendida, no como vacío de conocimiento, sino todo lo contrario, como la llenura de quien asume que posee un “vasto” conocimiento, o que sabe más de lo que conoce, lo cual lo imposibilita para abrirse de verdad a nuevos conocimientos y nuevas realidades. En la pedagogía de Platón lo esencial entonces es la necesidad de saber, y el cómo lograr despertarla, antes que “enseñar” a quien no siente la necesidad de abrirse a nuevos saberes y formas de acción.

4. El deseo de querer tenerlo todo claro y bajo control todo el tiempo, lo cual significa actuar en automático, como una máquina, y no como un humano que pueda variar y ser sensible ante diferentes situaciones.

5. La percepción de que no se tiene tiempo, asociada con la falta de organización y de prioridad dada a las obligaciones, aun cuando se tiene la plena conciencia de que el aprendizaje es un proceso que va por etapas.

6. La pretensión de cargar todo de gravedad, incluso las situaciones más triviales, y poner un velo de solemnidad sobre los asuntos a resolver, aun cuando en realidad no lo ameriten. Esto es un generador de estrés, en tanto lo ideal es lograr un punto ponderado de seriedad, sin tener que recurrir a magnificar cada caso.

7. La incapacidad de desaprender, observable cuando se dan cambios en rutinas, ya sea personales y laborales, que implican la adaptación a nuevas circunstancias de acción.

8. El olvido del cuerpo, siempre que se está solo en la razón abstracta, cuando en realidad el pensar debe estar por defecto permanentemente conectado a lo físico, concentrándose siempre en el presente, en el ahora.

9. La ausencia de contextualización emocional adecuada, al llevar problemas que no resultan acordes con el momento o situación que se está abordando.

10. La resistencia a reconocer la autoridad de otros que puedan enseñar, cuando se piensa que ya se sabe del tema y no se confía ni se escucha a otros para abrirse a la oportunidad de aprender.

Todos estos obstáculos no son fáciles de identificar, y para ello se requiere que el juez penal cambie su enfoque, lo que puede hacer a través de la incorporación de nuevas formas discursivas, con discursos, relatos e historias propias, que reflejen nuevas acciones contextualizadas y verdaderamente efectivas.

Dicho cambio de perspectiva para el juez penal no significa como tal un *cambio* literal, pues lo que implica realmente es que dicho juez deba comenzar con un proceso de aprendizaje nuevo, reconociendo su actuar en el modelo de Estado social y de derecho, y el hecho de que esto es algo

que no se puede acelerar, en la medida en que cambiar los hábitos ya aprendidos cuesta y representa tiempo.

En este proceso de aprendizaje se adscribe un papel fundamental al lenguaje, tradicionalmente usado para describir lo que se percibe respecto a hechos que pueden ser verdaderos o falsos; sin embargo, en el esquema propuesto el lenguaje cumple un especial rol creativo y propositivo, en el que las afirmaciones pueden seguir siendo verdaderas o falsas, pero cuya función es ahora la presentación de evidencias contundentes para poder demostrarlo. En este mismo sentido, la declaración cumple un papel primordial, en la medida en que tiene que ver con las conceptualizaciones de poder y autoridad dentro de un espacio reglado y previamente determinado.

Lo anterior tiene que ver con que, de manera plausible, la tradicional pertenencia a un sistema arraigado de ideas y la aceptación de este como único real es lo que nos atrapa en el círculo de una justicia penal que propende por reiteradas reformas, que en últimas resultan poco eficaces. Es por eso que la propuesta de esta tesis radica en avanzar en el establecimiento de una nueva visión constitucional de los jueces penales, a través de un enfoque distinto de aprendizaje centrado en la dignidad humana y la optimización de derechos fundamentales, como respuesta necesaria para contribuir en la construcción de una adecuada política criminal en Colombia.

5.5. Síntesis de las pautas orientativas de la propuesta

Se reitera aquí que, en esta nueva perspectiva de observación, el juez penal, además de darle prelación a la aplicación de la norma constitucional sobre las otras fuentes de derecho, jurisprudenciales y doctrinales, debe ser partícipe de un profundo y permanente ejercicio de reconocimiento y autoconocimiento, que le permita familiarizarse a fondo con la esencia de su propia dignidad, expresada en el manejo tanto de sus palabras como de sus actos, y con el contexto específico que caracteriza cada caso que le sea asignado, para que desde allí pueda generar interpretaciones diferentes y novedosas, que le permitan pronunciar decisiones tanto propositivas como efectivas dentro del marco de una política criminal coherente y ajustada a nuestra realidad más específica.

En relación con este tema, Olaya se ha referido constantemente al *arte de crear aprendizaje* (Coach Magazine, 2010), en el cual resulta fundamental estar abierto a escuchar, a pedir ayuda y

disponer de tiempo, tres elementos que son claves para abordar correctamente este ejercicio de observación. Es por esto que lo verdaderamente importante para todo juez penal, al asumir este nuevo rol, pasa por entender que la escucha no se reduce solamente al ejercicio de audición de las partes, sino que se trata de inmiscuirse realmente en estos mundos complejos y particulares que se abren constantemente ante él.

A su vez señala Olaya que quizá la principal motivación, no solo del juez penal, sino de todo aquel que se dedica a la labor de la justicia, debe hallarse en la comprensión de que “no puede entenderse la vida sin servir a la vida”. Es pues así de simple, se trata de la importancia de servir, más allá de los incentivos, simplemente cumpliendo con sus funciones, a diario, para lograr una eficaz y completa satisfacción de quien requiere el apoyo de la justicia, en tanto individuo que necesita protección, acompañamiento, tranquilidad y, sobre todo, satisfacción respecto a una decisión que lo beneficia tanto a él como a toda la comunidad. Finalmente, el mismo autor enfatiza en la necesidad de *revolucionar el pensamiento*, en la medida en que, de proseguir este estado de preocupante aletargamiento del sistema actual, las reacciones a dicha situación desde diversos sectores puedan terminar produciendo resultados tremendamente contraproducentes a nivel social. Es por esto que concluye con la invitación a todos los interesados para atreverse y confiar en el ser humano, dos de los pilares elementales que se pretenden fortalecer con este trabajo.

Actualmente, constituye casi una tragicómica realidad que las audiencias de control de legalidad, formulación de imputación, medida de aseguramiento y otras, que deben ser dirigidas por los jueces en función de control de garantías, al igual que las audiencias de acusación, preparatorias y de juicio oral que hacen los jueces de conocimiento, no resultan para nada escenarios pacíficos en los que reinen la armonía y la tranquilidad. Por el contrario, desde los procedimientos realizados por Policía Judicial, como registros y allanamientos, capturas e incautaciones, entre otros, solo sigue a partir de ahí un duro trabajo de análisis bajo tensión, que puede terminar en quiebres y dificultades surgidos en medio de dichas audiencias. Es en estas situaciones cuando el juez penal debe comenzar a actuar como ese observador que, desde su nueva y particular forma de abrirse al mundo, es capaz de cambiar las perspectivas de la crisis en la justicia y generar una oportunidad de adaptación para todos los implicados.

Como se comentó previamente, la emocionalidad, el autoconocimiento y el autocontrol pesan aquí para la toma de decisiones, entendiendo que, desde esta perspectiva, las mismas llevan implícita una consideración personal del juez que no necesariamente refiere a una apreciación meramente

subjetiva. Por el contrario, estudios científicos a nivel de neurología (Manes y Niro, 2016) y biología (Maturana, 1988; Maturana y Verden, 2003) han demostrado cómo las características internas de la persona configuran un estado de ánimo propio que actúa de forma permanente en el ser, influyendo de manera directa en la toma de decisiones adoptadas por el individuo, lo cual para nuestro caso se traduce en el gran compromiso que jueces, y otros operadores penales, deben tener respecto a su conocimiento, cuidado y manejo emocional, en tanto están en relación y tienen incidencias que pueden determinar resultados positivos o negativos para la sociedad en general. En ese sentido:

Investigaciones recientes demuestran que la toma de decisiones es un proceso que depende de áreas cerebrales involucradas en el control de las emociones. Tomamos decisiones permanentes y la velocidad de los eventos que nos suceden hace que no haya tiempo para racionalizar los pros y contras de cada decisión. Estas dependen de qué región cerebral emerge victoriosa, de una batalla entre los centros emocionales y racionales. (Manes y Niro, 2016, p. 231)

Según lo anterior, la neurociencia arroja una nueva luz en relación a estas distintas formas de abordar las situaciones juzgadas, al sugerir que los razonamientos que resultan guiados desde las consideraciones propias facilitan el proceso de toma de decisiones. Es decir, se plantea que no solo tomamos decisiones a través de la conciencia racional, sino que la emocionalidad también tiene un peso importante en estos asuntos, afirmación que se vincula directamente con el accionar de los jueces penales, y de otros operadores judiciales, quienes en el ejercicio de sus funciones cotidianas se ven enfrentados a la toma de decisiones, por lo cual resulta de alta importancia priorizar su sentir en una búsqueda genuina de justicia.

En síntesis, la propuesta de que el juez penal deba partir no solo de su proceso cognitivo para adoptar decisiones en el marco del Sistema Penal Acusatorio, sino también desde un contexto mucho más general puesto a su consideración —que es lo que para esta tesis significa en últimas el reconocimiento pleno del Estado social de derecho—, le implica por ende el ejercicio de actualizar positiva y constantemente el principio constitucional de la dignidad humana, partiendo del fundamento primero de reconocerse a sí mismo como alguien que tiene el poder y el deber de generar un cambio exterior, para desde allí sensibilizarse con las condiciones particulares del caso juzgado y adoptar entonces decisiones mucho más conformes con la realidad jurídica del país. Finalmente, en el momento en que estas decisiones pasen a ser consideradas en la definición de

lineamientos fuertes de política criminal, involucrando componentes resocializadores, podría entonces estudiarse la posibilidad de que sean integradas como fuente de derecho para nuevas posiciones jurisprudenciales, sin que esto signifique ignorar los lineamientos previos ni una afectación al principio de legalidad, como se ha venido recalando previamente.

Es decir que esta perspectiva de aporte al sistema no está pensada para (ni puede) salirse de la órbita de la ley, sino que se concibe como una atribución discrecional, que le permite al juez penal ejercer sus funciones en favor de una justicia *sentida*, más que de una sistematizada o cargada de afán punitivo. En tal sentido, existen muchas más opciones que este juez observador tiene a su disposición, además de imponer medidas de aseguramiento, legalizar procedimientos o, en el caso de los jueces de conocimiento, condenar y absolver. La incorporación de este nuevo enfoque, abierto a desarrollar respuestas realmente efectivas, que contribuyan con la cultura ciudadana, implica para el juez penal la vinculación de la política criminal en sus decisiones de una manera mucho más activa, en la perspectiva de entenderla como una *colección de respuestas* proyectada para ser útil en la impartición de justicia.

Uno de los propósitos finales de esta tesis doctoral es recalcar en el aporte a la transformación de la justicia como una tarea de la justicia penal colombiana. En este orden, una de las formas en que se puede lograr mayor eficacia en la política criminal colombiana es a través de la transformación de quienes ejercen la función de justicia, entendiendo que *transformar* no es lo mismo que *reformar*. En lugar de esto, lo que se requiere es un plan de acción innovador asumido por parte del Estado, que se desarrolle desde el compromiso y la articulación de los distintos organismos que hacen parte del Consejo Superior de Política Criminal, como una acción propia de política pública en materia de justicia, para lograr los objetivos previamente identificados, valiéndose de los jueces y operadores judiciales que diariamente ejercen en materia penal.

Para llevar este plan de acción a la realidad se requiere por supuesto de una fundamentación sólida, ya que su desarrollo debe tener presente la historia real de la sociedad colombiana, contando con cifras actuales referidas a violencia, crímenes, congestión, impunidad, hacinamiento carcelario y demás problemas que conciernen a la justicia, con el objeto de que los jueces penales tengan la oportunidad de abrirse a detallar la especificidad de cada caso considerado.

En este ejercicio se requiere además la asesoría de un equipo interdisciplinario de profesionales y representantes de la comunidad, para que aporten también con sus lecturas propias al diseño de las

diferentes líneas de acción y pedagógicas que sirvan como alternativas posibles para solucionar casos controversiales en materia penal, de modo que estas puedan ser tenidas en cuenta por parte de los jueces penales, con el fin de generar respuestas pertinentes para la ciudadanía y la sociedad en general en relación a sus exigencias de justicia.

Un importante elemento adicional tiene que ver con la necesidad de actualizar el modelo de Estado social de derecho para todos los jueces penales y demás operadores judiciales, fiscales incluidos, bajo la nueva perspectiva que se requiere en su papel de observadores activos y críticos, garantizando el principio de dignidad, primero en sí mismos como seres humanos, pero sobre todo destacando su vocación de servicio al otro, razón por la cual se demanda de ellos la optimización de derechos fundamentales como una práctica diaria con la cual se posibilita aportar a la construcción de una política criminal mucho más eficaz y en sintonía con las condiciones sociales del país.

Es necesario reconocer en este sentido que el Estado colombiano ha realizado quizá todos los esfuerzos posibles para conseguir resultados efectivos, ofreciendo reformas legales y aumentando el número de servidores judiciales para aliviar la congestión de procesos de los despachos⁴⁰⁶. Sin embargo, en la misma vía también es necesario reconocer que este proceso se ha venido realizando hasta ahora a partir de un panorama común de respuestas tradicionales, sin elaborar el hecho de que la solución puede, igualmente, ofrecer otras opciones que posibiliten un escenario distinto, tales como las que se proponen en este trabajo.

Para esto es necesario partir de que todos los organismos que se integran para dar forma y hacer valer la política criminal están pensados en principio para escuchar las quejas de la ciudadanía y proveer respuestas a ellas. No obstante, también debe reconocerse que esta tarea de escuchar no puede ejercerse como una actividad únicamente relacionada con la recepción de información, como al parecer se ha venido haciendo hasta ahora, según se evidencia a partir de la gran cantidad de denuncias que se presentan corrientemente al respecto.

En este orden de ideas, se trata más bien de que las decisiones de los jueces penales sean tenidas en cuenta como insumos de primera importancia al momento de formular y construir la política

⁴⁰⁶ En el capítulo 3 se realizó el estudio de las reformas que se han realizado en Colombia al respecto.

criminal, y de que se potencie la escucha de estos funcionarios a partir del fomento de un buen relacionamiento y la garantía de un excelente canal de comunicación.

Ahora bien, la transformación propuesta en esta parte final no solo implica para el juez penal una nueva visión frente a la administración de justicia, sino que también es importante considerar la forma en que el mismo podría contribuir a diseñar aquellas sanciones que apuntan a que el infractor de la ley tome conciencia de las consecuencias de su actuar delictivo, del daño causado por sus actos y de la necesidad de retribución, todo ello visto, no solo como una imposición autoritaria —y quizá algo arbitraria—, sino principalmente como una necesidad primaria dentro de su propio proceso de resocialización.

Lo anterior va en razón de armonizar y efectivizar las finalidades preventivas, generales y especiales, de la pena y la resocialización establecidas en el artículo 4 del Código Penal, a partir de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, establecidos como directrices fundamentales, sin perder por ello, claro está, los criterios de naturaleza constitucional que desarrollan estos principios “como complementos entre las categorías propias del derecho penal y el derecho constitucional actual” (Cote, 2008, p. 20).

Particularmente, Posner (2014) estudia respecto a esto una alternativa de solución, postulando a la economía como una herramienta valiosa para analizar este abanico de las cuestiones legales. En relación con el tema de sanciones penales óptimas, este autor menciona que:

A fin de diseñar un conjunto de sanciones penales óptimas, necesitamos un modelo del comportamiento del delincuente. El modelo puede ser muy simple: una persona comete un delito porque los beneficios esperados del delito para él superan a los costos esperados. Los beneficios son las diversas satisfacciones tangibles —en los casos de los delitos de ganancia pecuniaria— o intangibles —en el caso de los llamados delitos pasionales— derivadas del acto criminal. Los costos incluyen diversos gastos pecuniarios —para comprar armas de fuego, herramientas de ladrones, máscaras, etcétera—, los costos de oportunidad del tiempo del delincuente y los costos esperados del castigo penal. (p. 214)

En relación con lo anterior, un modelo de sanciones penales óptimas es aquel en el cual, teniendo en consideración el comportamiento de quien transgrede la ley —con base al costo y beneficio que se puede obtener de esta actuación criminal—, se establecen unas penas que, debido a la seguridad

de su imposición y a su costo para el infractor, resultan disuasorias para el mismo de retornar a su accionar delictivo.

A primera vista, esta perspectiva económica del fin de la pena pareciera propugnar por un maximalismo penal. Sin embargo, tal como señala Goldman (2018):

No todo análisis económico lleva necesariamente a un derecho penal maximalista que amenaza los derechos fundamentales de los individuos, sino que, por el contrario, es posible encontrar en la ciencia económica enfoques perfectamente compatibles con las corrientes más liberales del pensamiento penal. (p. 13)

Esto significa que el maximalismo penal se sustenta en un enfoque económico solo desde la perspectiva de la escuela de la economía neoclásica; por otro lado, a partir por ejemplo de los preceptos de la escuela austriaca⁴⁰⁷ se plantea que el derecho penal debe enfatizar en su carácter de *medio de reparación o compensación*, en tanto que la finalidad preventiva de la pena solo responde a parámetros generales de conducta racional que, al no tener frente a la efectiva reducción de la criminalidad una incidencia absoluta, llevan a que en determinados casos la aplicación de penas excesivamente severas solo aumenten los costos sociales del delito.

La noción de quienes infringen la ley como calculadores racionales parecerá poco realista, sobre todo cuando se aplica a indiciados con poca formación o a delitos que no se cometen por una ganancia pecuniaria. Sin embargo, una creciente producción literaria empírica sobre la criminalidad ha revelado que estos responden efectivamente a consideraciones de los costos de oportunidad (Romero, 2010; UNODC, 2014; Castro, 2017; Barrios, 2018; OEA Secretaría de Seguridad Multidimensional, 2019), de la probabilidad de la aprehensión, de la severidad del castigo y de otras variables relevantes como si fueran, en efecto, los calculadores racionales del modelo económico. Esto ocurre independientemente de que el delito se cometa motivado por

⁴⁰⁷ Tal y como señala el mismo autor:

Lo que distingue al enfoque austriaco de otras aproximaciones a la noción de acción humana es que rechaza que los individuos persigan o deban perseguir alguna clase de fin en particular. Según este enfoque, las finalidades pueden variar constantemente y por ello no es asunto de la economía —sino de la psicología u otras ciencias— establecer cuáles son los propósitos concretos que las personas persiguen con sus acciones. (Goldman, 2018, p. 56)

ganancia pecuniaria o por impulso pasional, y de que sea llevado a cabo por personas de alto nivel educativo o con poca formación (Posner, 2014).

A partir de lo anterior, es necesario tener en cuenta todos los factores señalados, en tanto que dan cuenta de la caracterización de los sujetos pasivos del poder punitivo del Estado, los cuales a su vez son sujetos directos de la política criminal. Esto configura elementos claves que resulta necesario considerar para lograr la obtención de los fines de la pena y de la política criminal, y que sus efectos redunden positivamente en amplios sectores de la población.

En efecto, la consideración de quien infringe la ley penal como un calculador racional, negociador, que quizá quiera obtener beneficios y aportar un costo, permitirá que el operador judicial, referido en este caso específico a los jueces en función de control de garantías —sin dejar de lado que la misma reflexión se aplica igualmente a todos los jueces penales, tanto como a los demás operadores judiciales—, revise las diversas posibilidades que tiene para sancionarlo. Asimismo, desde el mismo comienzo de una investigación se pueden contemplar salidas alternativas que el procedimiento ofrece, como los principios de oportunidad y los preacuerdos, a los cuales se accede muchas veces con temor, quizá por la dificultad asociada al hecho de negociar en materia judicial. No obstante, con una nueva perspectiva apoyada desde la economía y un amplio esfuerzo formativo toda esta situación puede experimentar un giro radical.

Evidentemente, un elemento necesario en relación a esto es la garantía de seguridad jurídica⁴⁰⁸, la cual implica desde una perspectiva económica un esfuerzo por minimizar el margen de error que se establece entre la decisión ideal y la que efectivamente se promulga (Cooter & Ulen, 2016), visto

⁴⁰⁸ Respecto a este concepto, Calderón (2009) afirma que existen dos enfoques: uno *objetivo*, relacionado con exigencias de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de normas e instituciones, cuya pretensión es que se cumpla siempre el principio de legalidad, y que las normas sean claras, irretroactivas y públicas.

Por su parte, la interpretación *subjetiva* postula un conocimiento del derecho por parte de los ciudadanos y un mínimo de previsibilidad de la valoración jurídica de las conductas, interpretación que se ha ido flexibilizando conforme han ido cambiando los objetivos punitivistas del derecho penal hacia un enfoque más amplio, que busca la restauración del tejido social causada por los delitos. La Corte Constitucional ha tratado este tema en relación a la JEP, afirmando que las víctimas ocupan un lugar central y que el juez debe velar por la garantía de sus derechos, haciendo lo posible por lograr reparación integral (C-080, 2018).

Esta perspectiva dota al juez penal de un mayor margen de acción, en tanto la seguridad jurídica no radica únicamente en que se aplique exactamente lo que dice la ley, sino en que constituye una base de los parámetros de juicio, que puede ceder con el fin de asegurar mayores garantías para las víctimas y la sociedad, siempre que las medidas aplicadas se ciñan a los preceptos constitucionales.

desde la seguridad del resarcimiento del daño y la obtención de satisfacción. En ese orden de ideas, una falta de seguridad jurídica respecto al resultado del proceso dificulta la negociación, principalmente cuando la misma gira en torno la incertidumbre de la condena y la reparación, y no en cuanto a la naturaleza de la pena, si esta se ajusta con parámetros que garanticen los derechos de las víctimas a través de la decisión de un juez altamente independiente⁴⁰⁹.

Como punto final, se requiere adoptar para el sistema judicial un modelo igualmente transformador respecto a la manera de disponer las fuentes del derecho, la jurisprudencia, la doctrina y las leyes, pero sobre todo también la Constitución y su base en un modelo de Estado *social*, y ya no *liberal*, de derecho, para involucrarse con mayor profundidad en los cambios que se posibilitan desde este enfoque y permitir desde allí la creación de lineamientos novedosos, que se orienten a sentar precedentes educativos y de política criminal efectiva en el país.

Del mismo modo, se debe plantear una organización de la administración de justicia desde la teoría moderna de las relaciones humanas⁴¹⁰, para cumplir de este modo con la premisa de ubicar al individuo como centro de su actuar, lo cual implica facilitar la integración social como elemento necesario que incentive la eficiencia. Esto se fundamenta en el fomento de un comportamiento homogéneo de la colectividad, que propenda, como ya se ha establecido, por el respeto a la dignidad humana, la prevalencia del interés general a partir de la resolución de cada caso concreto, el conocimiento y la adecuada valoración de la realidad social de los sujetos sobre los que inciden las decisiones tomadas por parte del juez y la comprensión de la interacción social dentro del proceso, de forma que se logren de manera eficaz todas las finalidades últimas planteadas para la administración de justicia⁴¹¹.

⁴⁰⁹ En este sentido resulta siempre preferible un juez con alta discrecionalidad e independencia, en tanto sus fallos no tienen por qué sujetarse a las expectativas de las partes:

En virtud de que el fallo de un caso dictado por un juez independiente no afecta a su riqueza ni a su poder, a los jueces no les cuesta más hacer lo que consideren correcto que hacer lo que consideren incorrecto. En consecuencia, los jueces pueden guiarse por su conciencia acerca de lo que es bueno y correcto [en el caso concreto]. (Cooter & Ulen, 2016, p. 517)

⁴¹⁰ La teoría moderna de las relaciones humanas, también conocida como escuela humanista de la administración, es un movimiento en materia de administración surgida de los postulados del sociólogo Elton Mayo, como reacción contra la teoría clásica organicista de la administración. Tal como señala Reyes Ponce (1995), dicha teoría parte de la relevancia de los recursos humanos para la organización, y del reconocimiento de que la satisfacción de las necesidades psicológicas y sociales del trabajador juegan un papel trascendente en la productividad y eficiencia de cualquier empresa.

⁴¹¹ Esta propuesta esbozada surge como una adaptación al ámbito judicial de las principales conclusiones de la teoría moderna de las relaciones humanas, las cuales, según Kotler y Armstrong (2010), son: a) el nivel de producción depende de la integración social; b) el comportamiento del individuo se amolda de acuerdo a

Lo anteriormente dicho apunta a que se comprenda que la lucha por conseguir una verdadera justicia acarrea que todos los sujetos dentro del proceso, desde el ente acusador y la defensa hasta el procesado y la víctima, cumplan en el Sistema Penal Acusatorio con los compromisos que les son propios de su rol específico dentro del marco del Estado social de derecho colombiano, en razón del artículo 1 de la Constitución Política y en general con base en el bloque de constitucionalidad, especialmente en lo que respecta a la protección de garantías y derechos fundamentales dentro del ámbito de la administración de justicia penal. Esto debe hacerse teniendo en cuenta por sobre todo la posición de garante que debe asumir esta última respecto a los nombrados derechos y garantías, tal como se desprende de la jurisprudencia de las Altas Cortes⁴¹², además de que, al tener al juez penal como director de este escenario, debería ser este quien guíe el movimiento. Es esta pues una transformación radical, que va de lo rígido a lo fluido, de lo oculto a lo público, de lo racional a la integralidad del ser, y que, sobre todo, busca conseguir resultados que impulsen la política criminal del país, reduzcan el crimen y permitan la construcción de una mejor sociedad.

Para sintetizar, como ya se mencionó, la construcción de política criminal debe enfocarse básicamente en el juez penal, cuyo poder de justicia se justifica en su mismo discurso asentado en las bases del sistema social. En este ejercicio, la labor de argumentación jurídica requiere de un profundo conocimiento del derecho, particularmente de su proyección social, a lo cual se suman determinadas características específicas, que le permitan al juez tener la disposición a comprender el dolor, la esperanza y las emociones que también hacen parte de los casos que trata, en el esfuerzo por aportar soluciones que contribuyan socialmente de manera positiva. Para el logro de este objetivo se requiere de un acompañamiento por parte del Ministerio de Justicia y del Consejo Superior de Política Criminal a través de un programa de formación, seguimiento y control especial y permanente, con bases científicas y ciertas, que incorpore aspectos de autoconocimiento, autocontrol y manejo de consideraciones internas para la toma de decisiones, en el entendido de

como se comporte el grupo de individuos; c) las personas son evaluadas por el grupo, en relación con las normas y patrones de comportamiento que el mismo grupo define como aceptables; y d) la comprensión de la interacción social permite al administrador obtener mejores resultados de sus subordinados.

⁴¹² Las Altas Cortes ya se han referido en diversas sentencias al rol de las partes y su importancia dentro del proceso penal, en especial de las víctimas. Destacamos aquí, de la Corte Constitucional: C-839 de 2013, C-473 de 2016, C-031 de 2018; y de la Corte Suprema de Justicia: Radicado 32889 de febrero 24 de 2010 (CSJ, 2010a) y Radicado 36728 de octubre 5 de 2011 (CSJ, 2011b).

que tales características pueden terminar influyendo positiva o negativamente en decisiones del juez que tienen en últimas el potencial de afectar a toda la sociedad en general.

Conclusiones

Como síntesis de todo lo expuesto hasta este punto, la propuesta central de esta tesis se refiere a la posibilidad de formas alternativas en el actuar del juez penal (principalmente, aunque esto no excluye, como ya se ha recalcado previamente, a otros funcionarios judiciales), orientadas a realizar contribuciones en la política criminal del país, mediante decisiones que propendan sobre todo por garantizar la efectivización positiva de los principios y derechos fundamentales contemplados en nuestra Carta Política como norma suprema.

Esto significa para el juez penal, primeramente, un profundo conocimiento y una actualizada comprensión del modelo de Estado social que rige su accionar, el cual tiene como orientación fundamental la búsqueda y promoción del bienestar y la prosperidad social de todos los individuos incluidos bajo su jurisdicción y de la comunidad en general. Es decir, se trata de no limitarse únicamente al cumplimiento de su función de sancionar punitivamente a quienes, por diversas y múltiples causales y motivaciones, se han visto compelidos a infringir la ley, sino de ampliar el espectro de sus atribuciones jurídicas para integrar adecuada y plenamente la dimensión social que quedó establecida en la actual Constitución, y a partir de ahí considerar todo el entramado legislativo que constituye el edificio del derecho.

Un segundo elemento tiene que ver con la importancia de que el juez penal, actuando en el marco de los principios fundamentales del Estado social de derecho, se permita efectivizar con mayor prevalencia los derechos de los imputados y de las partes intervinientes en el proceso en el cual él actúa como garante, vigilando que el mismo se cumpla debidamente, lo cual le implica también tomar decisiones alternativas previsoras que permitan dicha efectivización.

El tercer aspecto se refiere al conocimiento necesario de la realidad profunda de la política criminal colombiana, para que de este modo el juez penal se comprometa con la intervención activa en el problema, dado que, como se ilustró en el capítulo 3, no han sido suficientes hasta ahora los esfuerzos realizados para tratar la crisis, a pesar de todos los sacrificios que esto ha implicado. Pese a la buena gestión general que puede atribuírsele a la justicia colombiana, algo que no puede

desconocerse, más allá incluso de la distorsionada percepción general que existe sobre el tema, es la insuficiencia de las políticas seguidas hasta ahora, así como la necesidad de incorporar una perspectiva más abierta respecto a las necesidades actuales y a los cambios requeridos para dar respuestas adecuadas y efectivas a dichas necesidades.

Esto conecta finalmente con la propuesta de inclusión de la figura del juez penal dentro de la formulación de la política criminal, en la medida en que es él mismo quien conoce más a fondo sus lineamientos y quien tiene la posibilidad de actualizarlos constantemente en el accionar de su labor cotidiana, pese a lo cual sus decisiones no han sido hasta ahora realmente tenidas en cuenta por parte de los organismos encargados en la formulación de dichos lineamientos, particularmente el Consejo Superior de Política Criminal. Si bien sí pueden encontrarse algunos jueces penales, pocos, ciertamente, que participan de forma activa de dichos procesos, lo cierto es que esta labor no se hace como parte de una política organizada y clara, ni se respetan por lo general los criterios de meritocracia en las convocatorias e invitaciones.

En este escenario los lineamientos de la política criminal vendrían a futuro a constituirse como fuente de derecho, en la medida que serían construidos de manera activa y dinámica con aportes de los jueces penales que diariamente observan las necesidades de la sociedad en materia penal, por lo cual en materia de seguridad jurídica se estaría cumpliendo con sus dos aspectos principales: el formal, en la medida en que el lineamiento siempre sería ajustado a la norma, y el subjetivo, porque siempre serían analizados los contextos en los que se pueden aplicar los parámetros seleccionados. Valga señalar aquí que ambos criterios resultan aplicables con un amplio margen de discrecionalidad por parte de cada juez penal.

Los cuatro elementos descritos surgen cada uno de los análisis realizados en los respectivos capítulos, para desembocar finalmente en el llamado a tener en cuenta la profunda experiencia y amplia visión de este tipo de juez, comprometido con la efectivización positiva de los principios constitucionales y los derechos fundamentales, a la hora de formular y actualizar los lineamientos de política criminal colombiana, de modo que quienes intervengan en dicho proceso sean los que más familiarizados estén con la realidad judicial del país, desde una base experiencial cercana y propositiva, no simplemente desde el conocimiento preciso de la letra de la ley. Resulta particularmente importante aquí tener en cuenta de manera prioritaria los pronunciamientos en materia de medidas alternativas, diferentes a las sancionatorias, emitidas por este grupo de jueces, para poder avanzar a partir de allí en estudios profesionales orientados a establecer elementos de

una política criminal coherente y más efectiva en lo que respecta al combate contra los factores que dan origen a las alarmantes cifras de criminalidad en el país.

Dichos estudios deben incluir tanto los aspectos cualitativos del quehacer de los jueces como los datos cuantitativos que aportan los organismos de control y seguimiento, entre ellos el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Rama Judicial, el Congreso de la República y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec); dado que casi toda esta información al parecer está siendo hasta ahora pasada por alto en las más altas instancias en los organismos con capacidad decisoria a nivel regulador.

La idea es que, una vez creado, mediante los mecanismos más idóneos de convocatoria y evaluación de méritos, este grupo de jueces penales, deben integrarse en un proceso permanente de formación que les permita actuar a su vez como replicadores de dichas políticas a sus pares a nivel nacional, empezando primero con un programa piloto a nivel de ciudad capital, para socializar entre todo el cuerpo judicial el compromiso imperativo de ajustarse a los actuales parámetros de acción definidos en el modelo de Estado social de derecho, expresado a través de decisiones cuya previsión última sea la garantía en la efectivización positiva de los derechos y garantías fundamentales, tanto como la necesidad de actualizar constantemente el conocimiento que se tiene sobre política criminal y de sus mecanismos alternos de decisión.

Resulta aquí fundamental que se contemple la continuidad de dicha instancia asesora, compuesta por jueces en el seno de los organismos encargados de la política criminal, participando activamente en su construcción, dado que, como ya se afirmó previamente, son ellos quienes están en contacto más directo con la realidad judicial en Colombia y por ello pueden contribuir con más autoridad al desarrollo de esta con medidas creativas e innovadoras, así como eficaces en términos de lineamientos formulados por el Consejo Superior de Política Criminal. De ahí que la transparencia en los procesos de convocatoria de dichos jueces sea un aspecto cuya importancia no se pueda disminuir.

Paralelo a este grupo se podrá contar con otro equipo de profesionales expertos de distintas ramas del saber (sociología, antropología, sicología, filosofía, administración, entre otras), encargados de la revisión de estas decisiones de acuerdo a cada línea de acción, de forma que los lineamientos que de aquí surjan tengan una fundamentación mucho más amplia que contemple la convergencia de las distintas perspectivas del conocimiento sobre las realidades nacionales más relevantes.

El alcance de un juez penal más sensible y adaptado a la realidad, más vinculado con las necesidades sociales que diariamente se presentan ante su estrado en procura de solución, requiere del desarrollo de una serie de etapas abordadas en profundidad a partir de una organización seria y deliberada: una primera etapa de toma de conciencia respecto a la dimensión actual de la problemática y de la necesidad urgente de tomar decisiones y acciones frente a ello —este es el primer aporte que se pretende con esta investigación académica—, luego de lo cual vendría una segunda fase de definición del proyecto a ejecutar, que involucra al Ministerio de Justicia y los órganos del Consejo Superior de Política Criminal, para desarrollar finalmente una etapa de ejecución, iniciando posiblemente con un piloto que involucre a un sector de los jueces penales de Bogotá, en donde se implementen las actividades de formación, seguimiento y control especial y permanente de las que ya se ha hecho mención, con la previsión de que las mismas sean socializadas y replicadas posteriormente por dicho grupo de jueces con sus respectivos pares en el resto del país.

6. Conclusiones generales

A manera de recapitulación final, se procede en esta última sección a presentar las conclusiones de toda la tesis, discriminadas según los temas tratados y analizados en cada capítulo. Así, para lograr una precisión respecto a la función desempeñada por el juez penal en el modelo procesal acusatorio dentro de un Estado social de derecho, tema del primer capítulo, se partió por reconocer que dicha concepción de Estado consagrado en la Constitución Política de 1991 constituye el marco legal y político idóneo para el desarrollo de una estructura procesal plenamente garantista, materializada en el actual Sistema Penal Acusatorio colombiano. Dicho sistema fue planteado para incorporar desde un principio el concepto *social* implicado en las inherentes diferencias individuales, promoviendo de este modo en la práctica una igualdad legal real, con lo cual se abre la posibilidad de revalorar el papel del juez penal en Colombia, en la medida en que es sobre él quien reposa la responsabilidad de realizar mayores aportes propios dentro de la política criminal.

Toda esta discusión se entiende a la luz de la plena sujeción del sistema procesal penal y la política criminal en su conjunto a la actual Constitución, al tenor del artículo 4 superior, lo cual significa la rigurosa observación del principio de *dignidad humana*, articulador de todo el Sistema Penal Acusatorio. Esto implica la existencia de un giro interpretativo que combine proposición y aplicación de medidas alternativas, sin que implique de ningún modo la usurpación de las funciones del Legislativo, puesto que tal proceso queda abierto a la ponderación de derechos y a la consecuente imposición de medidas que optimicen las prerrogativas fundamentales de los individuos.

En el segundo capítulo se analizó el deber que tiene el juez penal para contribuir constitucionalmente con la optimización de derechos fundamentales en el Sistema Penal Acusatorio, desde su esencial función garantista, que concibe el papel del juez a lo largo del proceso orientándolo siempre hacia el logro de unos objetivos últimos como son el bienestar común y la reducción de infracciones a la ley, armonizando entre autoridad y libertad, entre la

defensa de la sociedad y las garantías individuales. De este modo, las garantías vienen a constituir un núcleo de *derecho penal mínimo* como límite al poder punitivo institucional, establecido en últimas por los derechos fundamentales y los principios constitucionales, y el juez penal en su labor trasciende el mero cumplimiento literal de las figuras procesales para convertirse en el principal garante del respeto de tales derechos y principios.

Para la realización de esta función se hace necesario que los jueces penales desarrollen una mayor argumentación constitucional, sobre todo en relación a determinados postulados del Estado social de derecho quizá no debidamente considerados hasta el momento, como pudieran ser el fin resocializador de la pena o la concomitante condición del sistema penitenciario y carcelario, afectado de hacinamiento y de precaria infraestructura física y personal humano. En este ejercicio, la aplicación hermenéutica del principio de proporcionalidad permite la formulación de decisiones jurídicas más idóneas y ajustadas a la constitucionalidad del Estado, buscando que el impacto de dichas intervenciones penales resulte efectivo en su aporte a la sociedad en general. Con todo, esta consideración ponderada no significa de ninguna manera la anulación de unos derechos sobre otros, sino que su sentido permite decidir en cada caso concreto la forma en que *cede* cada uno.

El desarrollo del tercer capítulo permitió establecer la necesidad de dar un enfoque óptimo a la relación entre la política criminal del sistema procesal, el modelo del Estado social de derecho y el Sistema Penal Acusatorio, en la medida en que la implementación de este último tuvo como objetivo la delimitación de una política criminal de carácter más preventivo que punitivo, con una mayor implicación respecto a los beneficios que todo proceso penal pueda significar para la comunidad y considerando tanto la reducción de los delitos como la resocialización de quienes son sometidos a penas privativas de la libertad, por lo que la prioridad real del juez penal viene a ser la de responder pronta y eficazmente a las necesidades particulares de cada caso.

En este marco, los jueces penales tienen la posibilidad de contribuir a la elaboración de líneas de acción más efectivas a través de medidas cualitativas orientadas al cumplimiento de metas estratégicas, como forma de lograr una política más coherente con el marco constitucional y la realidad de la sociedad colombiana, todo lo cual implica cambios en la perspectiva del proceso penal, en la medida en que, como se vio por ejemplo, los proyectos de ley presentados con ánimo punitivo en el Congreso están a la orden del día y las cifras de hacinamiento carcelario mantienen una clara tendencia al aumento, mientras la capacidad de los establecimientos penitenciarios permanece casi sin cambios. Para conseguir esto, los acuerdos y negociaciones con la Fiscalía —

incluyendo también los principios de oportunidad, los cuales tienen mayor potencial de contribuir a la reducción en los índices de hacinamiento carcelario— se convierten en figuras importantes que contribuyen a garantizar los derechos fundamentales de todas las partes implicadas en el proceso, víctimas e imputados sobre todo, más allá de la simple sentencia. Se requiere además fortalecer la correlación entre administración de justicia y política criminal como forma de lograr una justicia ágil y eficaz para los ciudadanos, a la luz de dos directrices fundamentales: la del derecho penal como *ultima ratio*, dada la existencia de sanciones alternativas, medidas administrativas de control y políticas públicas alternas; y la consideración de nuestros propios elementos diferenciales regionales, de manera que se puedan implementar acciones positivas para superar las inequidades existentes.

Una última conclusión de este capítulo se refirió al hecho de que la política criminal debe sustentar también reflexiones en torno a temas de justicia, límites del derecho, castigo y derechos humanos, sobre todo respecto al trato con quien infringe la ley y a la percepción ética de los niveles de participación, como forma de dotar al juez penal de una visión más amplia y de mejores herramientas para abordar su trabajo, para lo cual se requiere de las distintas instituciones jurídicas y penales del Estado y de la conformación de equipos interdisciplinarios de estudio y evaluación constante, en un esfuerzo constante que contribuya a la implementación de una política criminal efectiva y articulada.

En el cuarto capítulo se identificaron los vínculos existentes entre las decisiones del juez con la política criminal en el marco de un Estado social de derecho, partiendo de la delimitación del carácter más preventivo de la misma, lo cual significa que, en el entorno del proceso investigativo, se abre para el juez penal la posibilidad de identificar medidas que apunten a lograr una mayor armonización y comunicación entre las partes, sobre todo en decisiones que conlleven incidencia o afectación sobre los derechos fundamentales de las personas. Esto requiere de un profundo análisis de contexto, es decir, del conocimiento pleno de los elementos fácticos que priorizan la investigación, a través de un amplio trabajo multidisciplinario orientado a facilitar la efectiva aplicación de herramientas alternas en el ejercicio penal.

Sin embargo, lo que se comprueba hasta ahora en la política criminal del país es que, pese a la existencia de pautas judiciales para la optimización de derechos fundamentales, tales como las estrategias investigativas de análisis y contexto o los preacuerdos y principios de oportunidad, su simple ejecución no resulta suficiente si no se logra una disminución de los crecientes índices

nacionales de criminalidad y violencia, para lo cual resulta importante una adecuada socialización de los lineamientos de política criminal en los despachos judiciales, así como una valoración constante del conocimiento que tengan los jueces penales sobre política criminal y de la participación de los mismos, desde la experiencia de los casos que tratan, en la construcción de dicha política. Esto no es una tarea fácil, puesto que ni los planteamientos formales derivados de la Constitución, ni las decisiones más relevantes de los jueces en materia de optimización de derechos fundamentales, ni tan siquiera los mismos jueces están siendo considerados al momento de establecer lineamientos de política criminal verdaderamente efectivos y consistentes, además de que no existe un adecuado protocolo de comunicación entre las entidades estatales que tratan sobre temas penales y el Consejo Superior de Política Criminal, signo de la poca articulación existente entre la función judicial penal y dicha política en el país.

En favor de lo anterior está el hecho de que existen jueces penales que reconocen el vínculo de su función judicial en el desarrollo de la política criminal, generando de este modo contribuciones valiosas y de hondo calado en la misma, y estableciendo avances en la interpretación constitucional de la ley penal para la optimización de derechos fundamentales; pese a que la opinión mayoritaria se orienta principalmente a un análisis sobre todo formal en cada caso, estos jueces consideran que se debe ir más allá de ello, trascendiendo la mera sentencia.

Por último, el capítulo quinto buscó precisar de qué manera las decisiones judiciales penales crean pautas de optimización de los derechos fundamentales que deben ser incorporadas en la construcción de una política criminal coherente, para lo cual se consideraron formas alternativas en el actuar del juez penal (y de otros funcionarios judiciales), que aporten efectivamente en la política criminal del país, propendiendo por el desarrollo de una nueva visión transformadora para el juez penal en materia de justicia, que permita sobre todo por la positiva efectivización de los principios y derechos fundamentales constitucionales. Esto implica para aquel un profundo conocimiento y una actualizada comprensión del modelo de Estado social de derecho, en la búsqueda y promoción del bienestar y la prosperidad de la comunidad en general, además de que, en el marco de los principios fundamentales del dicho modelo estatal, debe permitirse efectivizar con prevalencia los derechos de los imputados y de las partes en el proceso en el cual él actúa como garante, vigilando que se cumpla debidamente, lo cual le implica también tomar decisiones alternativas previsoras que permitan dicha efectivización, incorporando perspectivas abiertas a las necesidades más urgentes y a los cambios necesarios para dar respuesta adecuada y efectiva a dichas necesidades.

Todo esto conecta finalmente con la inclusión del juez penal dentro de la formulación de la política criminal, pues es él quien conoce más a fondo sus lineamientos y quien tiene la posibilidad de actualizarlos constantemente en el accionar de su labor cotidiana, desde una base experiencial cercana y propositiva, no solamente desde el conocimiento preciso de la letra de la ley, pese a lo cual sus decisiones no han sido hasta ahora consideradas articuladamente por parte de los organismos más perentorios, particularmente el Consejo Superior de Política Criminal.

La manera en que las decisiones judiciales penales constituyen un punto de partida en la creación de pautas de optimización de los derechos fundamentales, para ser incorporadas a partir de allí en la construcción de una política criminal coherente, consiste en iniciar un proceso de toma de consciencia sobre el alcance de un juez más sensible y adaptado a la realidad, en sintonía con las necesidades sociales más urgentes, lo cual se plantea a través de un desarrollo en etapas, serio y deliberado, del cual este trabajo investigativo viene a ser la primera fase. De aquí en adelante vienen las otras etapas con un trabajo formativo fundamental, involucrando al Ministerio de Justicia y al Consejo Superior de Política Criminal con sus organismos de decisión, empezando luego su ejecución con un piloto en la ciudad de Bogotá. Esto, que se espera sea un proceso permanente de formación, debe permitir socializar entre todo el cuerpo judicial un compromiso de ajuste a los parámetros de acción constitucionales del Estado social de derecho, expresado a través de decisiones cuya previsión última sea la garantía en la efectivización positiva de derechos fundamentales, así como en la necesidad de actualizar constantemente el conocimiento sobre política criminal y sus mecanismos alternos de decisión.

A partir de allí, los pronunciamientos que resulten relevantes para la formulación de lineamientos dentro de la política criminal —en especial aquellos donde se aplicaron medidas alternativas diferentes a las sanciones establecidas por la ley— permitirán avanzar en estudios de carácter profesional, para establecer elementos de una política criminal coherente y más efectiva en lo que respecta al combate contra las causas del delito en el país, pudiéndose para ello incorporar un equipo asesor de profesionales expertos de distintas ramas del saber (sociología, sicología, ciencia política, estadística, administración, entre otras ya nombradas previamente), quienes podrían ser encargados de un control y seguimiento permanente, así como de hacer una revisión de estas decisiones de acuerdo a cada línea de acción, de forma que los lineamientos que se establezcan tengan una fundamentación mucho más amplia y convergente de las distintas perspectivas del conocimiento sobre las realidades nacionales más relevantes. Esta propuesta de formación centrada

en los jueces penales se sugiere que sea realizada por un grupo seleccionado de juristas expertos, académicos especializados y destacados investigadores en la materia, apoyados desde el Estado por el Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de Política Criminal, mediante programas de sensibilización y socialización especiales y continuos que incorporen fundamentalmente líneas de profundización en la constitucionalidad del Estado social de derecho, giros interpretativos en el marco de lo legal y manejo de inteligencia emocional.

A manera de colofón para toda esta tesis, se explica la necesidad de incluir las contribuciones de los jueces penales a través de sus decisiones en la construcción de lineamientos de una política criminal coherente, para efectivizar plenamente así el Estado social de derecho colombiano, garantizando además la delimitación de pautas que orienten la optimización de derechos fundamentales, optativamente instrumentalizadas de manera principal en la formulación de dichas decisiones.

Lista de Anexos

Dado su considerable volumen, presentamos aquí una lista exhaustiva de los diferentes anexos, discriminados entre los derechos de petición enviados a diversas instituciones relacionadas, directa o indirectamente, con la actividad judicial y la política criminal en Colombia, además de sus respectivas respuestas, y datos relativos a la encuesta llevada a cabo con los jueces penales de Bogotá que fundamenta el análisis del capítulo 4. La totalidad de los documentos se presenta en una carpeta adjunta:

1. Derechos de petición

1.1. Congreso de la República

1.1.1. Derecho de petición presentado ante el Congreso de la República (20 de febrero de 2020) Rad. No. 03407.

1.1.2. Traslado del derecho de petición presentado ante el Congreso de la República (25 de febrero de 2020) Rad. No. 00327.

1.1.3. Respuesta del Congreso de la República. Sección leyes (06 de mayo de 2020)

1.2. Complejo Judicial de Paloquemao

1.2.1. Derecho de petición presentado ante el Complejo Judicial de Paloquemao (19 de febrero de 2020) Rad. No. 04866.

1.2.2. Traslado del derecho de petición al Consejo Seccional de la Judicatura (06 y 17 de marzo de 2020)

1.2.3. Reiteración del derecho de petición presentado ante el Complejo Judicial de Paloquemao (abril de 2020)

1.3. *Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá*

1.3.1. Derecho de petición presentado ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá (20 de febrero de 2020)

1.3.2. Traslado del derecho de petición a la oficina de apoyo judicial de Paloquemao por parte del Consejo Superior de la Judicatura (11 de marzo de 2020)

1.3.3. Respuesta de la UDAE al derecho de petición presentado al Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá (19 de marzo de 2020)

1.3.4. Derecho de petición presentado ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá (abril de 2020)

1.4. *Consejo Superior de Política Criminal*

1.4.1. Derecho de petición presentado ante el Consejo Superior de Política Criminal (15 de septiembre de 2020)

1.4.2. Aclaración del derecho de petición presentado ante el Consejo Superior de Política Criminal (15 de septiembre de 2020)

1.4.3. Respuesta del Consejo Superior de Política Criminal (19 de noviembre de 2019)

1.4.4. Respuesta del Consejo Superior de Política Criminal (6 de octubre de 2020)

1.5. *Corporación Excelencia en la Justicia*

1.5.1. Derecho de petición presentado ante la Corporación Excelencia en la Justicia (20 de febrero de 2020)

1.5.2. Respuesta de la Corporación Excelencia en la Justicia (26 de febrero de 2020)

1.5.3. Principales indicadores del sistema penal y penitenciario en Colombia CEJ (2018)

1.5.4. Informe de estadísticas del Sistema Penal Oral Acusatorio CEJ (2019)

1.6. *Corte Suprema de Justicia*

1.6.1. Derecho de petición presentado ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (abril de 2020)

1.6.2. Respuesta de la Corte Suprema de Justicia (11 de mayo de 2020)

1.7. *Defensoría del Pueblo*

1.7.1. Derecho de petición presentado ante la Defensoría del Pueblo (20 de febrero de 2020)

1.7.2. Respuesta de la Defensoría del Pueblo (11 de marzo de 2020)

1.7.3. Tabla de excel anexada por la Defensoría

1.8. *Fiscalía General de la Nación*

1.8.1. Derecho de petición presentado ante la Fiscalía General de la Nación (19 de febrero de 2020)

1.8.2. Derecho de petición presentado ante la Fiscalía General de la Nación (abril de 2020)

1.8.3. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación (04 de abril de 2020)

1.8.4. Respuesta de la Fiscalía General al derecho de petición trasladado por la Procuraduría General de la Nación (21 de abril de 2020)

1.8.5. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación (12 de junio de 2020)

1.8.6. Derecho de petición presentado ante la Fiscalía General de la Nación (11 de agosto de 2020)

1.8.7. Respuesta de la Fiscalía General de la Nación (21 de agosto de 2020)

1.9. *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*

1.9.1. Derecho de petición presentado ante el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (19 de febrero de 2020)

1.9.2. Respuesta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (24 de marzo de 2020)

1.9.3. Tablas de excel anexadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

1.10. *Procuraduría General de la Nación*

1.10.1. Derecho de petición presentado ante la Procuraduría General de la Nación (19 de febrero de 2020)

1.10.2. Reiteración del derecho de petición presentado ante la Procuraduría General de la Nación (abril de 2020)

2. Encuesta

2.1. Listado de los 174 jueces del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá

2.2. Muestra de los 49 jueces seleccionados

2.3. Preguntas de la encuesta realizada a los jueces

Bibliografía

- Acosta, L. A. y Medina, R. H. (2014). La víctima y su resarcimiento en el sistema penal colombiano: Una mirada al incidente de reparación integral y a la demanda de parte civil. *Revista Jurídica Piélagus*, 13(1), 27-36. <https://doi.org/10.25054/16576799.662>
- Acuña, J. F. (2005). *Derecho penal y guerra. Política criminal para la construcción de un sistema penal constitucional fundamentado en los derechos humanos*. UNIJUS.
- Agudo, M. (2006). *Estado social y felicidad*. El Laberinto.
- Agudo, M. (2013). *La protección multinivel del Estado Social*. Tirant lo Blanch.
- Agudo, M., Rascón, J. y Salazar, O. (2003). *Lecciones de Teoría General y de Derecho Constitucional*. El Laberinto.
- Aguilar, A., Bermúdez, V. y Hernández, Y. (2018). *Derechos fundamentales innominados: evolución, concepto, aplicación. Sociedad y derecho*. Universidad Simón Bolívar.
- Aguiló, J. (1997). Independencia e imparcialidad de los jueces. *Isegoria*, (6), 71-79.
- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Distribuciones Fontamara.
- Alemán, I. y Amorochó, F. (2011). Elementos de un nuevo paradigma constitucional para la sociedad colombiana. *Justicia Juris*, 7(2), 67-76.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa.
- Alexy, R. (2001). *La pretensión de corrección del derecho: La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Universidad Externado de Colombia.

- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11), 3-14.
- Alexy, R. (2010). *Derecho y razón práctica*. Fontamara.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Allison, J. W. F. (2007). *The English historical Constitution*. Cambridge University Press.
- Ámbito Jurídico. (2011). *El eterno estado de cosas inconstitucional de las cárceles colombianas*. Legis. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/penal/el-eterno-estado-de-cosas-inconstitucional-de-las-carceles-colombianas>
- Anderson, P. (2001). *El Estado absolutista*. Siglo XXI Editores.
- Aponte, A. (1993). La tutela contra sentencias: El juez como garante de los derechos humanos fundamentales. *Derecho Público*, (31), 97-112.
- Aponte, A. (2015). *El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano*. Universidad de Los Andes.
- Aquino, T. (1995). *La monarquía*. Tecnos.
- Aramburo, M. (2018). La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo: una teoría desde abajo. *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVIII(1), 12-55.
- Arango, R. (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Legis.
- Arango, M. (2010). A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. *Nuevo Foro Penal*, 6(75), 231-242.
- Arango Giraldo, A. F. (2014). *Control constitucional a la imputación de cargos. Una cuestión de dogmática procesal penal*. Unaula.

- Arendt, H. (1981). *Los orígenes del totalitarismo*. Alianza.
- Ariza Santamaría, R. (2008). Justicias, pluralismo y derecho socialmente existente. *Revista IUSTA*, 1(28), 15-32. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2008.0028.01>
- Ariza, L. J. e Iturralde, M. (2011). *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*. CIJUS-Ediciones Uniandes.
- Ariza, L. J. y Tamayo, F. L. (2020). El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*, (73), 83-95. <https://doi.org/10.7440/res73.2020.07>
- Asensi, J. (2014). Origen e historia del Estado Social. En A. Noguera y A. Guamán (Dir.), *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales* (pp. 25-39). Tirant lo Blanch.
- Atienza, M. (1997). *Derecho y argumentación*. Universidad Externado de Colombia.
- Baccelli, L. (2001). Derechos sin fundamento. En L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 197-215). Trotta.
- Ballén, R. (2010). La pedagogía en los diálogos de Platón. *Revista Diálogos de Saberes* (julio-diciembre), 35-45.
- Baquerizo, J. (2010). Una mirada crítica sobre la ponderación de principios en la experiencia ecuatoriana. *Revista Jurídica de Derecho Público*. <https://www.revistajuridicaonline.com/2010/10/una-mirada-crtica-sobre-la-ponderacin-de-principios-en-la-experiencia-ecuatorial/>
- Baratta, A. (2004). Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. En C. A. Elbert (Dir.), *Criminología y sistema penal* (pp. 152-167). B. de F. Ltda.
- Barbero, M. (2002). La crisis de las profesiones en la sociedad del conocimiento. *Nómadas*, (16), 177-182.
- Barbosa, G. (2005). Principio de legalidad y proceso penal. En VV.AA., *Jornadas Internacionales de Derecho Penal* (pp. 109-123). Universidad Externado de Colombia.

- Barrera, L. (2009). *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Acusatorio*. Ministerio del Interior y de Justicia.
- Barrett, L. F. (2018). *La vida secreta del cerebro*. Planeta.
- Barreto, H. (2011). Concepción de Estado y su influencia en la teoría del delito. En VV.AA., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (pp. 45-74). Universidad Externado de Colombia.
- Barrios, L. (2018). Teorías criminológicas sobre la delincuencia juvenil. *Aequitas*, (11), 27-48.
- Bastida, F. (2005). El fundamento de los derechos fundamentales. *Redur*, (3), 41-56.
<https://doi.org/10.18172/redur.3856>
- Bayona, D., Gómez, A., Mejía, M. y Ospina, V. H. (2017). Diagnóstico del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. *Acta Sociológica*, (72), 71-94.
<https://doi.org/10.1016/j.acso.2016.11.002>
- Bazzani, D. (2006). *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Beaud, O. (2003). Constitution et constitutionnalisme. En P. Raynaud y S. Rials (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique* (pp. 133-142). Presses Universitaires de France.
- Beccaria, C. (1993). *De los delitos y de las penas*. Heliasta S. R. L.
- Bedoya, L. (2008). *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Comlibros.
- Benavides, F. S. (2016). Política criminal y seguridad. En C. Niño Guarnizo (Coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas* (pp. 123-150). Fescol.
- Benavides, F., Binder, A. y Villadiego, C. (2016). *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*. Friedrich Ebert Stiftung.
- Benda, E., Maihofer, W., Vogel, H., Hesse, K. y Heyde, W. (2001). *Manual de derecho constitucional*. Marcial Pons.

- Bernal, C. (2013). En búsqueda de la estructura ontológica del derecho. *Revista Derecho del Estado*, (30), 31-54.
- Bernal Cuéllar, J. y Montealegre Lynett, E. (2013). *El proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general* (Tomo I, 6ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*, (26), 225-238.
- Bernal Pulido, C. (2012). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernuz, M. J. y Fernández, E. (2019). La pedagogía de la justicia de menores: sobre una justicia adaptada a los menores. *Revista Española de Pedagogía*, 77(273), 229-244. <https://doi.org/10.22550/REP77-2-2019-02>
- Betti, E. (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. EDERSA.
- Binder, A. (1997). *Política criminal, de la formulación a la praxis*. Ad-Hoc.
- Binder, A. (2012). *Análisis político-criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Astrea.
- Bingham, T. (2018). *El Estado de derecho, Rule of law*. Tirant lo Blanch.
- Bobbio, N. (1988). *Teoría general del derecho*. Temis.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistema.
- Bobbio, N. (1996). *Estado, gobierno y sociedad*. FCE.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Botero, D. (2006). *El derecho a la utopía*. Universidad Nacional de Colombia.
- Briceño, G. (2007). La violencia legítima estatal en permanente desafío. *Cuadernos Unimetanos*, (11), 111-121.

- Bujosa, V. (2004). Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español. *Revista internacional derecho penal contemporáneo*, (9), 55-84.
- Cabezas, C. (2016). *La función del juez de control de garantías en el proceso penal con tendencia acusatoria*. Nueva Jurídica.
- Cáceres, V. (2018). *Fundamentación teórica de una política criminal constitucional para los delitos sexuales con menores de 14 años* (Tesis doctoral). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Calamandrei, P. (1986). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Tomo I). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Calbó, E. (2014). En torno a la otredad: paradigmas y comportamientos. *Derecho y realidad*, (24), 291-299.
- Calderón, G. O. (2009). Seguridad jurídica y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (11), 181-199.
- Calsamiglia, A. (1985). Sobre la teoría general de las normas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 2, 87-104.
- Calvete, I. y Garcés, J. (2019). El paradigma del derecho en Colombia : la constitucionalización del derecho penal. *Revista Nuevo Derecho*, (15), 37-55.
- Carbonell, M. (2007). Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales. En M. Carbonell (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (pp. 1-5). Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, M. y Sánchez, R. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho? *Quid Iuris*, (15), 33-55.
- Carcova, C. (1998). *La opacidad del derecho*. Trotta.
- Cardoso, F. (2013). *Agente encubierto como medio extraordinario de investigación*. Ibáñez.
- Carnelutti, F. y Fernández, E. A. (1999). *Derecho procesal penal*. Oxford University

- Cassagne, J. C. (2015). El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. *Revista de investigações constitucionais*, 2(1), 167-224.
- Chaumet, M. y Meroi, A. (2008). ¿Es el derecho un juego de los jueces. *La Ley*, 18(06), 1-7.
- Chinchilla, T. (1997). *Estudios de derecho ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Universidad de Antioquia.
- Cole, G. & Smith, C. (2011). *Criminal justice in America*. Cengage Learning.
- Colmenares, C. (2012). El rol del juez en el estado democrático y social de derecho y justicia. *Academia & Derecho*, (5), 65-81.
- Commanduci, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En P. Comanducci, D. González y M. Á. Ahumada, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 85-122). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Cooter, R. y Ulen T. (2016). *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica.
- Cordero, F. (2000). *Procedimiento penal*. Temis.
- Córdoba, R. A. y Valencia, C. E. (2018). *Nueva tendencia en la investigación penal en Colombia. Estudio de caso*. Universidad Libre.
- Cote, G. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas*, (116), 120-151.
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Trotta.
- Craft, A. (2003). The limits to creativity in education: dilemmas for the educator. *British Journal of Educational Studies*, 51(2), 113-127.
- Cruz, L. F. (2019). Política criminal: una estrategia sin visión de conjunto. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/politica-criminal-una-estrategia-sin-vision-de-conjunto/>

- Cuervo, J. (2007). *Ensayos sobre políticas públicas*. Universidad Externado de Colombia.
- Da Costa, A. C. G. (1998). Pedagogía y Justicia. En E. G. Méndez y M. Beloff (Comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina* (pp. 61-62). Temis.
- Delmás, M. (1992). *Les grands systemes de politique criminelle*. PUF.
- Del Rosario Rodríguez, M. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Dikaion*, 20(1), 97-117.
- Della Porta, D., & Vannucci, A. (2004). The governance mechanisms of corrupt transactions. En J. Lambsdorff, M. Taube y M. Schramm (Eds.), *The new institutional economics* (pp. 152-180). Routledge.
- Díez-Picazo, L. (2008). Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958. *Cuadernos de Derecho Público*, (34-35), 21-33.
- Duquelsky, D. J. (2015). El rol del juez en una sociedad democrática. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 16(2), 121-148. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v16i2.728>
- Durán, V. M. (2001). Estado social de derecho, democracia y participación. En *Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos (7: 2001: Valle de Bravo)* (pp. 22-25). [Memorias de la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos. Valle de Bravo, México].
- Dussel, E. (2009). *Política de la liberación. Vol I : Historia mundial y crítica*. Trotta.
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. Planeta Agostini.
- Dworkin, R. (1997). Como el derecho se parece a la literatura. En C. Rodríguez Garavito (Ed.) *El debate Hart-Dworkin* (pp. 143-180). Universidad de Los Andes-Siglo del Hombre Editores.
- Echandí, M. (2009). El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo a la Teoría de Estado. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (119), 155-184.
- Esquivel, G. (Coord.) (2017). *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (Tomo 2). Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Estrada, A., Osuna N. y Sierra, H. (2004). La Constitución colombiana de 1991. En D. Valadés y M. Carbonell (Coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI* (pp. 261-278). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fariñas, M. J. (1998). *Los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas.
- Favoreu, L. (2001). La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho - Misceláneas en homenaje a Roland Drago*, 12(1), 31-43.
- Fernández, E. (2004). *Los derechos humanos y la historia*. Universidad Carlos III.
- Fernández, W. (2012). Acusación sin controles. *Ámbito Jurídico*.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/acusacion-sin-controles>
- Fernández, W. (2016). El juez de control de garantías. *Ámbito Jurídico*.
<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/penal/el-juez-de-control-de-garantias>
- Ferrajoli, L. (s.f.). ¿Qué es el garantismo? *Revista Universidad de Buenos Aires*, s.d.
https://www.palermo.edu/Archivos_content/2018/derecho/abril/derecho-garantismo/ferrajoli.pdf
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999). Garantías (traducido del italiano por Antonio de Cabo y Gerdo Pisarello). *Parolechiave*, 19(19), 39-46.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). *Derecho y dolor*. Isonomía.
- Ferrajoli, L. (2009). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. CNDH.
- Ferrajoli, L. (2014). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Ferrari, V. (1989). *Funciones del derecho*. Editorial Debate.

- Ferrer, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, (34), 87-107.
- FICPro. (2016). *Aprender a aprender*. Programa ACTP-Teampower-Enfoka
- Figuerola, E. (2009). *Dilemas de los jueces constitucionales: necesarias aclaraciones a los roles de legislador positivo y negativo*. Universidad San Martín de Porres.
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trotta.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Flórez, D. (2015). El juez de control de garantías y su papel a la luz de una política criminal en Colombia. En VV.AA., *Escritos y debates contemporáneos sobre el derecho* (pp. 137-185). Universidad Nacional de Colombia.
- Foucault, M. (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Foucault, M. (2000). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- Galán, J. (2014). Cuando el 'cuarto poder' se constituye en cuarto poder: propuestas. *Palabra Clave*, 17(1), 150-185.
- García, H. (2007). *Sistema Penal Acusatorio y medios de comunicación. La libertad de expresión y el derecho a la información desde la perspectiva de los derechos de las personas en la actuación penal*. ESAP.
- García de Enterría, E. (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas.
- García Pelayo, M. (1951). Robert von Mohl y el nacimiento de las ciencias sociales. *Revista de estudios políticos*, (55), 111-123.
- García Pelayo, M. (1983). La división de poderes y su control jurisdiccional. *Revista de Derecho Político*, (18-19), 7-16.
- García Pelayo, M. (2005). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza.
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho*. Ediciones Uniandes.

- García, M., Jaramillo, J., Rodríguez, A. y Uprimny, R. (2018). *El derecho frente al poder*. Universidad Nacional de Colombia.
- García, M., Uprimny, R. y Rodríguez, C. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Grupo Editorial Norma.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna*. Siglo XXI Editores.
- Goldman, D. H. (2018). Análisis Económico del Derecho Penal y Derecho Penal Liberal: Confluencias y Bifurcaciones. *Derecho Penal y Criminología*, (104), 13-74.
- Gómez Horta, R. (2016). La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano. *Summa Iuris*, 4(1), 154-169.
- Gómez Jaramillo, A. (2008). *Un mundo sin cárceles es posible*. Editorial Coyoacan.
- Gómez Jaramillo, A., Carvajal, J., Romero, A., Pérez, B., Beltrán, D., Romero, C. y Sierra, P. (2008). *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad*. Universidad Católica de Colombia.
- Gómez Quintero, A. (2009). La víctima y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 1089-1122). Universidad Libre de Colombia.
- González, I. (1998). Constitución y Política criminal. En H. Barreto Ardila (Coord.), *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal* (pp. 67-88). Universidad Externado de Colombia.
- González, I. (2012). *Dificultades de la política criminal* [XXXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia].
- Gordon, P. (1993). Robert Owen (1771-1858). *Perspectivas. Revista Trimestral de Educación Comparada*, XXIV(1-2), 279-297.

- Granda, A. (1994). Asamblea Nacional Constituyente y Constitucional Política de 1991. *Pensamiento Humanista*, (2), 83-95.
<https://revistas.upb.edu.co/index.php/PensamientoHumanista/article/view/433>
- Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trotta.
- Guarín, A. (2017). *Teórica visión constitucional del derecho procesal y de reforma procedimental: críticas a la Ley 1395 de 2010 y al proyecto reformativo de la Constitución Política en asuntos relacionados con la justicia*. Universidad del Rosario.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Trotta.
- Guerrero, Ó. (2006). El juez de control de garantías. En VV.AA., *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal* (pp. 163-214). Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Gutiérrez, J. (2016). El precedente judicial como fuente formal y material del procedimiento administrativo colombiano. *Pensamiento Jurídico*, (44), 135-160.
- Habermas, J. (1989). The Public Sphere. En S. Seidman (Ed.), *Jürgen Habermas on Society and Politics. A reader* (pp. 231-236). Beacon Press. [Traducción de Daniel Giménez para uso en la Facultad de Ciencias Sociales e Historia de la Universidad Diego Portales].
<https://generaciondecontenidos.files.wordpress.com/2012/03/habermas-la-esfera-publica.pdf>
- Harbottle, F. (2017). Independencia judicial y juicios penales paralelos. *Academo*, 4(1).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6069620>
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho* (2ª ed.). Abeledo Perrot.
- Hassemer, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy*. Ad hoc.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.
- Heller, H. (1974). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.

- Henshall, N. (1993). *The myth of absolutism: change and continuity in early modern European monarchy*. Longman.
- Hermosa, A. (2014). Crítica y teoría del poder en Aristóteles (Análisis del libro II de la Política). En D. Felice (Ed.), *Studi di Storia della Filosofia* (pp. 39-56). CLUEB.
- Hernández, N. (2018). El fracaso de la resocialización en Colombia. *Revista de Derecho*, (49), 1-41.
- Hernández, I., Alvarado, J. C. y Luna, S. M. (2015). Creatividad e innovación: competencias genéricas o transversales en la formación profesional. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, (44), 135-151.
<http://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/view/620/1155>
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, M. P. (2014). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill.
- Hernando, B. (2002). El mito del cuarto poder en los tiempos de las Torres Gemelas. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 8, 43-62.
- Herrera, J. (2008). Derechos humanos y paz: nuevos fundamentos filosóficos y jurídicos para nuevas prácticas sociales. En C. R. Rueda Castañón y C. Villán Durán (Eds.), *La Declaración de Luarca sobre el derecho humano a la paz* (2ª ed., pp. 273-294). Madú.
- Hierrezuelo, G. (2005). Noticias de libros, HERMANN HELLER: Teoría del Estado. *Revista de Estudios Políticos: Nueva Época*, (128), 371-400.
- Horrach, J. (2009). Sobre el concepto de ciudadanía: historia y modelos. *Revista de filosofía Factótum*, (6), 1-22.
- Horvitz, D. G. & Thompson, D. J. (1952). A generalisation of sampling without replacement from a finite universe. *Journal of the American Statistical Association*, 47(260), 663-685.
- Houtart, F. (2015). *El camino a la utopía desde un mundo de incertidumbre*. Clacso.

- Huertas, O. (2013). Política criminal del Estado colombiano y los derechos de las personas privadas de la libertad: Análisis legislativo y jurisprudencial Corte Constitucional. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 5(1), 51-62. <https://doi.org/10.22335/rlct.v5i1.6>
- Huertas, O. (2019). *Política criminal sistémica. Origen rizomático y contribuciones para su reflexión*. Ibáñez.
- Ibáñez, P. A. (1999). Garantismo y proceso penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (2), 47-61.
- Ignatieff, M. (2003). *Los derechos humanos como política e idolatría*. Paidós.
- Jakobs, G. (2004). *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas.
- Jácome, J. G. (2005). Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional. *Vniversitas*, (110), 129-146.
- Jaramillo, C. y Tamayo, J. (2011). *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Ibáñez.
- Jestaedt, M. (2010). *La ponderación en el derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Jimena, L. (2017). *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho. Construcción del Estado social*. Tirant lo Blanch.
- Jurado, P. (2014). Una tensión entre la universalidad y la particularidad de los derechos humanos. Reconstrucción del fundamento. *Ciencias Sociales y Educación*, (6), 89-109.
- Kant, I. (1985). *La paz perpetua*. Tecnos.
- Kelsen, H. (2018). *Teoría general de las normas*. Marcial Pons.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*. Siglo del Hombre Editores-Ediciones Uniandes-Instituto Pensar.
- Kotler, P. & Armstrong, G. (2010). *Principles of Marketing*. Prentice Hall.

- Kriele, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Ediciones Depalma.
- Langer, M. (2014). La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista de Derecho Público*, (32), 5-34. <http://doi.org/10.15425/redepub.32.2014.18>
- Leal, L. y García, A. (2005). Criminología crítica y garantismo penal. *Capítulo criminológico*, 33(4), 429-444.
- Leiva, E., Jiménez, W. y Meneses, O. (2019). Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo. *Revista Derecho del Estado*, (42), 149-180.
- León Arévalo, J. A. (2016). Libertad personal e igualdad de armas en el proceso penal ‘acusatorio’ colombiano. En F. Velásquez Velásquez y R. Vargas Lozano (Comps.), *Problemas actuales del derecho penal. Volumen I: 2012-2015* (pp. 79-112). Universidad Sergio Arboleda.
- Lijphart, A. (1987). *Las democracias contemporáneas: un estudio comparativo*. Ariel Ciencia Política.
- Lindquist, K. R. (2015). *El sistema mixto como acusatorio: la meta ilusoria*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Lopera, G. (2007). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (pp. 1-48). Universidad Externado de Colombia.
- Lopera, G. y Arias, D. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura.
- López, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho? *Foro*, 23. Ecuador: UASB, 53-67.
- López Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Temis.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.

- López Medina, D. (2006a). *Interpretación constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- López Medina, D. (2010). Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (17), 63-86.
- Lynch, J. (1987). *Hispanoamérica, 1750-1850: ensayos sobre la sociedad y el estado*. Centro Editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Magaldi, N. (2007). *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social. Ernst Forsthoff y la crisis de Weimar*. Universidad Externado de Colombia.
- Magaldi, N. (2020). El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la administración pública. *Teoría y método, revista de derecho público*, 1, 147-174. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_30
- Maldonado, C. (1997). Ética y cultura latinoamericana: la ética de los derechos humanos. En VV.AA., *Pedagogía y derechos humanos: encuentros y desencuentros. Aproximaciones desde la ética y la cultura en América Latina* (pp. 25-44). Red Latinoamericana de Educación para la Paz y los Derechos Humanos.
- Manes, F. y Niro, M. (2016). *Usar el cerebro*. Editorial Planeta.
- Mantilla, F. (2009). Interpretar: ¿Aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33(2), 537-597.
- Maquiavelo, N. (1980). *El Príncipe*. Círculo de Lectores.
- Marquardt, B. (2013). *El Estado judicial de la paz interna en Europa (Siglos XVI-XVIII). Tomo II. Historia mundial del Estado*. Editorial Temis.
- Marquardt, B. (2018). *Teoría Integral del Estado: pasado, presente y futuro en perspectiva mundial, Tomo II*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Martínez, M. (2008). *Nociones básicas sobre derechos humanos*. Ministerio de Educación y Cultura.

- Matteucci, N. (1998). *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trotta.
- Maturana, H. (1988). *Emociones y lenguaje en educación y política*. Colección Ediciones Comunicaciones Noreste Ltd.
- Maturana, H. y Verden, G. (2003). *Amor y juego. Fundamentos olvidados de lo humano. Desde el patriarcado a la democracia*. Ediciones Comunicaciones Noreste Ltda.
- Mejía, Ó. (1997). *Justicia y democracia consensual*. Siglo del Hombre Editores.
- Mejía, Ó. (2005). La filosofía política de John Rawls revisitada. De Teoría de la Justicia a Liberalismo Político. En J. Botero (Ed.), *La filosofía política de John Rawls* (pp. 29-92). Unibiblos.
- Melossi, D. (1989). *Estado y contrato social*. Siglo XXI.
- Melossi, D. (1991). Ideología y derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? *Pena y Estado [función simbólica de la pena]*, (1), 57-66.
- Mir Puig, S. (1994). *Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ariel.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal , parte general*. Reppertor.
- Mockus, A. (1999). *Armonizar ley, moral y cultura. Cultura ciudadana, prioridad de gobierno con resultados en prevención y control de violencia en Bogotá, 1995-1997* [Artículo presentado en la conferencia Programas municipales para la prevención de la violencia, en Brasil, noviembre de 1999]. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=362225>
- Montealegre, E. (2006). *La ponderación en el derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Montero, J. (1997). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch.
- Moreno, V. (s.f.). Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal. *Poder Judicial número especial II* (pp. 131-172). Universidad de Sevilla.

- Nieves, J. G. (2013). El papel creador del juez en el Estado Social de Derecho. *Justicia Juris*, 9(2), 13-19.
- Norza, E., y Tamayo, F. (2018). Midiendo el crimen: cifras de criminalidad y operatividad policial en Colombia, año 2017. *Bogotá: Revista Criminalidad*, 60(3), 49-71.
- Orozco, I. (1997). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Ospina, V. H. (2015). *Análisis de la salida alterna, "aceptación de cargos": cuestionamientos y propuestas desde la defensa pública*. Dirección Nacional de Defensoría Pública.
- Ospina, V. H. (2018). La interrupción como variante del principio de oportunidad en Colombia. *Revista de la Defensa*, (19), 12-19.
- Ospina, V. H. (2018a). *La suspensión del procedimiento a prueba como modalidad del principio de oportunidad en Colombia. Recomendaciones a los defensores para su utilización*. Defensoría del Pueblo.
- Ospina, W. (2013). *Pa que se acabe la vaina*. Planeta.
- Ossorio, Á. (2013). *El alma de la toga*. Editorial Reus S.A.
- Ost, F. (1993). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (14), 169-194. <https://doxa.ua.es/article/view/1993-n14-jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez>
- Parejo, L. (1982). *Estado social y administración pública*. Editorial Civitas S.A.
- Passerin D'entreves, A. (2001). *La noción de Estado, una introducción a la teoría política*. Ariel, Derecho.
- Patermina, J. G. (2012). La formulación de imputación, el silencio de la defensa en el nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio. *Justicia*, (21), 112-125.
- Patiño, M. C. y Ramelli, A. (2016). La motivación de las decisiones judiciales. *Temas procesales*, (30), 165-176.

- Peláez, J. M. (2019). Las diferencias conceptuales y prácticas entre el balanceo de Ronald Dworkin y la ponderación de Robert Alexy. *Ius et Praxis*, 25(3), 167-214. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122019000300167>
- Peláez, J. M. y Mora, H. F. (Coords.). (2020). *Guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios* (2ª ed.). OPDAT-Universidad Libre.
- Peláez, J. M. y Quintero, R. A. (2020). *Esquemas del delito. Requisitos para la existencia de una conducta punible*. Tirant lo Blanch.
- Peñas, A. H., Rodríguez, T. G. y Ramírez, S. P. (2019). *Tendencias en la punibilidad en Colombia: análisis cualitativo y cuantitativo*. Universidad Santo Tomás.
- Pereira, M. (2001). *El concepto de pulsión en la obra de Freud*. Universidad Complutense de Madrid.
- Perello, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la Democracia*, (28), 69-75.
- Pérez Alarcón, C. (2018). *Los preacuerdos en Colombia: ¿justicia negociada o negociación de justicia?* Ibáñez.
- Pérez Luño, A. (2004). *Los derechos fundamentales* (7 ed.) Tecnos.
- Pinilla, E. (2002). ¿Es viable el Estado social de derecho en la sociedad colombiana? *Pensamiento Jurídico*, (15), 237-260.
- Polanco, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 217-240.
- Portillo, J. M. (2010). La constitución en el Atlántico hispánico, 1808-1824. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 6(6), 123-178.
- Posner, R. (2014). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate.

- Prieto, L. (2008). Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, (31), 325-354.
- Puig, M. (2010). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. En VV.AA., *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales* (pp. 67-105). Tirant lo Blanch.
- Rafecas, D. (2004). Una aproximación al concepto de garantismo penal. *Lecciones y ensayos*, (80), 159-176.
- Ramírez, V. (2019). Estado social y democrático de derecho: una realidad política, jurídica, económica y sociológica para la garantía y protección los derechos fundamentales. *Revista Nova et Vetera*, 5(45). <https://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Omnia/Estado-Social-y-Democratico-de-Derecho-Una-realid/>
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.
- Rawls, J. (2000). *La justicia como equidad: una reformulación*. Paidós Ibérica S. A.
- Recasens, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Porrúa.
- Reyes, A. (2005). La implantación del Sistema Penal Acusatorio en Colombia: un estudio multidisciplinario. *Revista de Ingeniería*, (22), 4-13. <https://ojsrevistaing.uniandes.edu.co/ojs/index.php/revista/article/view/366/505>
- Reyes Ponce, A. (1995). *Administración de Empresas*. Limusa.
- Rivera, A. (2011). La constitución mixta, un concepto político premoderno. *Historia y política*, (26), 171-197.
- Rocco, A. (1945). *La sentencia civil*. Stylo.
- Rodríguez, C. (1998). Razonabilidad e igualdad. En VV.AA., *Observatorio de justicia constitucional* (pp. 257-289). Universidad de los Andes.
- Rodríguez, I. e Ibarra, J. (2009). Del Estado de derecho al Estado social de derecho. *Justicia Juris*, 10, 9-13.

- Rodríguez, A. y Uprimny, R. (2008). *Interpretación Judicial*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Romero, J. (2010). Reflexión en torno al tema de derecho y economía. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (122), 131-170.
- Romero, F. (2013). *El cartel de la contratación. La historia no revelada*. Grupo Zeta.
- Rorty, R. (2000). *Verdad y progreso. Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo*. Paidós.
- Roth, A. N. (2006). *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Aurora.
- Rousseau, J. J. (1992). *Del Contrato Social*. Alianza Editorial.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto.
- Sánchez Gil, R. (2007). *El principio de proporcionalidad*. UNAM.
- Santos, B. (1998). *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA.
- Saray, N. y Uribe, S. P. (2017). *Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*. Uniacademia Leyer.
- Särndal, C., Swensson, B. y Wretman, J. (1992). *Model Assisted Survey Sampling*. Springer.
- Salcedo, T. (2015). *El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales* [Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional nº 23]. IDEIR. <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2015-02-09-Binder1.pdf>
- Sayeg, J. (1987). El constitucionalismo europeo. En (s.d., pp. 97-114). Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3434/6.pdf>

- Schünemann, B. (1991). *La política criminal y el sistema de derecho penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 44(3), 693-714.
- Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Sen, A. (2009). *La idea de la justicia*. Santillana.
- Serrano, R. (2007). La jurisprudencia frente a las fuentes del derecho. *Temas Socio-Jurídicos*, 25(52), 53-68.
- Sgreccia, E. (2013). Persona humana y personalismo. *Cuadernos de bioética*, 24(1), 115-123.
- Silva, J. (2000). *Política criminal y persona*. Ad-Hoc.
- Solum, L. B. (2014). Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes. *Persona y Derecho*, (69), 5-51. <https://hdl.handle.net/10171/36651>
- Sosa, F. (2008). *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*. Marcial Pons.
- Sotomayor, J. O. y Tamayo, F. (2017). Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano. *Revista de Derecho*, (48), 21-53.
- Suárez, M. y Conde, N. (2009). *Argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law*. Cambridge University Press.
- Taruffo, M. (2005). Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica. *Isonomía*, (22), 9-18.
- Taruffo, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
- Tejedor, D. C. y Aguilera, G. A. (2015). *El control judicial de la acusación en la Ley 906 de 2004*. Universidad Libre. <http://hdl.handle.net/10901/9241>.

- Tena, M. (2010). Aprendizaje de la competencia, creatividad e innovación en el marco de una titulación adaptada al Espacio Europeo de Educación Superior. *Formación Universitaria*, 3(2), 11-20.
- Tilley, N. y Laycock, G. (2010). Joining up Research, Policy and Practice about Crime. *Policy Studies*, 21(3), 213-227. <https://doi.org/10.1080/01442870020019507>
- Tobo, J. (1997). Estado social de derecho e impartición de justicia en Colombia. *Revista Derecho de Estado*, (1), 103-122.
- Tole, J. (2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones constitucionales*, (15), 253-316.
- Tourinho, A. (2012). *Estudios del derecho penal II*. Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Trujillo, M. y Díaz, H. (2014). *El juez de control de garantías en las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación en Colombia* (Tesis de maestría). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.
- Umaña, E. (2004). *Los derechos humanos: pasado y presente en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Unger, M. (2009). Sesenta años de la Ley Fundamental Alemana, de un provisorio con una larga vida. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 301-316.
- Uprimny, R. (1996). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución. En VV.AA., *La responsabilidad en Derechos Humanos* (s.d.). Universidad Nacional.
- Uprimny, R. (2013). Estado de Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (5), 168-176.
- Urbano, J. (2013). *El control de la acusación, una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado constitucional de derecho*. Universidad Externado de Colombia.

- Urrego, F. (2005). Control de constitucionalidad de los decretos expedidos con fundamento en facultades otorgadas en actos legislativos. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7(2), 124-146.
- Urueta, J. M. (2004). La dimensión cuantitativa de la cláusula del Estado social de derecho en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 326-350.
- Valderrama, F. J. (2013). *Fundamentos hermenéuticos del Estado social de derecho en Colombia*. UDEM.
- Varela, J. (1998). Introducción: Las cuatro grandes etapas de la historia constitucional comparada. En J. Varela (Ed.), *Textos básicos de la historia constitucional comparada* (pp. xv-xxx). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de derecho penal: parte general*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Vidal, C. (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, II, 427-447.
- Vigo, R. L. (2001). Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual. *Revista Persona y Derecho*, (44). <https://doi.org/10.15581/011.44.65-102>
- Vigo, R. L. (2017). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Rubinzal.
- Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado Universidad Externado de Colombia*, 20(1), 73-96.
- Villarreal, R. (2015). Tensiones entre constitucionalismo y Estado constitucional, en virtud de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi*. En E. Ramírez Llerena (Comp.), *Configuraciones del Derecho Penal en Colombia* (pp. 63-87). Universidad Libre.
- Villegas, C. (2013). La sumisión del poder público al derecho en el *civil law* y en el *common law*: Estado de derecho, *rule of law* y su expansión al ámbito internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(137), 713-746.
- Viola, F. (1999). La ética de los derechos. *Doxa*, 22, 507-524.

- Von Bülow, O. (1968). *La teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Walker, F. (1947). *Las nuevas Constituciones de Francia y de Italia y el Derecho Social*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
<https://revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4282/4172>
- Weber, M. (2014). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- Wróblewski, J. (1971). Legal decision and its justification. *Logique et Analyse*, 14(53), 409-419.
- Zabalza, M. (2003). *Las competencias docentes del profesorado universitario: calidad y desarrollo profesional*. Narcea.
- Zaffaroni, E. (1993). *Criminología. Aproximación desde un margen*. Temis.
- Zaffaroni, E. (2005). *Manual de Derecho Penal General* (2ª ed.). Ediar.
- Zaffaroni, E. (2006). *Fundamentos de la teoría del delito*. Civitas Ediciones.
- Zaffaroni, E. (2007). Humanitas en el derecho penal. *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, 1(1), 192-212.
- Zaffaroni, E. (2011). *El enemigo en el derecho penal*. Ediciones Coyoacán.
- Zaffaroni, E. (2012). *Crímenes de masa*. Ediciones Madres Plaza de Mayo.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r18948.pdf>
- Zaffaroni, E. (2015). *La palabra de los muertos*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Tratado de Derecho Penal*. Ediar.
- Zoller, E. (2008). Public law as the law of the res publica. *Suffolk Transnational Law Review*, 32(1), 93-102.

Medios online y publicaciones periódicas

- Burbano, K. (2020, 19 de junio) La cadena perpetua es inconstitucional y regresiva. *Blog Universidad Libre*. <https://blog.unilibre.edu.co/news/la-cadena-perpetua-es-inconstitucional-y-regresiva/>
- CanalCapitalBogota. (2013). Detrimento patrimonial causado por el carrusel de la contratación [Archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=aARtBCmOwvc>
- Castro, R. (2017, 11 de enero). Crimen y castigo. *Nuevo Poder*. <http://www.nuevopoder.cl/crimen-y-castigo-rodriago-castro/>
- Caracol Radio. (2011). Esta es la grabación revelada por Caracol Radio el 25 de junio de 2010 sobre el “carrusel de la contratación.” Caracol.Com. https://caracol.com.co/radio/2011/02/01/bogota/1296540420_419357.html
- CESJUL Colombia. (2020). Derecho penal humano con Eugenio Raúl Zaffaroni. *CESJUL* [archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=0cJdwXQjz4Q&t=8s>
- Coach Magazine. (2010, 6 de septiembre). *Entrevista a Julio Olaya (Parte 1 de 6)* [archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=Wn3ChuOetMY>
- Cohen, S. (2007, agosto 23). Lindsay Lohan Plea Deal: One Day in Jail. *Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/08/23/AR2007082301138.html>
- El Nuevo Siglo. (2017, febrero 2). Off the record. *Redacción Política*. <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/02-2017-off-record>
- El Tiempo. (2019, octubre 7). Tercera condena a Samuel Moreno: 30 años y multa de \$ 26.780 millones. *Justicia*. <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/samuel-moreno-se-conoce-monto-de-la-tercera-condena-en-su-contras-417272>
- El Tiempo. (2020, abril 14). Demandas por privación injusta de la libertad suman \$ 37 billones. *Justicia*. <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/demandas-por-privacion-injusta-superan-los-37-billones-de-pesos-482512>

- El Tiempo. (2020a, junio 18). Las críticas de expertos a cadena perpetua para violadores de menores. *Justicia*. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/piden-a-la-corte-constitucional-que-ordene-la-pena-de-muerte-para-violadores-513108>
- El Tiempo. (2020b, julio 1). Demanda ante la Corte pide pena de muerte para violadores. *Justicia*. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/piden-a-la-corte-constitucional-que-ordene-la-pena-de-muerte-para-violadores-513108>
- Esteban, A. (2020, mayo 26) El cuarto poder como contrapeso de los otros tres del Estado. *El Confidencial. Opinión*. https://www.elconfidencial.com/el-valor-de-la-informacion/2020-05-26/aitor-esteban-pnv-politica-periodismo_2586364/
- Flórez Suárez, J. (2016, marzo 16). Preocupante cifra de linchamientos. *El Espectador. General*, p. 1.
- Gómez Forero, C. (2017, octubre 1). Seis lecturas para entender el cartel de la toga. *El Espectador. Judicial*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/seis-lecturas-para-entender-el-cartel-de-la-toga/>
- Gómez Jaramillo, A. (2016). La política criminal en Colombia. *Catedra Cael* [archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=vRXnAaehsRE>
- Gómez Méndez, A. (2017, junio 7). Política criminal estable. *El Tiempo. Opinión*. <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/alfonso-gomez-mendez/politica-criminal-estable-96290>
- López, E. J., Calderón, J. E., Piña, S. C. y Sánchez, A. M. (2019, noviembre 22). Cadena perpetua, ¿una propuesta inconstitucional en Colombia? *UN Periódico Digital. Política*. <http://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/cadena-perpetua-una-propuesta-inconstitucional-en-colombia/>
- Monroy, J. M. (2016, 18 de diciembre) Los medios de comunicación ¿El cuarto poder? *El Mal Economista. Blogs economía. El Espectador*. <https://blogs.elespectador.com/economia/el-mal-economista/los-medios-comunicacion-cuarto-poder>

- Noticias Caracol (2015, septiembre 17). “Que de mi error aprendan otros”: Nicolás Gaviria se disculpó públicamente [Archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=H-DulHKzjOs>
- Noticias Caracol (2020, abril 30). Fiscalía solo pedirá cárcel en casos excepcionales, ante deuda por demandas de privación injusta. *Colombia*. <https://noticias.caracoltv.com/colombia/fiscalia-solo-pedira-carcel-en-casos-excepcionales-ante-deuda-por-demandas-de-privacion-injusta>
- Ramos, F. (2020, agosto 4). Iván Duque sobre Álvaro Uribe: “Soy y seré siempre un creyente en la inocencia”. *CNN Latinoamérica*. <https://cnnespanol.cnn.com/video/ivan-duque-sobre-alvaro-uribe-soy-y-sere-siempre-un-creyente-en-la-inocencia/>
- Redacción El Tiempo. (1999, diciembre 10). Críticas al Consejo de Política Criminal. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-945204>
- Revista Dinero. (2013). Las 15 confesiones del Carrusel de la Contratación. *Corrupción*. <https://www.dinero.com/pais/articulo/las-confesiones-del-carrusel-contratacion/188288>
- Revista Semana. (2013, julio 20). Choque fatal de conductor ebrio no fue accidente. *Judicial*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/choque-fatal-conductor-ebrio-no-accidente/351399-3/>
- Revista Semana. (2014, 27 de septiembre). Le pido perdón al país. *Documento*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/jorge-arabia-le-pido-perdon-al-pais/404174-3/>
- Revista Semana. (2014a, 1 de noviembre). ¿Más gabelas en la justicia? *Debate*. <http://www.semana.com/nacion/articulo/reforma-al-sistema-penal-acusatorio/370480-3/>
- Revista Semana. (2020, mayo 14). Corte Suprema no investigará a Angélica Lozano por mercar con Claudia López. *Justicia*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-suprema-no-investigara-a-angelica-lozano-por-mercar-con-claudia-lopez/671223/>
- Revista Semana. (2020a, junio 13). Diez años del escándalo del “carrusel”: hubo justicia, pero... *Análisis*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/diez-anos-del-escandalo-del-carrusel-de-la-contratacion-en-bogota/679516>

- Revista Semana. (2020b, junio 23). Prisión perpetua sería inconstitucional: la primera demanda llega a la Corte. *Nación*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/demandan-reforma-constitucional-que-establece-cadena-perpetua/688441/>
- Reyes Alvarado, Y. (2019, julio 16). El perpetuo debate de la cadena perpetua. *El Espectador. Opinión*. <https://www.elespectador.com/opinion/el-perpetuo-debate-de-la-cadena-perpetua-columna-871080/>
- Rincón, M. C. (2014, septiembre 24). Las ‘perlas’ del sistema penal en Colombia. *El Espectador. Judicial*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/las-perlas-del-sistema-penal-en-colombia/>
- Sánchez Pedraza, M. A. (2014, 8 de febrero). Los presos le valen al Estado \$131.000 millones mensuales. *La República. Economía*. <https://www.larepublica.co/economia/los-presos-le-valen-al-estado-131000-millones-mensuales-2101752>
- Sangre azul (2019, noviembre 22). ‘Epa Colombia’ destruyendo TransMilenio [Archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=ea8pOClwWx4>
- Unidad de datos. (2017, 17 de abril). La defensa pública en Colombia, en cifras. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/datos/cifras-de-la-defensoria-publica-de-colombia-78982>
- Trejos Carvajal, C. P. (2020). La JEP estudiará los deberes empresariales en el posconflicto. *Mpapelcorporativo.Com*. <https://mpapelcorporativo.com/2020/02/20/la-jep-estudiara-los-deberes-empresariales-en-el-postconflicto/>

Leyes y Jurisprudencia

Congreso de la República de Colombia [CRC]

Acto Legislativo 03 de diciembre 19 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. DO: 45.040.

Acto Legislativo 2 de diciembre 21 de 2009. Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política. DO: 47.570.

- Acto Legislativo 01 de abril 4 de 2017. Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. DO: 50.196.
- Acto Legislativo 01 de julio 22 de 2020. Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable. DO: 51.383.
- Ley 30 de enero 31 de 1986. Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones. DO: 37.335.
- Ley 65 de agosto 19 de 1993. Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. DO: 40.999.
- Ley 600 de julio 24 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. DO: 44.097.
- Ley 747 de julio 19 de 2002. Por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones. DO: 44.872.
- Ley 890 de julio 7 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. DO: 45.602.
- Ley 906 de agosto 31 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. DO: 45.658.
- Ley 1098 de noviembre 8 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. DO: 46.446.
- Ley 1121 de diciembre 29 de 2006. Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. DO: 46.497.
- Ley 1142 de junio 28 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. DO: 46.673.

Ley 1236 de julio 23 de 2008. Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual. DO: 47.059.

Ley 1257 de diciembre 4 de 2008. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. DO: 47.193.

Ley 1273 de enero 5 de 2009. Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado “de la protección de la información y de los datos”- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones. DO: 47.223.

Ley 1326 de julio 15 de 2009. Por la cual se modifica el artículo 110 del Código Penal. DO: 47.411.

Ley 1327 de julio 15 de 2009. Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. DO: 47.411.

Ley 1356 de octubre 23 de 2009. Por medio de la cual se expide la Ley de Seguridad en Eventos Deportivos. DO: 47.511.

Ley 1453 de junio 24 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. DO: 48.110.

Ley 1474 de julio 12 de 2011. 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. DO: 48.128.

Ley 1639 de julio 2 de 2013. Por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000. DO: 48.839.

- Ley 1652 de julio 12 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. DO: 48.849.
- Ley 1696 de diciembre 19 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas. DO: 49.009.
- Ley 1709 de enero 20 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. DO: 49.039.
- Ley 1752 de junio 3 de 2015. Por medio de la cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad. DO: 49.531.
- Ley 1761 de julio 6 de 2015. Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely). DO: 49.565.
- Ley 1773 de enero 6 de 2016. Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. DO: 49.747.
- Ley 1820 de diciembre 30 de 2016. Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones. DO: 50.102.
- Ley 1922 de julio 18 de 2018. Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz. DO: 50.658.
- Proyecto de Ley 002 de 1995. Por medio del cual se modifican algunas normas del título XI, del libro segundo, del Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal). Relativo a los delitos contra la libertad y el pudor sexuales. Se deroga un artículo del Código Penal, y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal). [HH.SS. Juan Martín Caicedo Ferrer, Piedad Córdoba, Juan Guillermo Ángel].
- Proyecto de Ley 001 de 2003. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal - Estatutaria. [HH.SS. Rodrigo Rivera, Luis Humberto Gómez Gallo, Mario Uribe Escobar].

Proyecto de Ley 145 de 2004. Por la cual se reforma el Código Penal para garantizar la protección sexual de los menores de edad, en lo concerniente a la agravación de las penas contra la violencia y el abuso sexual a menores de edad y se dictan otras disposiciones. [H.S. Alexandra Moreno Piraquive].

Proyecto de Ley 183 de 2004. Por la cual se reforma el Código Penal para garantizar la protección sexual de los menores de edad, en lo concerniente a la agravación de las penas contra la violencia y el abuso sexual a menores de edad y se dictan otras disposiciones. [H.S. Alexandra Moreno Piraquive].

Proyecto de Ley 008 de 2005. Por la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual. [H.S. Alexandra Moreno Piraquive].

Proyecto de Ley 037 de 2005. Por la cual se modifica el artículo 211 del Código Penal colombiano. [H.S. Carlos Moreno de Caro].

Proyecto de Ley 214 de 2005. Por medio de la cual se eliminan los beneficios penales y subrogados, para los delitos sexuales cometidos en menores de edad. [HH.RR. Nancy Patricia Gutiérrez, Gina Parody, Luis Fernando Velasco; H.S. Rafael Pardo Rueda].

Proyecto de Ley 025 de 2006. Por el cual se incrementan penas en materia de delitos contra la libertad, integridad, y formaciones sexuales. [H.S. José Darío Salazar Cruz].

Proyecto de Ley 231 de 2007. Por medio de la cual se adiciona el artículo 365A a la Ley 599 de 2000 – Código Penal. [H.S. Camilo Sánchez Ortega].

Proyecto de Ley 022 de 2008. Por la cual se expide el Estatuto de Protección contra el abuso sexual infantil y se dictan otras disposiciones. [H.S. Alexandra Moreno Piraquive].

Proyecto de Ley 024 de 2008. Por la cual se modifica el artículo 315 del Código Civil, relativo a la emancipación judicial. [H.S. Alexandra Moreno Piraquive].

Proyecto de Ley 240 de 2008. Por la cual se adiciona la Ley de Pequeñas Causas y se dictan otras disposiciones dirigidas a disminuir el uso de Armas Blancas y las consecuencias que estas conllevan. [H.S. Néstor Iván Moreno Rojas].

Proyecto de Ley 254 de 2008. Por medio de la cual se adiciona un numeral (ordinal 6) al artículo 317 de la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal y se establece la Libertad Provisional para las Mujeres Cabezas de Familia. [H.S. Daira de Jesús Galvis].

Proyecto de Ley 255 de 2008. Por la cual se adiciona el Código Penal con el Delito de Fraude en Encuesta o Sondeo Electoral. [HH.RR. Carlos Germán Navas, Carlos A. Piedrahita, River F. Legro].

Proyecto de Ley 154 de 2009. Por la cual se reforman los artículos 122, 123 y 124, se adicionan los artículos 106,107, se crea un artículo del Código Penal (Ley 599 de 2000) y se dictan otras disposiciones no eximentes de responsabilidad en los tipos penales “muerte del niño o niña que está por nacer”, “inducción o ayuda al suicidio” y “homicidio en enfermo”. [H.S. Claudia Rodríguez de Castellano].

Proyecto de Ley 077 de 2010. Por medio de la cual se adiciona el artículo 364A a la Ley 599 de 2000 – Código Penal colombiano (porte de armas blancas). [H.S. Juan Carlos Vélez Uribe].

Proyecto de Ley 133 de 2010. Por medio de la cual se adiciona el artículo 364A a la Ley 599 de 2000 – Código Penal colombiano (porte de armas blancas). [H.S. Camilo Sánchez Ortega].

Proyecto de Ley 115 de 2012. Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se eliminan los beneficios y subrogados penales en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y se crea una medida de seguridad en este tipo de delitos. [H.S. Roy Barreras Montealegre, Maritza Martínez Aristizábal, Arleth Casado de López].

Proyecto de Ley 172 de 2012. Por medio de la cual se adiciona el artículo 364A a la Ley 599 de 2000, el Código Penal colombiano. [H.S. Juan Carlos Vélez Uribe].

Proyecto de Ley 204 de 2012. Por medio de la cual se adiciona el artículo 364A a la Ley 599 de 2000 (Código Penal colombiano). [H.S. Camilo Sánchez Ortega].

Proyecto de Ley 033 de 2013. Por la cual se adiciona el artículo 364A a la Ley 599 de 2000, Código Penal colombiano (porte de armas blancas). [H.S. Juan Carlos Vélez Uribe].

Proyecto de Ley 119 de 2013. Por medio del cual se establecen reglas en materia de responsabilidad administrativa y penal por daños al ambiente, se modifica el procedimiento sancionatorio ambiental establecido en la Ley 1333 de 2009, se expiden normas para

fortalecer el cumplimiento de la normatividad ambiental y se dictan otras disposiciones. [H.S. Efraín Cepeda Sanabria].

Proyecto de Ley 171 de 2014. Por medio del cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad. [H.S. Juan Manuel Galán Pachón].

Proyecto de Ley 200 de 2016. Por medio de la cual se modifica el artículo 208 del Código Penal — Ley 599 de 2000— y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia, en especial de menores de 14 años. [H.S. Rodrigo Villaba Mosquera].

Proyecto de Ley 065 de 2018. Por medio del cual se desarrolla el tratamiento penal diferenciado, en desarrollo de las disposiciones del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 y el numeral 4.1.3.4. del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. [Ministro de Justicia y del Derecho, Enrique Gil Botero].

Proyecto de Ley 104 de 2018. Por medio del cual se desarrolla el tratamiento penal diferenciado para pequeños agricultores y agricultoras que estén o hayan estado vinculados con el cultivo de plantaciones de uso ilícito y las actividades conexas a este, de acuerdo con las disposiciones del punto 4.1.3.4. del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017. [HH.SS. Julián Gallo Cubillos, Victoria Sandino Simanca Herrera, Pablo Catatumbo Torres, Luis Alberto Albán Urbano, Omar Restrepo Correa, Aida Yolanda Avella Esquivel, Iván Cepeda Castro, Antonio Sanguino Páez; HH.RR. Ángela María Robledo Gómez, Abel David Jaramillo Largo, Carlos Alberto Carreño Marín].

Proyecto de Ley 195 de 2018. Por medio de la cual se amplía el término de prescripción de la acción de la sanción de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. [H.S. Roy Leonardo Barreras Montealegre].

Proyecto de Ley 197 de 2018. Por medio de la cual se desarrolla el tratamiento penal diferenciado para pequeños cultivadores, en desarrollo de las disposiciones del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 y el numeral 4.1.3.4. del Acuerdo Final para la Terminación del

Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera “Mensaje de urgencia”. [Ministro de Justicia y del Derecho, Enrique Gil Botero].

Proyecto de Ley 029 de 2019. Por medio de la cual se eliminan la libertad condicional, redenciones y demás beneficios judiciales o administrativos para quienes cometen delitos sexuales y se dictan otras disposiciones. [H.S. María del Rosario Guerra de la Espriella].

Proyecto de Ley 039 de 2019. Por medio del cual se desarrolla el tratamiento penal diferenciado para pequeños agricultores y agricultoras que estén o hayan estado vinculados con el cultivo de plantaciones de uso ilícito y las actividades derivadas de este, de acuerdo con las disposiciones del punto 4.1.3.4. del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y el artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017. [HH.SS. Julián Gallo Cubillos, Victoria Sandino Simanca Herrera, Criselda Lobo Silva, Aida Yolanda Avella Esquivel, Antonio Eresmid Sanguino Páez, Gustavo Bolívar Moreno, Temístocles Ortega Narváez, Alexander López Maya, Feliciano Valencia Medina, Luis Fernando Velasco Chaves, Pablo Catatumbo Torres Victoria; HH.RR. Luis Alberto Albán Urbano, Carlos Alberto Carreño Marín, Omar de Jesús Restrepo Correa, Jairo Reinaldo Cala Suárez, David Ricardo Racero Mayorca].

Proyecto de Ley 093 de 2019. Por medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria, se modifica y adiciona el Código Penal, la Ley 750 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones. [HH.SS. Rodrigo Lara Restrepo, Temístocles Ortega Narváez, Paloma Susana Valencia Laserna, Jorge Eduardo Londoño Ulloa; HH.RR. Juan Carlos Lozada Vargas, Julio Cesar Triana Quintero].

Proyecto de Ley 105 de 2019. Por medio de la cual se declara imprescriptible la acción y la sanción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o el delito consagrado en el artículo 237 de la Ley 599 de 2000, cometidos en menores de edad. [H.S. Roy Leonardo Barreras Montealegre, José Ritter López Peña, Roosevelt Rodríguez Rengifo, Germán Darío Hoyos Giraldo].

Proyecto de Ley 176 de 2019. Por medio del cual se modifican los artículos 365 y 366 de la Ley 599 de 2000 Código Penal colombiano, se reglamenta el porte de armas blancas y se dictan otras disposiciones. [H.S. Eduardo Enrique Pulgar Loaiza].

Corte Constitucional [CC]

- T-066 de 1992 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, mayo 12].
- T-401 de 1992 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, junio 3].
- T-406 de 1992 [Sala Primera de Revisión. M.P. Ciro Angarita Barón, junio 5].
- T-426 de 1992 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, junio 24].
- C-449 de 1992 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, julio 9].
- T-493 de 1992 [Sala Tercera de Revisión. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, agosto 12].
- C-479 de 1992 [Ms.Ps. José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero, agosto 13].
- T-505 de 1992 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, agosto 28].
- T-533 de 1992 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, septiembre 23].
- C-544 de 1992 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, octubre 1].
- C-561 de 1992 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, octubre 20].
- T-571 de 1992 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, octubre 26].
- T-578 de 1992 [Sala Cuarta de Revisión. M.P. Alejandro Martínez Caballero, noviembre 3].
- C-587 de 1992 [M.P. Ciro Angarita Barón, noviembre 12].
- C-599 de 1992 [M.P. Fabio Morón Díaz, diciembre 10].
- T-596 de 1992 [Sala Primera de Revisión. M.P. Ciro Angarita Barón, diciembre 10].
- T-011 de 1993 [Sala Cuarta de Revisión. M.P. Alejandro Martínez Caballero, enero 18].
- C-093 de 1993 [Ms.Ss. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero, febrero 27].

- T-102 de 1993 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Carlos Gaviria Díaz, marzo 10].
- C-127 de 1993 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, marzo 30].
- C-150 de 1993 [M.P. Fabio Morón Díaz, abril 22].
- T-180 de 1993 [Sala Sexta de Revisión. M.P. Hernando Herrera Vergara, mayo 7].
- C-301 de 1993 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, agosto 2].
- T-394 de 1993 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Antonio Barrera Carbonell, septiembre 16].
- T-414 de 1993 [Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. M.P. Carlos Gaviria Díaz, septiembre 29].
- C-504 de 1993 [Ms.Ps. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, noviembre 4].
- C-565 de 1993 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, diciembre 7].
- C-024 de 1994 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, enero 27].
- C-133 de 1994 [M.P. Antonio Barrera Carbonell, marzo 17].
- C-089 de 1994 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, marzo 3].
- C-179 de 1994 [M.P. Carlos Gaviria Díaz, abril 13].
- C-221 de 1994 [M.P. Carlos Gaviria Díaz, mayo 5].
- T-420 de 1994 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, septiembre 23].
- C-558 de 1994 [[M.P. Carlos Gaviria Díaz, diciembre 5].
- T-015 de 1995 [Sala Sexta de Revisión. M.P. Hernando Herrera Vergara, enero 23].
- C-026 de 1995 [M.P. Carlos Gaviria Díaz, febrero 2].
- C-038 de 1995 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, febrero 9].
- C-083 de 1995 [M.P. Carlos Gaviria Díaz, marzo 1].
- T-113 de 1995 [Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. M.P. Carlos Gaviria Díaz, marzo 16].

- C-151 de 1995 [M.P. Fabio Morón Díaz, abril 5].
- A.V. C-194 de 1995 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo, mayo 4].
- C-225 de 1995 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, mayo 18].
- T-271 de 1995 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Alejandro Martínez Caballero, junio 23].
- T-309 de 1995 [Sala Quinta de Revisión. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, julio 15].
- C-328 de 1995 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, julio 27].
- C-344 de 1995 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo, agosto 2].
- C-367 de 1995 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo, agosto 16].
- T-377 de 1995 [Sala Octava de Revisión de Tutelas. M.P. Fabio Morón Díaz, agosto 24].
- C-398 de 1995 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo, septiembre 7].
- T-425 de 1995 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, septiembre 26].
- T-477 de 1995 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Alejandro Martínez Caballero, octubre 23].
- C-566 de 1995 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, noviembre 30].
- T-575 de 1995 [Sala Octava de Revisión. M.P. Fabio Morón Díaz, diciembre 1].
- C-037 de 1996 [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, febrero 5].
- C-135 de 1996 [Ms.Ps. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, abril 9].
- C-261 de 1996 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, junio 13].
- T-322 de 1996 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Alejandro Martínez Caballero, julio 23].
- C-381 de 1996 [M.P. Hernando Herrera Vergara, agosto 22].
- C-430 de 1996 [M.P. Carlos Gaviria Díaz, septiembre 12].

- T-472 de 1996 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, septiembre 24].
- C-626 de 1996 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo, noviembre 21].
- T-714 de 1996 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, diciembre 16].
- C-013 de 1997 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo, enero 27].
- C-087 de 1997 [M.P. Fabio Morón Díaz, febrero 26].
- C-144 de 1997 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, marzo 19].
- C-198 de 1997 [M.P. Fabio Morón Díaz, abril 17].
- C-292 de 1997 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo, junio 17].
- C-327 de 1997 [M.P. Fabio Morón Díaz, julio 10].
- C-475 de 1997 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, septiembre 5].
- T-011 de 1998 [Sala Quinta de Revisión. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, enero 29].
- T-153 de 1998 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, abril 28].
- C-184 de 1998 [M.P. Carlos Gaviria Díaz, mayo 6].
- C-592 de 1998 [M.P. Fabio Morón Díaz, octubre 21].
- C-521 de 1998 [M.P. Antonio Barrera Carbonell, septiembre 23].
- C-679 de 1998 [M.P. Carlos Gaviria Díaz, noviembre 19].
- T-739 de 1998 [Sala Sexta de Revisión de Tutelas. M.P. Hernando Herrera Vergara, diciembre 1].
- C-745 de 1998 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo, diciembre 2].
- C-746 de 1998 [M.P. Antonio Barrera Carbonell, diciembre 2].
- SU-747 de 1998 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, diciembre 2].
- C-032 de 1999 [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, enero 27].

T-208 de 1999 [Sala Novena de Revisión de Tutelas. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, abril 12].

C-301 de 1999 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra, mayo 5].

SU-337 de 1999 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, mayo 12].

C-559 de 1999 [M.P. Alejandro Martínez Caballero, agosto 4].

T-683 de 1999 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, septiembre 15].

C-037 de 2000 [M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, enero 26].

C-366 de 2000 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra, marzo 29].

C-392 de 2000 [M.P. Antonio Barrera Carbonell, abril 6].

C-991 de 2000 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, agosto 2].

C-1404 de 2000 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, octubre 19].

T-1430 de 2000 [Sala Quinta de Revisión. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, octubre 20].

Auto 087 de 2001 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, marzo 14].

C-551 de 2001 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, mayo 30].

C-646 de 2001 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, junio 20].

C-648 de 2001 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, junio 20].

C-774 de 2001 [M.P. Rodrigo Escobar Gil, julio 25].

C-836 de 2001 [M.P. Rodrigo Escobar Gil, agosto 9].

C-1195 de 2001 [Ms.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, noviembre 15].

C-316 de 2002 [M.P. Álvaro Monroy Cabra, abril 30].

C-390 de 2002 [M.P. Jaime Araújo Rentería, mayo 22].

- C-709 de 2002 [M.P. Alfredo Beltrán Sierra, septiembre 3].
- C-805 de 2002 [Ms.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, octubre 1].
- C-806 de 2002 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, octubre 3].
- T-881 de 2002 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, octubre 17].
- C-939 de 2002 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett, octubre 31].
- T-961 de 2002 [Sala Séptima de Revisión, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, noviembre 7].
- C-1027 de 2002 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, noviembre 27].
- C-1030 de 2002 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, noviembre 27].
- C-1080 de 2002 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, diciembre 5].
- C-039 de 2003 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, enero 28].
- T-164 de 2003 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, febrero 26].
- T-224 de 2003 [Sala Novena de Revisión. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, marzo 17].
- C-551 de 2003 [M.P. Eduardo Montealegre Lynett, julio 9].
- C-622 de 2003 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, julio 29].
- C-740 de 2003 [M.P. Jaime Córdoba Triviño, agosto 28].
- C-873 de 2003 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, septiembre 30].
- C-899 de 2003 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, octubre 7].
- SU-975 de 2003 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, octubre 23].
- T-1030 de 2003 [Sala Novena de Revisión. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, octubre 30].
- C-1092 de 2003 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, noviembre 19].
- C-1116 de 2003 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, noviembre 25].

- C-1200 de 2003 [Ms.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil, diciembre 9].
- C-016 de 2004 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, enero 20].
- C-131 de 2004 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, febrero 19].
- C-247 de 2004 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, marzo 16].
- T-490 de 2004 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, mayo 20].
- T-851 de 2004 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, septiembre 2].
- T-1096 de 2004 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, noviembre 4].
- T-039 de 2005 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, enero 27].
- T-042 de 2005 [Sala Octava de Revisión. M.P. Álvaro Tafur Galvis, enero 27].
- C-148 de 2005 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, febrero 22].
- C-475 de 2005 [M.P. Álvaro Tafur Galvis, mayo 10].
- T-578 de 2005 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, mayo 27].
- C-591 de 2005 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, junio 9].
- C-673 de 2005 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, junio 30].
- T-779 de 2005 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, julio 27].
- C-818 de 2005 [M.P. Rodrigo Escobar Gil, agosto 9].
- C-822 de 2005 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, agosto 10].
- C-897 de 2005 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, agosto 30].
- C-979 de 2005 [M.P. Jaime Córdoba Triviño, septiembre 26].
- T-1145 de 2005 [Sala Quinta de Revisión. M.P. Rodrigo Escobar Gil, noviembre 10].

- C-1154 de 2005 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, noviembre 15].
- T-1084 de 2005 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, octubre 27].
- T-1145 de 2005 [Sala Quinta de Revisión. M.P. Rodrigo Escobar Gil, noviembre 10].
- C-1177 de 2005 [M.P. Jaime Córdoba Triviño, noviembre 17].
- C-1195 de 2005 [M.P. Jaime Araujo Rentería, noviembre 22].
- C-1260 de 2005 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, diciembre 5].
- T-013 de 2006 [Sala Quinta de Revisión. M.P. Rodrigo Escobar Gil, enero 19].
- T-317 de 2006 [Sala Novena de Revisión. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, abril 24].
- C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, mayo 10].
- C-605 de 2006 [M.P. Marco Gerardo Monroy, agosto 1].
- T-1040 de 2006 [Sala Séptima de Revisión. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, diciembre 5].
- T-114 de 2007 [Sala Sexta de Revisión de Tutelas. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, febrero 22].
- T-233 de 2007 [Sala Quinta de Revisión de Tutelas. M.P. Marco Gerardo Monroy, marzo 29].
- C-336 de 2007 [M.P. Jaime Córdoba Triviño, mayo 9].
- C-396 de 2007 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, mayo 23].
- C-516 de 2007 [M.P. Jaime Córdoba Triviño, julio 11].
- T-693 de 2007 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, septiembre 6].
- C-163 de 2008 [M.P. Jaime Córdoba Triviño, febrero 20].
- C-226 de 2008 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, marzo 5].
- SU-484 de 2008 [M.P. Jaime Araújo Rentería, mayo 15].
- T-743 de 2008 [Sala Segunda de Revisión. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, julio 24].

- T-1033 de 2008 [Sala Cuarta de Revisión. M.P. Rodrigo Escobar Gil, octubre 17].
- T-117 de 2009 [Sala Séptima de Revisión de Tutelas. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, febrero 24].
- C-468 de 2009 [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, julio 15].
- C-131 de 2009 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla, febrero 24].
- T-389 de 2009 [Sala Octava de Revisión. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, mayo 28].
- C-853 de 2009 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, noviembre 25].
- C-059 de 2010 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, febrero 3].
- C-073 de 2010 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, febrero 10].
- C-141 de 2010 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, febrero 26].
- T-392 de 2010 [Sala Cuarta de Revisión. M.P. Jorge Iván Palacio, mayo 20].
- C-334 de 2010 [M.P. Juan Carlos Henao Pérez, mayo 12].
- C-397 de 2010 [M.P. Juan Carlos Henao Pérez, mayo 25].
- T-418 de 2010 [Sala Primera de Revisión. M.P. María Victoria Calle Correa, mayo 25].
- T-690 de 2010 [Sala Octava de Revisión. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, septiembre 2].
- C-936 de 2010 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, noviembre 23].
- C-939 de 2010 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, noviembre 24].
- T-963 de 2010 [Sala Octava de Revisión. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, noviembre 26].
- C-100 de 2011 [M.P. María Victoria Calle Correa, febrero 23].
- T-238 de 2011 [Sala Sexta de Revisión. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, abril 1].
- C-574 de 2011 [M.P. Juan Carlos Henao Pérez, julio 22].

- T-647 de 2011 [Sala Sexta de Revisión. M.P. Nelson Pinilla Pinilla, septiembre 01].
- T-740 de 2011 [Sala Octava de Revisión. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, octubre 3].
- T-799 de 2011 [Sala Octava de Revisión. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, octubre 21].
- C-882 de 2011 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, noviembre 23].
- C-121 de 2012 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, febrero 22].
- C-241 de 2012 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, marzo 22].
- T-312 de 2012 [Sala Novena de Revisión. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, abril 26].
- T-662 de 2012 [Sala Tercera de Revisión. M.P. Adriana María Guillén Arango, agosto 24].
- C-742 de 2012 [M.P. María Victoria Calle Correa, septiembre 26].
- T-1049 de 2012 [Sala Novena de Revisión. M.P. Luis Ernesto Vargas, diciembre 3].
- SU-132 de 2013 [M.P. Alexei Julio Estrada, marzo 13].
- C-313 de 2013 [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, mayo 23].
- C-334 de 2013 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, junio 13].
- T-388 de 2013 [Sala Primera de Revisión. M.P. María Victoria Calle Correa, junio 28].
- T-652 de 2013 [Sala Octava de Revisión. M.P. Alberto Rojas Ríos, septiembre 17].
- C-839 de 2013 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, noviembre 20].
- C-366 de 2014 [M.P. Nelson Pinilla Pinilla, junio 11].
- C-387 de 2014 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, junio 25].
- T-481 de 2014 [Sala Primera de Revisión. M.P. María Victoria Calle Correa, julio 9].
- C-508 de 2014 [M.P. Mauricio González Cuervo, julio 16].
- C-829 de 2014 [M.P. María Victoria SÁCHICA Méndez, noviembre 5].

- C-022 de 2015 [M.P. Mauricio González Cuervo, enero 21].
- C-150 de 2015 [M.P. Mauricio González Cuervo, abril 8].
- C-621 de 2015 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, septiembre 30].
- C-671 de 2015 [M.P. Alberto Rojas Ríos, octubre 28].
- C-694 de 2015 [M.P. Alberto Rojas Ríos, noviembre 11].
- SU-696 de 2015 [M.P. Gloria Stella Ortiz, noviembre 12].
- T-718 de 2015 [Sala Sexta de Revisión, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, noviembre 24].
- T-762 de 2015 [Sala Quinta de Revisión. M.S. Gloria Stella Ortiz, diciembre 16].
- C-086 de 2016 [M.P. Jorge Iván Palacio, febrero 24].
- C-156 de 2016 [M.P. María Victoria Calle Correa, abril 6].
- C-179 de 2016 [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, abril 13].
- T-267 de 2016 [Sala Sexta de Revisión, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, mayo 23].
- C-285 de 2016 [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, junio 1].
- C-469 de 2016 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, agosto 31].
- C-473 de 2016 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, agosto 31].
- C-041 de 2017 [M.Ps. Gabriel Eduardo Mendoza y Jorge Iván Palacio, febrero 1].
- C-674 de 2017 [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, noviembre 14].
- T-027 de 2018 [Sala Primera de Revisión. M.P. Carlos Bernal Pulido, febrero 12].
- C-031 de 2018 [M.P. Diana Fajardo Rivera, mayo 2].
- T-267 de 2018 [Sala Primera de Revisión. M.P. Carlos Bernal Pulido, julio 10].

T-272 de 2018 [Sala Octava de Revisión de Tutelas. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, julio 13].

C-080 de 2018 [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, agosto 15].

T-411 de 2018 [Sala Primera de Revisión. M.P. Carlos Bernal Pulido, octubre 4].

T-461 de 2018 [Sala Primera de Revisión. M.P. Carlos Bernal Pulido, diciembre 3].

C-253 de 2019 [M.P. Diana Fajardo Rivera, junio 6].

SU-479 de 2019 [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, octubre 15].

C-118 de 2020 [M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo, abril 15].

Corte Suprema de Justicia [CSJ]

Auto de mayo 11 de 2005. Radicado 22716.

Auto Interlocutorio AP5286 de agosto 16 de 2017. Radicado 46507.

Auto AP948 de marzo 7 de 2018. Radicado 51882.

Auto AP1880 de mayo 9 de 2018a. Radicado 52169.

Auto AEP077 de julio 15 de 2020. Sala Especial de Primera Instancia. Radicado 00294

Sentencia de diciembre 14 de 2005a. Radicado 21347.

Sentencia de mayo 4 de 2006. Radicado 24531.

Sentencia de septiembre 12 de 2007. Radicado 27759.

Sentencia de abril 8 de 2008. Radicado 25306.

Sentencia de julio 15 de 2008a. Radicado 29994.

Sentencia de julio 8 de 2009. Radicado 31280.

Sentencia de septiembre 2 de 2009a. Radicado 29221.

Sentencia de febrero 23 de 2010. Radicado 32805.

Sentencia de febrero 24 de 2010a. Radicado 32889.

Sentencia de abril 13 de 2011. Radicado 34145.

Sentencia de junio 8 de 2011a. Radicado 34022.

Sentencia de octubre 5 de 2011b. Radicado 36728.

Sentencia de marzo 21 de 2012. Radicado 38256.

Sentencia de febrero 6 de 2013. Radicado 39892.

Sentencia de junio 19 de 2013a. Radicado 37951.

Sentencia de agosto 14 de 2013b. Radicado 41375.

Sentencia de octubre 16 de 2013c. Radicado 39886.

Sentencia de noviembre 27 de 2013d. Radicado 41417.

Sentencia SP9853 de julio 16 de 2014. Radicado 40871.

Sentencia SP11726 de septiembre 3 de 2014a. Radicado 33409.

Sentencia AP6049 de octubre 1 de 2014b. Radicado 42452.

Sentencia SP13939 de octubre 15 de 2014c. Radicado 42184.

Sentencia SP14842 de octubre 28 de 2015. Radicado 43436.

Sentencia SP7100 de junio 1 de 2016. Radicado 46101.

Sentencia SP14191 de octubre 5 de 2016a. Radicado 45594.

Sentencia SP3168 de marzo 8 de 2017a. Radicado 44599.

Sentencia SP14496 de septiembre 27 de 2017b. Radicado 39831.

Sentencia SP19617 de noviembre 23 de 2017c. Radicado 45899.

Sentencia SP13189 de octubre 10 de 2018b. Radicado 50836.

Sentencia SP4792 de noviembre 7 de 2018c. Radicado 52507.

Sentencia SP5333 de diciembre 5 de 2018d. Radicado 50236.

Sentencia SP2042 de junio 5 de 2019. Radicado 51007.

Sentencia SP2073 de junio 24 de 2020a. Radicado 52227.

Sentencia SP2411 de julio 15 de 2020b. Radicado 54371.

Sentencia SP4054 de octubre 22 de 2020c. Radicado 54996.

Sentencia SP1289 de abril 14 de 2021. Radicado 54691.

Jurisdicción Especial para la Paz [JEP]

Auto AT-001 de 4 de septiembre de 2018. Sección para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. Radicado 20181510246472.

Audiencia para indagar por los restos de los desaparecidos en zona de influencia de Hidroituango. (2019, 8 de octubre). [Archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=oKkMI2sBNg8>.

Comunicado 181 de 18 de diciembre de 2019. Ex-integrantes de las Farc-Ep a rendir cuentas sobre desaparecidos en Hidroituango. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Comunicado-181-de-2019---Ex-integrantes-de-las-Farc-Ep-a-rendir-cuentas-sobre-desaparecidos-en-Hidroituango.aspx>

JEP. (s.f.). ¿Qué es la JEP? <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Mision-vision-objetivos.aspx>

JEP. (2020, 12 de agosto). Comunicado 110. La JEP ordena búsqueda de víctimas de desaparición forzada en dos zonas de la Escombrera en la Comuna 13.

JEP. (2020a, diciembre 9). Comunicado 173. La JEP establece que 2.094 personas fueron víctimas de desaparición forzada en el área de influencia de Hidroituango.

Juzgados

Juzgado Penal del Circuito de Salamina. (2020, mayo 19). Sentenci Radicado 20200001400.

Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2015, abril 21). Sentencia Radicado 201400141.

Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2018, noviembre 27). Sentencia Radicado 201200284.

Juzgado 4º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2013, diciembre 17). Sentencia Radicado 201301056.

Juzgado 5º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2014, junio 9). Sentencia Radicado 201400023.

Juzgado 6º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2014, agosto 28). Sentencia Radicado 201301284.

Juzgado 7º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2013, agosto 26). Sentencia Radicado 201100526.

Juzgado 7º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2014, febrero 3). Sentencia Radicado 110016000010220110052601.

Juzgado 11 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2019, febrero 15). Sentencia Radicado 201100446.

Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2016, marzo 29). Sentencia Radicado 201400604.

Juzgado 19 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías. (2019, noviembre 28-29). Acta de audiencia de formulación de acusación.

Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2019, marzo 18). Sentencia Radicado 201800616.

Juzgado 36 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2015, enero 27). Sentencia Radicado 2011002013.

Juzgado 40 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2014, julio 14). Sentencia Radicado 201100214.

Juzgado 47 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. (2014, febrero 25). Sentencia Radicado 201100525.

Presidencia de la República

Decreto Ley 016 de enero 9 de 2014. Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación. DO: 49.028.

Decreto 2055 de octubre 16 de 2014. Por el cual se reglamenta el Consejo Superior de Política Criminal, su funcionamiento y todos los asuntos relacionados con las demás instancias técnicas que se requieran para su adecuado desarrollo. DO. 49.306.

Decreto Ley 589 de 5 de abril de 2017. Por el cual se organiza la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado. DO: 50.197.

Decreto Ley 898 de mayo 29 de 2017. Por el cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3.4.4 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, se determinan lineamientos básicos para su

conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones. DO: 50.248.

Decreto 546 de abril 14 de 2020. Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. DO: 51.285.

Tribunales

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2014, febrero 3). Sentencia en Segunda Instancia 110016000010220110052601. [M.P. Alberto Poveda Perdomo].

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2014, agosto 13). Sentencia en Segunda Instancia 201400023. [M.P. Alberto Poveda Perdomo].

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2014, agosto 27). Sentencia en Segunda Instancia 201400604. [M.P. Alberto Poveda Perdomo].

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2014, diciembre 11). Sentencia en Segunda Instancia 11001600010220130007101. [M.P. Alberto Poveda Perdomo].

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2014, diciembre 11). Sentencia en Segunda Instancia 201300071. [M.P. Alberto Poveda Perdomo].

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2015, septiembre 1). Sentencia en Segunda Instancia 201400141. [M.P. Alberto Poveda Perdomo].

Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2017, enero 18). Sentencia de Segunda Instancia 201400604 06. [M.P. Álvaro Poveda Perdomo].

Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. (2020, febrero 7). Sentencia de apelación 05 001 60 00206 2019 11103. [M.P. Nelson Saray Botero].

Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. (2020, marzo 17). Sentencia de apelación 05-001-60-00206-2019-18681. [M.P. Nelson Saray Botero].

Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. (2020, julio 24). Auto interlocutorio 05001 60 00206 2020 00199. [M.P. Rafael Delgado Ortiz].

Miscelánea

Auditoría General de la República. (2011). *Control fiscal a la contratación*. Informe junio de 2011. <https://www.elpais.com.co/elpais/archivos/informecontratacion.pdf>

Centro de Investigación en Política Criminal. (2020). Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia. *Universidad Externado de Colombia*. <https://politicacriminal.uexternado.edu.co/consideraciones-sobre-la-inviabilidad-de-la-prision-perpetua-en-colombia/>

Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lienamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Ministerio del Interior y de Justicia.

Comisión Civil de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013. (2020). *VII Informe de seguimiento de la sociedad civil al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario*. CSS. https://www.humanas.org.co/alfa/dat_particular/arch_contenidos/i_e_83141_q_VII_informe_Comisio__769;n.pdf

Consejo Superior de la Judicatura. (2009-2010). *Informe al Congreso de la República*. CSJ.

Consejo Superior de la Judicatura. (2012). *Informe al Congreso de la República sobre el estado actual de la administración de justicia*. CSJ.

DANE. (1997). *Primera Encuesta Nacional de Justicia. Derecho de acceso al servicio de justicia*. http://biblioteca.dane.gov.co/media/libros/LD_10426_1997_EJ_5.PDF

- Consejo Superior de Política Criminal. (s.f.). Sistema de Información para la Política Criminal. CSPC. <http://www.politicacriminal.gov.co/Observatorio/Observatorio-de-Pol%C3%ADtica-Criminal>
- Consejo Superior de Política Criminal. (2016). ¿Qué es el Consejo Superior de Política Criminal? CSPC. <http://www.politicacriminal.gov.co/Instancias/Consejo-Superior-de-Pol%C3%ADtica-Criminal/Qu%C3%A9-es-el-CSPC>
- Consejo Superior de Política Criminal. (2018). *Informe 2018*. Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2013). *Aproximación a la historia de una década de transformaciones en la justicia colombiana*. Legis.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2014). *Balance del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio. Boletín de actualización 2012-2014*. USAID.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2020). Tasa de criminalidad en Colombia. *Indicadores de justicia*. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/tasa-de-criminalidad/>
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2019). *Plan de Formación de la Rama Judicial 2019*. Consejo Superior de la Judicatura. https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=~%2FApp_Data%2FUplod%2FPLAN+DE+FORMACI%C3%93N+RAMA+JUDICIAL+2019.pdf
- Fiscalía General de la Nación. (s.f.). Criterios de priorización. FGN. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/criterios-de-priorizacion/>
- Fiscalía General de la Nación. (2005-2006). *Informe de gestión*. FGN.
- Fiscalía General de la Nación. (2006). Directiva 001 del 28 de septiembre de 2006. Por medio de la cual se establece que finalidad de los preacuerdos y negociaciones.
- Fiscalía General de la Nación. (2006a). *Manual de Procedimiento de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*. FGN.
- Fiscalía General de la Nación. (2007-2008). *Informe de gestión*. FGN.

Fiscalía General de la Nación. (2008). *La prueba en el proceso penal (Manuales de Formación Continuada)*. FGN.

Fiscalía General de la Nación. (2008-2009). *Informe de gestión*. FGN.

Fiscalía General de la Nación. (2009-2010). *Informe de gestión*. FGN.

Fiscalía General de la Nación. (2010). *Informe Audiencia Pública de Rendición de Cuentas*. FGN.

Fiscalía General de la Nación. (2011). *Informe de gestión*. FGN.

Fiscalía General de la Nación. (2012). Directiva 001 de octubre 4. 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.

Fiscalía General de la Nación. (2013). Resolución 002 de junio 25. Por medio de la cual se ordena a las Direcciones Seccionales de Fiscalías la presentación de planes de acción para la gestión de los criterios de priorización e implementación del nuevo sistema de investigación.

Fiscalía General de la Nación. (2013a). *La priorización: Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*. FGN

Fiscalía General de la Nación. (2013b). *Relatorias del Seminario Internacional Importancia de la Construcción de Contextos en las Investigaciones Judiciales*. FGN

Fiscalía General de la Nación. (2013c). Resolución 02317 de junio 19 de 2013. Por la cual se autoriza la aplicación del principio de oportunidad en modalidad de suspensión de la acción penal.

Fiscalía General de la Nación. (2014). *Informes de gestión, 2013-2014*. FGN.

Fiscalía General de la Nación. (2015). Directiva 002 de diciembre 9. Por medio de la cual se amplía y modifica la Directiva 01 de 2012, se desarrolla el alcance de los criterios de priorización de situaciones y casos, y se establecen lineamientos para la planificación y gestión estratégica de la carga de trabajo y de la investigación penal en la Fiscalía General de la Nación.

Fiscalía General de la Nación. (2016). Resolución 02370 de julio 11. Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se derogan las resoluciones No. 0-6657 de 2004, 0-6658 de 2004, 0-3884 de 2009, 0-6618 de 2008, 0-3884 de 2009, 0-0692 de 2012, 0-0919 de 2014, 1168 de 2014.

Fiscalía General de la Nación. (2016a). Resolución 04155 de diciembre 29. Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se deroga la Resolución 2370 de 2016.

Fiscalía General de la Nación. (2016b). *Caja de herramientas: guía práctica para la priorización*. FGN. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/caja-de-herramientas-guia-practica-para-la-priorizacion/>

Fiscalía General de la Nación. (2017). *Principio de oportunidad: nociones y procedimiento*. FGN.

Fiscalía General de la Nación. (2017a). Directiva 0001 de agosto 25. Por medio de la cual se establecen lineamientos generales sobre la persecución penal del delito de violencia intrafamiliar.

Fiscalía General de la Nación. (2017b). Directiva 0002 de noviembre 30. Por medio de la cual se establecen lineamientos generales sobre la investigación de delitos cometidos en contra de defensores de derechos humanos en Colombia.

Fiscalía General de la Nación. (2017c). Resolución 00738 de febrero 24. Por medio de la cual se aprueba el Direccionamiento Estratégico 2016-2020 para la Fiscalía General de la Nación.

Fiscalía General de la Nación. (2017d). Resolución 02613 de 16 de agosto de 2017. Por la cual se autoriza la aplicación del principio de oportunidad en modalidad de suspensión de la acción penal.

Fiscalía General de la Nación. (2018). Resolución 0691. Por la cual se proroga la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal.

Fiscalía General de la Nación. (2019). Resolución 0178. Por la cual se proroga la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión de la acción penal.

- Fiscalía General de la Nación. (2020). *Estadística de delitos*. FGN.
- Fiscalía General de la Nación. (2020a). Directiva 0001 del 2 de junio. Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a la solicitud de medidas aseguramiento.
- Fiscalía General de la Nación. (2020b). Pronunciamento I.14168 de junio 5. Aníbal Gaviria Correa, gobernador de Antioquia, define situación jurídica.
- Glaze, L. & Bonczar, T. (2008). *Probation and parole in the United States, 2008*. Bureau of Justice Statistics. <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ppus08.pdf>
- Grupo de Derecho de Interés Público [GDIP]. (2011). *Comentarios sobre la política criminal en Colombia*. Universidad de los Andes. <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/PRODUCTOSRELATORIA/politicacriminal.pdf>
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2020). *Boletín estadístico mensual*. Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Instituto Nacional Penitenciario de Colombia (2019). *Informe estadístico, enero 2019*. Ministerio de Justicia.
- Ministerio de Justicia. (s.f.). *Política Criminal*. Minjusticia. <https://www.minjusticia.gov.co/Ministerio/Estructura-organizacional-de-la-entidad/Viceministerio-Pol%C3%ADtica-Criminal-Justicia-Restaurativa/Pol%C3%ADtica-Criminal>
- Ministerio de Justicia. (2011). Resolución 0286 de febrero 15. Por la cual se crea la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano, con el propósito de apoyar la formulación de la política criminal del país y realizar recomendaciones al Gobierno nacional en torno a ella.
- OAS. (2004). *El sistema acusatorio en Colombia*. FGN. https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/col_intro_fund4_es.pdf
- Observatorio de Política Criminal del Ministerio de Justicia. (s.f.). *Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario de Colombia*. Minjusticia.

<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf?ver=2017-03-09-181156-490>

OEA Secretaría de Seguridad Multidimensional. (2019). *Presentación Corrupción y Guías PEP*. Secretaría de Transparencia [XLVII Reunión del Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos, 24 al 25 de septiembre de 2019]
<http://www.cicad.oas.org/cicaddocs/Document.aspx?Id=5452>

Policía Nacional. (2018). *Planteamiento Estratégico de Seguridad y Convivencia Ciudadana 2018-2022*. <https://policia.gov.co/sites/default/files/publicaciones-institucionales/proceso-de-modernizacion-cartilla-2.pdf>

The United States Department of Justice (2004). Case summaries.
<https://www.justice.gov/crt/case-summaries>

United States Code Annotated. (2006). Title 18. Crimes and criminal procedure.

United States Code Annotated. (2010, may 27). Title 18. Crimes and Criminal Procedure. § 3553. Imposition of a sentence.

United States Sentencing Commission. (2016). *Guidelines Manual*. §3E1.1.

UNODC. (2014). *Global study on homicide 2013*. UNODC.
https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf