

**LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN  
A LOS PRESUNTOS AUTORES DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES EN COLOMBIA  
A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO (2005)**

**Tesis de Grado**

**-Como Requisito para la obtención del Título de**

**Abogada-**

**Lady Katerine Vallejo Ríos.**

**Asesor de Tesis:**

**Dr. Rodrigo Giraldo Quintero**

**Universidad de Manizales.**

**Facultad de Ciencias Jurídicas.**

**Programa de Derecho**

**Junio de 2018**



## **Dedicatoria**

A Dios y a mi familia, especialmente a aquellos que ya no están: a mi madre, que partió antes de verme trasnochar debido a mi estudio, y a mi hijo, que ahora es un ángel el cual fue testigo de mi lucha constante por lograr esta meta y, que desde el Cielo, sigue siendo mi fortaleza para no desfallecer; mi hijo quien desde allá me sigue mostrando el camino para demostrarle que su mami, desde la tierra, quiere que él se sienta orgulloso de todo lo que ella puede lograr, aun con los tropiezos que la vida presente. Y, finalmente, a todos aquellos que no creyeron en mí: a aquellos que con cada “no serás capaz” me empujaron a ser capaz.



## **Agradecimientos**

A Dios, antes que todo, pues sin Él en mi vida nada es posible; a mi familia y a mi esposo, por su gran apoyo moral cuando creí que no podía más; a los Doctores Rodrigo Giraldo (Asesor de Tesis) y Nathalia Hernández, quienes hicieron suyas todas mis luchas para ayudarme en lo que pudieron para que este proyecto fuera una realidad, y mi Jefe, Doctor Juan Carlos Zuluaga Maese, pues sin sus enseñanzas profesionales y de vida no hubiera podido alcanzar esta estrella en mi camino.



**Resumen:** El presente trabajo de Grado es un análisis teórico de las garantías constitucionales que protegen a los presuntos autores de las conductas punibles en Colombia, a partir de la vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio desde el año 2005. Se realiza un estudio sobre los principales cambios que tuvo el Proceso Penal, con la implementación del Sistema Oral Acusatorio. A partir de estos cambios, se identifican las garantías constitucionales de los presuntos autores de conductas punibles en Colombia: su aplicación en la realidad, su presunta contradicción frente a la sanción y el derecho que tiene el procesado de ser integrado en la sociedad.

**Palabras Clave:** Sistema Penal Oral Acusatorio, Garantías Constitucionales

**Abstract:** This dissertation is a theoretical analysis of the constitutional guarantees that protect the presumed perpetrator of punishable behavior in Colombia, from the Criminal Oral Accusing System validity, since 2005. This study is based on the principal changes that had the criminal trial, with the Oral Accusing System Implementation. From these changes, the constitutional guarantees of the presumed perpetrator of punishable behavior are identified: its application in the Social Reality, its alleged contradiction facing the sanction and the right of the convicted of being integrated within the society.

**Key Words:** Criminal Oral Accusing System, constitutional guarantees



## Tabla de contenido

1. INTRODUCCION .....	1
2. AREA PROBLEMÁTICA.....	3
3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.....	6
4. OBJETIVOS .....	7
4.1 Objetivo General.....	7
4.2. Objetivos Específicos.....	7
5. DISEÑO METODOLÓGICO.....	9
5.1. Tipo de Investigación.....	9
5.2. Enfoque.....	9
5.3. Método de Investigación.....	10
6. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PARA LAS PERSONAS IMPLICADAS EN UNA CONDUCTA PUNIBLE COMO PRESUNTOS AUTORES. ....	11
6.1. Introducción.....	11
6.2 Generalidades del Sistema Penal Oral Acusatorio En Colombia .....	11
6.3. Garantías Principales en el Sistema Penal Oral Acusatorio.....	13
6.3.1. Allanamiento, Preacuerdos y negociaciones.....	13
6.3.2. Conciliación y mediación. ....	14
6.3.3. Principio de Oportunidad.....	15
6.4. Principios Rectores y Garantías Procesales .....	16
6.4.1. Dignidad Humana. ....	16
6.4.2. Libertad. ....	18
6.4.3. Igualdad.....	20
6.4.4. Imparcialidad. ....	22
6.4.5. Legalidad.....	23
6.4.6. Presunción de inocencia e In Dubio Pro Reo.....	24
6.4.7. Derecho a la No Autoincriminación. ....	25
6.4.8 Defensa. ....	26
6.4.9. Oralidad.....	28
6.4.10. Contradicción.....	29
6.4.11. Inmediación.....	30
6.4.12. Concentración. ....	31
6.4.13. Publicidad. ....	32
6.5. Conclusiones Parciales.....	33

7. EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SUS IMPLICACIONES .....	10
7.1. Introducción .....	35
7.2. Etapa de Indagación e Investigación.....	35
7.3. Etapa de Juicio o Juzgamiento.....	41
7.4. Etapa de Ejecución de la Pena .....	46
7.5. Conclusiones Parciales.....	50
8. LA EVENTUAL CONTRADICCION ENTRE LA PROTECCION A LOS PRESUNTOS AUTORES DE CONDUCTAS PUNIBLES Y LA SANCION EFECTIVA DE LA CONDUCTA .....	51
8.1. Introducción. ....	51
8.1. Definición de Pena de Prisión.....	53
8.2. Principios de la Pena.....	53
8.2.1. Principio de necesidad de la Pena. ....	53
8.2.2. Principio de Proporcionalidad de la Pena. ....	54
8.2.3. Principio de Razonabilidad de la Pena.....	54
8.3. Funciones de la Pena.....	55
8.3.1. Prevención general.....	55
8.3.2. Retribución Justa.....	56
8.3.3. Prevención especial.....	57
8.3.4. Reinserción Social. ....	57
8.3.5. Protección al condenado. ....	58
8.3.6. Respeto a la dignidad humana. ....	58
8.4. Subrogados Penales .....	61
8.4.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. ....	61
8.4.2. Libertad Condicional .....	61
8.4.3. Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave. ....	62
8.4.4. Prisión domiciliaria.....	63
9. CONCLUSIONES .....	65
10. BIBLIOGRAFÍA .....	67
10.1 Textos Citados .....	67
10.2. Normatividad y Legislación Citada .....	73
10.3. Jurisprudencia Citada.....	75

## 1. INTRODUCCION

En muchas ocasiones, el legislador se encuentra limitado por un sin número de condiciones para ejercer su poder dentro del marco del Estado Social de Derecho. Una de esas limitantes son las garantías constitucionales a los presuntos autores de las conductas punibles en Colombia. Ante este hecho, se hace importante identificar cuáles son esas garantías y hasta qué punto las partes, dentro de un proceso Judicial, se ven limitadas a actuar como la Ley obliga a hacerlo. En otras palabras: hace falta distinguir si estas limitaciones se originan por una determinante de orden Constitucional o por la interpretación de la normatividad vigente. (Ministerio de Justicia y del Derecho, Comisión Asesora de Política Criminal, 2012)

Entre la ciudadanía colombiana, es un hecho que cunde la desconfianza en la administración de Justicia. Durante la implementación del Sistema Oral, se han visto falencias y faltas de garantías para los pertenecientes al proceso. Ante esto, la sociedad desfallece y desconfía del aparato estatal, reclamando una administración de justicia más expedita y transparente. En una sociedad que está desarrollándose aceleradamente en ámbitos sociales, económicos, culturales, tecnológicos y globales, es inevitable que nuevas cuestiones jurídicas surjan a la luz. Al mismo tiempo, ante las dudas de la ciudadanía y la necesidad de una constante protección de los bienes jurídicos, paulatinamente se va exigiendo la intervención del Estado para que regule, con claridad y certeza, qué conductas pueden incurrir en delitos y cuál puede ser la retaliación o la reparación a partir de éstos. A pesar de los cambios culturales que se han dado en los últimos tiempos, el factor humano ha servido de orientador para la conservación de grandes principios jurídicos y morales como la Dignidad, la Libertad y el Debido Proceso. El transcurrir histórico que ha llevado a la construcción de un Estado de Derecho no puede ponerse

en riesgo a causa de los sesgos y de las pasiones en un mundo que exige justicia, aplastando los derechos de los más vulnerables. (Corporación Excelencia en la Justicia -USAID, 2015)

Según el modelo teórico del Estado Social de Derecho, es prioritaria la protección de los derechos fundamentales en una sociedad democrática. Sin embargo, durante años, esta protección ha dependido más de políticas gubernamentales que han cambiado, en la normatividad, los beneficios jurídicos de la ciudadanía. Estos cambios han impactado en el nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio, a pesar de que la implantación de dicho sistema buscó, en principio, dejar atrás un sistema autoritario e inquisitivo. (Bayona Aristizabal, Gómez Jaramillo, Mejía Vallego, & Ospina Vargas, 2017).

El presente trabajo determina el grado de contradicción entre la protección que el Estado le debe a todos sus integrantes y la aplicación de la sanción, al momento cuando se viola las normas que el legislador establece para la sana convivencia entre toda la ciudadanía. Igualmente, en el presente documento se hace una evaluación general sobre si esta contradicción reside en la interpretación de la normatividad, destinada a proteger las garantías constitucionales del Derecho Penal.

Este análisis sobre las garantías de los presuntos autores de una conducta punible expone una serie de bases y argumentos más sólidos, para determinar qué aspectos despiertan la indignación ciudadana, en busca de un cumplimiento eficaz de la justicia, según una sociedad tan compleja como la colombiana. La finalidad de este texto es ofrecer algunas orientaciones básicas que lleven al lector a tomar una posición para conjurar la desconfianza que hay alrededor del sistema de justicia nacional. Se revisa, entonces, el potencial del Sistema Penal Oral Acusatorio para aportar a dicho fin, dentro del marco del Estado Social de Derecho.

## 2. AREA PROBLEMÁTICA

Desde los presupuestos jurídicos de la Constitución de 1991 y a partir de la implementación del Sistema Penal Oral Acusatorio, durante el año 2005, en Colombia han existido una serie de garantías Constitucionales para los presuntos autores de una conducta punible. Estas personas, sin importar su responsabilidad en dicha conducta, siempre son sujetos de protección y de derechos, puesto que seguirán siendo pertenecientes a este Estado Social de Derecho. Sin embargo, es necesario identificar los límites de esta protección, puesto que el legislador califica una conducta punible y pondera el daño causado para imponer una pena.

El Estado Social de Derecho ha sido el marco jurídico según el cual se ha desarrollado el Derecho Colombiano y la actividad estatal durante las últimas tres décadas. Dentro de este marco, el respeto a la dignidad humana, -que es el núcleo de los derechos civiles, sociales, económicos, culturales, colectivos y medioambientales, presentes en la Constitución Política de 1991-, debe irrigar de sentido y ética la aplicación del Derecho Penal.

Se concibe, en principio, un Derecho Penal digno que sopesa las circunstancias del delito, que continúe con los aportes institucionales de los últimos siglos (el debido proceso, la presunción de inocencia, la igualdad ante la Ley, etc.) y que se adapte a las diferentes condiciones socioeconómicas por las que atraviesa la nación colombiana. (Jiménez Montes, 2008)

Sin embargo, las dinámicas sociales y mediáticas de las últimas décadas han insuflado un nuevo sentido de conciencia colectiva en la ciudadanía: las fallas del aparato estatal, de la administración de justicia y del sistema carcelario se hacen cada vez más visibles. Al mismo

tiempo, se evidencia un sentimiento de desconfianza e indignación que da un sesgo a la imagen que el Estado tiene respecto a la ciudadanía y, en especial, respecto de los reos, las víctimas y los operadores jurídicos involucrados en el Derecho Penal. Cunde una sensación de pesimismo entre la comunidad, al entenderse la visión formal y principialística de los delitos y las penas como radicalmente distinta a las realidades y a los malestares sociales que reclaman una justicia más rápida, un trato más digno a quienes se han visto privados de la libertad y un menor grado de impunidad en el país. (González Zapata, 2012)

Se hace necesario un repaso de los principales instrumentos jurídicos con los que se cuenta, dentro del Derecho Penal, para apuntalar el sentido, la moralidad y la practicidad del relativamente reciente Sistema Penal Oral Acusatorio, cuya vigencia se ha dado a partir del año 2005. Dicho sistema busca compatibilizar la exigencia de un proceso más transparente y publicitado, de cara al control ciudadano y a una mayor rigurosidad jurídica en el ambiente mediático. Al mismo tiempo, el Sistema Penal Oral Acusatorio incorpora nuevos métodos para que las partes puedan exponer y defender sus pretensiones ante el juez, por medio de los procedimientos y etapas estrictamente necesarias. Estas características deben confluir en una humanización del Derecho y, en especial, de tanto víctimas como imputados y acusados. (Nuño Henao, 2002)

Se reconoce, en la presente tesis, la urgencia de articular el elemento principialístico y moral con las exigencias ciudadanas, por medio de un conocimiento pertinente de los medios jurídicos al servicio de la ciudadanía en general. Se debe recordar, por consiguiente, que el problema de los instrumentos jurídicos surge cuando se trasciende el punto de vista formal para llegar a una dimensión humanística y pragmática, que exige la resolución o la transformación de

varios problemas que aquejan al Sistema Penal Colombiano (falta de seguridad jurídica, hacinamiento carcelario, populismo penal, etc.). (Uribe Barrera, 2012)

### **3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN**

¿Las garantías Constitucionales que protegen a los presuntos autores de las conductas punibles en Colombia, a partir de la vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio, vulneran y/o van en contraposición del verdadero sentido y el efectivo cumplimiento de la sanción de la conducta punible?

## **4. OBJETIVOS**

### **4.1 Objetivo General**

Analizar las garantías Constitucionales que protegen los presuntos autores de las conductas punibles en Colombia a partir de la vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio

### **4.2. Objetivos Específicos**

- Identificar las garantías Constitucionales para las personas implicadas en una conducta punible como presuntos autores.
- Indagar el cumplimiento efectivo de estas garantías Constitucionales y sus implicaciones
- Determinar la eventual contradicción entre la protección a los presuntos autores de conductas punibles y la sanción efectiva de la conducta.



## **5. DISEÑO METODOLÓGICO**

### **5.1. Tipo de Investigación**

La presente investigación partió de una metodología de tipo cualitativa. El resultado de este trabajo no se da en números, cifras o tabulaciones; se da, por el contrario, en conceptos hallados y en dudas e interrogantes comprendidos desde la realidad social y del contexto jurídico colombiano vigente. Se recogen conceptos esenciales, dentro del desarrollo del presente escrito, para proceder a su análisis e interpretación.

Debe tenerse en cuenta que la investigación cualitativa comprende una serie de procesos sociales e históricos que han definido la naturaleza humana. La investigación cualitativa busca despejar significados y procesos sobre las diferentes manifestaciones culturales e institucionales. Dentro del entendimiento de las investigaciones jurídicas, se resalta la investigación cualitativa como una manera de descubrir, por medio de significados y valores, la evolución y las perspectivas del desarrollo humano en sus diferentes niveles, individuales y colectivos.

(Villabela Armengol, 2015)

### **5.2. Enfoque**

El enfoque de esta investigación es un enfoque Analítico Descriptivo, toda vez que intenta descomponer e identificar, en sus elementos constitutivos, una serie de hechos o circunstancias que impactan el desarrollo de una sociedad insertada en una lógica institucional e histórica. Esta lógica está manifestada, en el presente texto, en las garantías constitucionales que protegen a los presuntos autores de conductas punibles en Colombia. El estudio de dichas garantías parte de unas inquietudes amplias que se adaptan a un panorama flexible: esta investigación es una comprensión de una serie de fenómenos jurídicos, fenómenos que han

adquirido mayor precisión y profundidad en la medida en que el componente humano y los procesos sociales se hacen más necesarios para el estudio jurídico. Desde el enfoque Analítico-descriptivo, se aprehende cada componente básico que determina la existencia y el desarrollo del objeto estudiado (para la presente investigación, el objeto estudiado son las garantías constitucionales del sistema penal oral acusatorio). El enfoque adquiere su importancia desde una visión cercana a los datos y a las evidencias recolectadas, en donde la investigadora se involucra con la comprensión de estos datos y evidencias, para luego entenderlos de manera unitaria. Puede afirmarse que el Enfoque Analítico Descriptivo busca, en primer lugar, determinar los diferentes componentes que condicionan el conocimiento del fenómeno investigado para, posteriormente, comprenderlo de manera holística, al hilarse estos componentes de modo armónico. (Villabela Armengol, 2015)

### **5.3. Método de Investigación**

El método utilizado es un análisis descriptivo de datos, el cual se basa en un resumen de la información recolectada para su posterior y eficiente caracterización. Este tipo de análisis se manifiesta por medio de la organización de una serie de conocimientos que, en un primer momento, están dispersos, para adquirir, luego, una importancia mayor, dada una articulación elaborada desde la clasificación y la lectura de toda la evidencia alrededor de un solo fenómeno. En otras palabras: el estudio de las garantías constitucionales del Sistema Penal Oral Acusatorio adquiere importancia gracias a la información, obtenida desde la Ley, la Doctrina y Jurisprudencia, que, luego, es enfocada, organizada e interpretada para fines investigativos. (Cerdeza Gutiérrez, 1993)

## **6. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PARA LAS PERSONAS IMPLICADAS EN UNA CONDUCTA PUNIBLE COMO PRESUNTOS AUTORES.**

### **6.1. Introducción**

En Colombia, con la implementación del Sistema Penal Oral acusatorio, se buscó darle agilidad a los procesos penales, por medio de un orden planteado para ser rápido y eficiente. Estas cualidades del Sistema han implicado diversos derechos Constitucionales que los presuntos autores de conductas punibles tienen solo por el hecho de ser ciudadanos. El otorgamiento de estos derechos parte de la Presunción de Inocencia, garantía fundamental para el correcto funcionamiento de la administración de Justicia.

En este capítulo se determina y analiza cómo el nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio ha incorporado las principales Garantías constitucionales que existen en Colombia, para los presuntos autores de las conductas punibles.

### **6.2 Generalidades del Sistema Penal Oral Acusatorio En Colombia**

Con la implementación del Sistema Penal Oral Acusatorio, en Colombia se generaron cambios importantes en los procesos penales (Avella Franco, 2007):

1. Se separan las funciones de investigación de las funciones Judiciales. Es así como se replantean las labores del organismo de Policía Judicial para realizar la investigación (Funciones de campo), siempre bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación.

Quién tiene la responsabilidad de decidir sobre los derechos fundamentales del investigado o imputado (derechos como la libertad, la privacidad, entre otros) es una Autoridad Judicial o un Juez de Control de Garantías. Asimismo, se autoriza a la Fiscalía para aquellas diligencias consideradas como urgentes, tal como registros, allanamientos, entre otros y excepcionalmente las órdenes de captura. Sin embargo, no existe en este último caso una amplia autonomía, puesto que finalmente será el Juez de control de Garantías quien avale y legalice dichas actuaciones.

2. Se implementa el llamado “proceso adversarial”. En este tipo proceso, el fiscal es una parte totalmente independiente e imparcial que se enfrenta a un contradictor que es el acusado, quien en todo el proceso estará actuando por intermedio de un profesional en derecho (defensor). El juez es un intermediario neutral que escucha ambas partes y toma una decisión con base en las tesis y en los elementos materiales probatorios, presentados durante todo el proceso. Asimismo, el juez debe hacer prevalecer las garantías judiciales y los derechos fundamentales del acusado. Estos derechos y garantías se reconocen desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso, incluyendo todas las etapas del juicio oral y el cumplimiento de la condena en caso de ser condenado.
3. Si bien el nuevo Sistema no reconoce a la víctima como parte, sí amplía sus derechos a la reparación integral, a la verdad y a la justicia. A partir de la audiencia preparatoria, la víctima podrá intervenir de forma más activa en el proceso, lo cual realiza por medio de un defensor de confianza (si no posee recursos, se le designara un defensor de oficio)

#### 4. Uno de los cambios más importantes y notorios en el nuevo Sistema Penal Oral

Acusatorio es el paso de un sistema escrito y reservado a un Sistema Oral y público. Este cambio conlleva a un proceso ágil, eficaz y transparente. La publicidad del proceso hace que las decisiones del juez sean controladas de una manera más detallada, tanto por las partes como por la sociedad. La publicidad hace alusión, igualmente, a los medios de comunicación en general: a cómo los hechos son cubiertos y comprendidos sin que se dé una falta de transparencia por parte del Estado. Por otra parte, la ciudadanía, además de realizar un control social sobre el desarrollo del proceso, también puede participar en éste, durante la etapa del Juicio, como testigo de los hechos debatidos.

### **6.3. Garantías Principales en el Sistema Penal Oral Acusatorio**

#### ***6.3.1. Allanamiento, Preacuerdos y negociaciones.***

Si bien uno de los derechos fundamentales que tiene el imputado o acusado es el derecho a la no autoincriminación, el Sistema Penal Oral Acusatorio marca la posibilidad de celebrar preacuerdos o negociaciones entre el fiscal y el imputado o acusado. Estos preacuerdos consisten, básicamente, en que este último ofrezca información personal o del hecho delictivo que se procesa. Dicha información debe ser de vital importancia para el esclarecimiento del proceso, dándose una terminación anticipada de éste a cambio de una menor pena. Por su parte, el allanamiento es la aceptación de los cargos atribuidos por la fiscalía al imputado o acusado, también a cambio de una rebaja en la pena. El allanamiento debe originarse por decisión

unilateral del imputado o acusado; si es propuesto por el fiscal, se entra en el plano de la negociación o acuerdo. (Gómez Velásquez & Castro Caballero, 2009)

Al ser un instrumento que promueve la agilidad, el allanamiento es incentivado con el otorgamiento de rebaja de penas. Dichas rebajas comprenderán un mayor periodo, si el allanamiento se da durante las audiencias preliminares.

Tanto el allanamiento como los preacuerdos siempre serán ajustados a la política criminal del Estado, manejada por el ente regulador que lo representa dentro de la actuación penal (esto es, La Fiscalía General de la Nación). Además, el allanamiento y los preacuerdos serán de obligatorio cumplimiento por el Juez de Conocimiento quien, como ente neutral dentro de todo el proceso, revisará que la negociación a la que llegaron las partes esté conforme al derecho. Aprobada la negociación, se fija fecha para la audiencia donde se dictará la sentencia respectiva en el sentido del preacuerdo. (Gómez Velásquez & Castro Caballero, 2009)

### ***6.3.2. Conciliación y mediación.***

La conciliación y la mediación, como medios alternativos de solución de conflictos, fueron introducidas por el Sistema Penal Oral Acusatorio como mecanismos para la protección de la Víctima y la defensa de sus derechos. Estos mecanismos son una forma de terminación anticipada del proceso penal, por lo que también constituyen una garantía o beneficio para el indiciado o imputado. Son, además, un refuerzo al principio de economía procesal y el no desgaste del aparato judicial, teniendo presente que estos mecanismos se podrán llevar a cabo en las universidades, notarias y demás centros privados a los que la Ley haya otorgado competencia para dicho trámite. En su defecto, la conciliación podrá hacerse en las Unidades de la Fiscalía demarcadas para ello. A su vez, la conciliación es un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal respecto de algunas conductas, esto es: para los delitos querellables. Este

mecanismo también puede llevarse a cabo en el incidente de reparación integral a la víctima: el acuerdo al que se llegue será incorporado en la sentencia, lo que también genera un beneficio para el condenado al momento de dosificar la pena. (Becerra, 2009)

La mediación como elemento adicional y diferencial a la conciliación tendrá un tercero neutral llamado “mediador”, quien es escogido por las partes. Esto conlleva a una participación más activa de los ciudadanos. El mediador es el encargado de hallar fórmulas de arreglo, concretar peticiones exageradas y explicar, de una manera más clara, las posiciones de cada parte. Es importante tener claridad en que la fórmula de arreglo propuesta por dicho mediador no será de carácter obligante: sólo se busca que las partes acepten la propuesta realizada que será tomada, en principio, como una simple recomendación. Esta mediación puede llevarse a cabo durante toda la etapa preliminar, de acusación y preparatoria de la actuación penal, y sólo hasta el inicio del Juicio oral. (Becerra, 2009)

### ***6.3.3. Principio de Oportunidad.***

Este principio parte de dos presupuestos: la imposibilidad del Estado para procesar toda presunta actuación delictiva, sin importar la cuantía o la complejidad, y el propósito de orientar las actuaciones de los órganos judiciales, desde su etapa investigativa, hacia aquellas acciones o conductas consideradas como graves y complejas, como lo son los de lesa humanidad o los originados por la delincuencia organizada. Este principio se incorpora en el ordenamiento jurídico por medio del Acto legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004. En el artículo 324 *ejusdem*, se enumera, de manera taxativa, aquellas situaciones en las cuales el fiscal podrá aplicar el principio de Oportunidad. (Bedoya Sierra, Guzmán Díaz, & P, 2010)

En aras de la aplicación de este principio, el fiscal podrá hacer uso de la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal. Esto se establece para estimular el uso de los medios que conduzcan a una solución alternativa de conflictos, evitándose condenas innecesarias y buscando la colaboración de las personas involucradas en las conductas punibles, para el desmantelamiento de organizaciones delictivas. (Bedoya Sierra, Guzmán Díaz, & P, 2010)

#### **6.4. Principios Rectores y Garantías Procesales**

##### ***6.4.1. Dignidad Humana.***

*“Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.”* (Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, art. 1)

La Dignidad humana es el principal principio rector: es el principio de principios, toda vez que los demás parten de la base de un trato humanitario para los sujetos procesales. La dignidad, dentro del Derecho Penal surge en cómo la administración de justicia tiene el deber de considerar a los presuntos autores de conductas punibles y a los ya condenados como seres humanos, sin exponerlos a tratos humillantes o degradantes. Para estar a la altura del Principio de Dignidad Humana, La Ley Penal, además de tener la obligación de congeniar con la Constitución Política de Colombia, debe respetar e ir en congruencia con el Derecho Internacional, manifestado por medio de pactos y tratados, o en documentos tan importantes como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. (Ramírez Villanueva, 2010)

Este principio se ve reflejado no sólo durante el proceso penal; también se debe extender hasta la etapa pos-delictual: desde los actos meramente investigativos, donde la parte pasiva del proceso es solamente un presunto autor de la conducta que se investiga, hasta el momento

cuando se dicta una sentencia, momento en el cual ya pudo haberse establecido una responsabilidad en contra de este sujeto procesal. El principio de dignidad debe aplicarse incluso durante el periodo cuando el condenado esté cumpliendo su condena, sea cual fuere la misma: durante toda la etapa penitenciaria y de resocialización del condenado. El principio de dignidad limita al legislador, al momento de establecer 1) las conductas que serán tipificadas como delito, 2) las penas a imponer por infringir dichas normas y 3) los procedimientos que se llevarán a cabo durante toda la actuación penal. Asimismo, el principio de dignidad limita la actuación judicial durante la interpretación y la aplicación de las normas para cada uno de los casos específicos. Igualmente, la dignidad es un principio que señala el alcance de la actuación de organismos y ciudadanos en general, los cuales hacen parte del proceso: sus actuaciones deberán medirse para evitar conductas crueles, arbitrarias, inhumanas y degradantes; actuaciones que afecten o puedan llegar a afectar la dignidad del sujeto procesal o de cualquier ciudadano que intervenga directa o indirectamente en el proceso. (Ramírez Villanueva, 2010)

El legislador, al establecer la Dignidad humana como principio rector de la ley penal, recuerda que el condenado seguirá siendo un ser humano, un ciudadano que sigue perteneciendo al Estado Social de Derecho. Seguirá siendo un ser humano, así sea responsable dentro del proceso penal y sea condenado como tal. Por lo anterior en las cárceles y, en general, todo el sistema penitenciario no debe olvidarse que un condenado lo único que pierde es su libertad. Por consiguiente, se deberán respetar y asegurar las garantías mínimas del condenado durante su encierro. Esto significa que el condenado no debe ser expuesto a circunstancias tales como el hacinamiento carcelario u otras tales que lo obliguen a subsistir bajo circunstancias

infrahumanas, como las que se viven en muchos establecimientos penitenciarios en Colombia.

(Ramírez Villanueva, 2010)

#### **6.4.2. Libertad.**

*“Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.”* (...) (Código de procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Artículo 2, inciso 1)

La libertad, a pesar de ser un derecho fundamental del ciudadano (contemplado en la Constitución Política de Colombia, en tratados internacionales sobre derechos humanos, civiles y Políticos y al ser un principio del Procedimiento Penal), no es una cualidad absoluta. La Ley establece una serie de parámetros y de circunstancias específicas para que un Juez de control de garantías pueda restringir o quitar este derecho a un presunto autor de una conducta punible.

*(...) “El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada. En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a*

*disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.” (Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, art.2, incisos 2 y 3)*

El Estado, por medio de sus legisladores, puede limitar este derecho, dentro de los márgenes de razonabilidad y proporcionalidad. Dicho límite se fundamente en la protección y en la defensa de los intereses generales y particulares de los ciudadanos, quienes se pueden ver afectados con la conducta punible. Sin embargo, esta facultad que tiene el legislador, para decidir sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos (en especial, sobre la libertad), tampoco es absoluta. El legislador debe sujetar su conducta a lo que está establecido por la Constitución y por los tratados de Derechos Humanos, los cuales el Estado colombiano ha suscrito. Para ello, se han propuesto una serie de condiciones claras como son las siguientes:

La libertad debe ser restringida en virtud del mandamiento escrito de la autoridad judicial competente. Si por las circunstancias en que ocurran los hechos no es posible obtener previamente dicho mandamiento, la detención deberá ser legalizada ante el Juez de Control de Garantías o ante el Juez de Conocimiento (si la captura se presenta en etapa de juicio). La restricción de la libertad debe darse según las formalidades legales y por motivos previamente definidos por la Ley. Lo anterior, según el Derecho Colombiano, establece la prohibición de privar de la libertad por motivo de deudas o de penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Pérez Novoa, 2007)

Durante la protección del principio de libertad, el Juez de control de garantías desempeña un papel indispensable, toda vez que será el garante del cumplimiento de este principio y quien determina su limitación, según los parámetros establecidos por la Ley. El Juez

de Control de Garantías actuará como un guardián del grado de libertad administrado, tanto al momento de ordenar una captura como en aquellas situaciones en que ella se dé sin su orden. En otras palabras: el Juez vela por la legalidad de las actuaciones que dieron lugar a la detención del sujeto.

Este control que efectúa el Juez de Control de Garantías se denomina “control de legalidad de la captura o privación de la libertad.” Durante este control no sólo se examinan las condiciones en que se dio la detención, con el fin de identificar conductas arbitrarias que den lugar a una presunta violación de otros derechos fundamentales del detenido; también el juez se encarga de evaluar la necesidad de que el sujeto procesal sea privado de su libertad antes del juicio –esto es: si existen razones jurídicamente respaldadas para limitar un derecho fundamental-. Todo esto se hace con el fin de proteger la humanidad del detenido, en el entendido de que la protección a la libertad individual del ciudadano es la regla; su limitación será únicamente la excepción. (Pérez Novoa, 2007)

#### **6.4.3. Igualdad.**

*Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.* (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, artículo

La igualdad hace referencia a un trato igualitario entre todos los ciudadanos que hacen parte del Estado Colombiano, pero esta igualdad ante la ley, será identificar las diferencias de los ciudadanos para así lograr un equilibrio. Para el tema que hoy nos ocupa, la Igualdad en el área Penal se materializa a través de un Principio denominado igualdad de Armas, por ser un sistema adversarial, cada adversario tendrá igualdad de oportunidades de defensa y medios para ello, como por ejemplo al momento de presentar los elementos materiales probatorios en el juicio. Para garantizar esta oportunidad en las mismas condiciones para los intervinientes en el proceso todos los Elementos Materiales probatorios se descubrirán en la audiencia de Acusación (la fiscalía) y en la preparatoria (la defensa), a fin de que en el Juicio ninguna de las partes se lleve sorpresas y quede en desventajas en el ámbito probatorio. Además de lo anterior durante todo el proceso penal también se identificará aquel desequilibrio mencionado anteriormente, aquellas diferencias entre las partes para garantizar una armonización de dichas condiciones. (Arias Duque, 2012)

Al final del primer inciso del artículo cuarto del Código de Procedimiento Penal Colombiano, se hace más claro el tema de armonizar los desequilibrios entre las partes, pues no se trata de un trato igualitario raso, pues hace énfasis en ese especial y “diferencial” cuidado para aquellas personas que por condiciones especiales se encuentren en desigualdad ante los demás intervinientes.

**6.4.4. Imparcialidad.**

*En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.* (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Art. 5)

Una de las generalidades del nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio fue que se le quitó protagonismo al Juez dentro del proceso: él deja de ser considerado parte dentro del mismo, toda vez que sólo será un árbitro totalmente neutral por su independencia. Teniendo en cuenta que carece de medios de conocimiento que lo puedan llevar a pre-juzgamientos, se tendrá la seguridad de que la decisión final del juez será basada únicamente en lo probado por las partes durante el juicio, en la práctica de pruebas. Por consiguiente, las partes son las que tienen la carga de la prueba, para demostrar el peso de sus pretensiones.

Cuando el Juez excede su ámbito constitucional, abusa de su posición -actuando con intereses propios- o decide a partir de intuiciones subjetivas, deberá someterse a las consecuencias jurídicas de su acción. En este caso, el Juez puede estar incurriendo en el delito de prevaricato, el cual consiste en dictar una sentencia a pesar de que esta puede ser injusta y contraria a Derecho. Este Delito está tipificado por los Artículos 413, 414, y 415 del Código Penal.

La decisión del juez está sometida al imperio de la Constitución Política de Colombia y de la Ley. Asimismo, como instrumentos auxiliares o de apoyo complementario, la doctrina y la jurisprudencia, tal como lo establece el Artículo 230 Constitucional.

#### **6.4.5. Legalidad.**

*Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia. (Código de Procedimiento Penal Colombia, Ley 906 de 2004, Art. 6)*

El principio de legalidad sostiene, en gran parte, el principio de imparcialidad (ya analizado en la sección anterior). Según el principio de legalidad, las actuaciones procesales penales serán regidas únicamente por la ley. Desde la etapa investigativa hasta el juicio, el juez, el fiscal y todos los servidores judiciales deberán actuar conforme a la ley actual, pues la retroactividad de la ley sólo se aplicara en favor del condenado. Por ejemplo: en la rebaja de la tasación de la pena, según el artículo 6 *ejúsdem*. En este artículo, el legislador es muy claro al especificar que no podrán juzgarse aquellas conductas consideradas como delitos con posterioridad a la actuación que es debatida durante el proceso. (Orduz Barreto, 2010)

La legalidad como mandamiento estricto es la prohibición al Estado de iniciar un procedimiento penal para aquellos hechos que, por mandato de la Ley, no sean considerados como delitos. Esto significa que la fiscalía tiene a su cargo la tarea de iniciar el proceso investigativo, previo a la imputación de una conducta. La fiscalía debe recolectar los suficientes elementos materiales, según un sustento jurídico, para asegurar ante un juez de control de garantías que la conducta investigada es considerada por el ordenamiento jurídico como delito.

No obstante, esta tarea no es una obligación absoluta de la fiscalía, toda vez que el Juez también tendrá la competencia para declarar la preclusión del proceso por “Conducta atípica”, (esto es: que la conducta investigada dentro del proceso no es considerada delito por la ley.) (Orduz Barreto, 2010)

**6.4.6. Presunción de inocencia e In Dubio Pro Reo.**

*Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Artículo 7).*

Tal como reza el artículo ejúsdem, siguiendo el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 14, numeral segundo, del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos, toda persona se presume inocente hasta tanto no se compruebe su responsabilidad en un proceso judicial, (en este caso: el Proceso Penal). Como garantía del anterior presupuesto, la carga de la prueba está concentrada única y exclusivamente en la fiscalía. Es este ente quien deberá probar al juez la responsabilidad del sujeto acusado de la conducta delictiva y en ningún caso se trasladará esta prueba. Esto significa que, en ningún momento, el acusado tendrá que probar su inocencia. Lo único que debe hacer durante el proceso por medio de su defensor es controvertir los elementos probatorios o las pruebas presentadas por la fiscalía. Es así como el

juez será el único quien definirá, mediante su sentencia, con base en todo lo probado dentro del juicio y fuera de toda duda razonable, si el acusado es o no responsable de la conducta delictiva que se le acusa. En caso de que la fiscalía no haya logrado probar la culpabilidad del sujeto, el juez no tendrá más alternativa que declararlo “no culpable”, pues se presumía como tal desde el comienzo del proceso. (Bustamante Rúa, 2010)

**6.4.7. Derecho a la No Autoincriminación.**

*En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a*

- A. No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;*
- B. No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;*
- C. No se utilice el silencio en su contra;*
- D. No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse; (...)* (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Art. 8)

Basados en el principio, estudiado anteriormente, de presunción de inocencia, el imputado podrá guardar silencio sin que ello sea tomado en su contra. La fiscalía, al encabezar la condición de ofrecer y justificar judicialmente carga de la prueba, deberá demostrar que tiene argumentos razonables para imputar una conducta punible al sujeto investigado. Sin embargo, el

ente acusador no se deberá apoyar en el testimonio del mismo sujeto, mediante el cual se autoacuse o acepte su responsabilidad o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo civil. Esta garantía incluye al cónyuge o compañero permanente del acusado, sean éstos parejas del mismo o de distinto sexo.

Cabe aclarar que este derecho es renunciable, con el fin de que el imputado pueda obtener mayores garantías (como ya se estudió en el aparte de los preacuerdos o negociaciones). Esto no significa que se pueda usar en su contra dentro de un proceso penal, a fin de conseguir una negociación previa por medio de diálogos con la fiscalía. La fiscalía puede solicitar que el procesado sea llamado a ser interrogado, al momento de la práctica de las pruebas. No obstante, esto no significa que el procesado esté obligado a declarar en su contra, al aceptar esta prueba y rendir el interrogatorio, toda vez que podrá guardar silencio, en aquellas preguntas que tengan como fin incriminarlo. (Riveros-Barragón, 2008)

#### **6.4.8 Defensa.**

*En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a (...)*

*E. Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado; (...)*

*I. Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba*

*comparecer;*”(…) (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Art. 8)

En conexidad con el Principio de Igualdad, el Derecho de Defensa indica que el acusado deberá estar acompañado durante todo el proceso Penal, a partir de la audiencia de imputación, de un profesional de derecho. Esto se exige con el fin de guardar equidad en relación con la contraparte que es la fiscalía. Si, por condiciones económicas, el Imputado no puede pagar un Abogado de confianza, el Estado está en la obligación de proporcionarle uno de oficio, quien debe estar en las condiciones necesarias para brindarle el mismo servicio y asesoría que le brindara uno de confianza. El procesado tendrá derecho a mantener un dialogo constante con su Abogado, para conocer todas y cada una de las etapas procesales y para preparar su defensa, en concordancia con el conocimiento que tiene de los hechos y del conocimiento profesional que el Abogado tiene sobre el proceder legal.

Dentro de este derecho de defensa, una vez más ligado al principio de igualdad, el imputado tendrá también derecho a (...) *f) Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él;* (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Art. 8) Esta asistencia, por parte de un traductor o intérprete, impacta, sobre todo, a personas extranjeras (particularmente a inmigrantes). En todo caso, este tipo de acompañamiento debe darse con tal de que el acceso a la justicia de todas las partes se de en condiciones de igualdad. El proceso debe reconocer y solucionar los factores reales de desigualdad que pueden

entorpecer el debido proceso. Esto exige la incorporación de medidas que reduzcan o eliminen las deficiencias que afecten una defensa eficaz. (Salmón & Blanco, 2012)

#### **6.4.9. Oralidad.**

*La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.*

(Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Art. 9)

Gracias a la garantía de la oralidad del Proceso Penal, la situación del presunto autor de una conducta punible podrá ser definida con mayor agilidad, toda vez que se eliminan los dispendiosos y gigantescos expedientes con el fin de descongestionar la labor en los despachos judiciales.

Lo anterior no significa que no quede constancia de lo actuado: todas las actuaciones (ya sea que se den antes o durante el proceso) deberán ser conservadas en medios técnicos idóneos. La oralidad garantiza satisfactoriamente que sea posible desarrollar la audiencia de juicio sin solución de continuidad: los actos orales crean en el juez, las partes y los intervinientes la necesidad del conocimiento continuo de la causa. (Jiménez Montes, 2008, pág. 37)

El principio de oralidad es igualmente un método que señala el camino para que principios como la contradicción, la publicidad, la inmediación y la concentración se hagan presentes durante el proceso, adquiriendo así una practicidad y un sentido verdaderos.

**6.4.10. Contradicción.**

*Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada. Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Art. 15)*

Este principio, además de tener su efectividad consagrada en el principio o método de la Oralidad, tiene una conexidad directa con el principio de la igualdad, pues su finalidad es que ambas partes tengan igualdad de derechos en el campo probatorio. Dado lo anterior, la Fiscalía general de la Nación, quien tiene la carga de la prueba, deberá en la audiencia de Acusación enumerar y descubrir todos aquellos elementos materiales probatorios en los que sustenta su hipótesis. Además de ello, la fiscalía también está en la obligación de describir aquellos elementos de los que tenga conocimiento y que puedan llegar a ser favorables al procesado.

Este descubrimiento inicial tiene como propósito que, al momento del juicio oral, ambas partes lleguen con pleno conocimiento de las armas que tiene su contraparte para argumentar su hipótesis. La defensa tendrá así las herramientas suficientes para preparar sus argumentos, teniendo en cuenta que no tiene que probar la inocencia del procesado, pues la misma se presume. (Zabaleta Ortega, 2017)

Es por esto que toda prueba que trate de practicarse en el juicio, sin haber sido descubierta previamente, será nula y no podrá ser tenida en cuenta por el juez, bajo ninguna razón, para motivar su decisión.

**6.4.11. Inmediación.**

*En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004 artículo 16)*

El juez solo podrá motivar su decisión a partir de los hechos hayan sido probados durante el juicio, esto es: sólo se podrán valer aquellas pruebas practicadas ante el togado, en su debido momento procesal. Con este principio, se intenta dejar atrás el principio de permanencia de la prueba que era característico de los anteriores sistemas. Todo esto lleva finalmente al juez a tomar una decisión más racional e imparcial. (Avella Franco, 2007)

**6.4.12. Concentración.**

*Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, artículo 17)*

Se entiende que todas las actuaciones, según el principio de concentración, se llevan de manera ininterrumpida, desde los actos investigativos hasta el juicio oral y la sentencia. Esto se hace con el fin de darle celeridad al proceso y garantizar que, durante el menor tiempo posible, se defina la situación legal del procesado, buscando siempre proteger sus derechos fundamentales (especialmente, aquellos que, con el inicio de un proceso penal en su contra, se puedan ver en peligro).

Empero, el constituyente, al hacer referencia a este Principio, en el Artículo 250 de la Carta Política, se enfoca únicamente en la concentración del Juicio oral. En este mismo sentido, es invocado por el legislador en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal Colombiano. Según lo anterior, el juicio oral se deberá llevar de manera concentrada e ininterrumpida, para que el juez no sufra distracción alguna sobre los temas abordados en dicha audiencia. De ser necesaria la suspensión de la audiencia, por la complejidad de ésta, deberá ella continuar lo más

pronto posible, a más tardar el día siguiente. Se preocupa, por tanto, que sólo sea necesaria esa única suspensión. (Zabaleta Ortega, 2017)

#### **6.4.13. Publicidad.**

*La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. 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. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Artículo 18)*

La publicidad dentro del proceso penal tiene dos enfoques los cuales gozan de vital importancia. Primero, el enfoque del control externo, el cual consiste en que las actuaciones del juez pueden ser observadas por los medios de comunicación y la ciudadanía en general. Esto sucede cuando las audiencias tienen la característica esencial de ser públicas: el juez se sentirá más presionado para actuar en derecho durante todo el proceso. Su actuación estará bajo la auditoria constante de la ciudadanía, evitándose abusos o desvíos de poder que podrían encubrirse con mayor facilidad dentro de un sistema privado. Segundo, el enfoque del control interno, esto es: el que realiza el imputado y su defensa y, en general, las partes o intervinientes dentro del proceso. Según esto, todas las decisiones deberán tomarse en presencia del procesado. Además, el procesado deberá tener claridad sobre los cargos que le son imputados: que los

delitos atribuidos a su conducta no escapen de su conocimiento, al igual que las circunstancias fácticas que enmarcan la motivación material de la imputación. (Gómez García, 2015)

Teniendo en cuenta que cada una de las actuaciones, desde la audiencia de imputación hasta el juicio oral, hace parte del proceso penal, dicha Publicidad deberá practicarse desde las audiencias preliminares. Lo anterior se plantea con la finalidad de que se pueda ejercer tanto el control interno como el externo, o de orden público, desde el comienzo del Proceso. Por consiguiente, se cuenta con la posibilidad de que el procesado conozca, de primera mano, su situación en cada etapa del proceso, de una manera comprensible y expresa.

#### **6.5. Conclusiones Parciales.**

Luego del análisis hecho a cada principio del proceso penal oral, se puede evidenciar que tanto el constituyente como el legislador Colombiano pretenden en todo momento la protección de los derechos fundamentales de las partes dentro de dicho proceso. Más allá de si se trata de la víctima o del presunto actor de la conducta punible, ambos son considerados siempre como ciudadanos, seres humanos y sujetos de derecho que hacen parte del Estado Social y democrático de Derecho. Nadie debe ser despojado de sus derechos, ni siquiera cuando un Juez de la Republica, dentro de un proceso limitado por las garantías antes mencionadas, lo declara responsable de la conducta a la que se le acusa. Incluso, durante y después del cumplimiento de la pena, en la etapa de reinserción Social, el sentenciado sigue siendo sujeto de cada uno de los derechos contemplados en la Constitución Política de Colombia y en la legislación vigente.



## **7. EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SUS IMPLICACIONES**

### **7.1. Introducción**

Luego de identificar cada una de las Garantías Constitucionales para los presuntos autores de una conducta punible, es procedente indagar hasta qué punto lo que, en teoría, parece ser un amplio catálogo ético, es aplicable en nuestro país. En principio, se debe reconocer los diferentes postulados y orientaciones del legislador, para intentar interpretar la norma desde un punto de vista crítico. Esta condición tiene en cuenta el contexto problemático actual del Derecho Penal, debido a las diferentes y evidentes falencias que se encuentran en todo el recorrido procesal, dentro del sistema acusatorio y adversarial adoptado por el Estado mediante la Ley 906 del año 2004. Según dicho sistema, una de sus finalidades es salvaguardar, con eficiencia y eficacia, las garantías Constitucionales, tanto del presunto autor de la conducta punible como de la víctima. Estas garantías, a la luz de un concepto de Estado Social y Democrático, se ven desvirtuadas con el Sistema Penal de tendencia inquisitiva, aplicado durante la normatividad anterior.

A continuación, se presenta el rastreo del cumplimiento efectivo de las garantías constitucionales dentro del Proceso Penal, identificando algunas etapas de este proceso.

### **7.2. Etapa de Indagación e Investigación**

En la sub-etapa de indagación, la Fiscalía General de la Nación, y en algunos actos el organismo de Policía Judicial, inicia la recolección de elementos necesarios para identificar si la

actuación notificada, por medio de la noticia criminal, se trata efectivamente de una conducta tipificada en la Legislación Colombiana como delito. Si se identifica al presunto acusado como el autor de dicha conducta, esta etapa puede terminar de tres maneras: el archivo, la preclusión o la continuidad del proceso.

Toda esta etapa está a cargo del Fiscal. Él es quien archivará el expediente, dará inicio a la siguiente sub-etapa, la Investigación Formal, o solicitará ante un juez de Control de Garantías la preclusión del caso, por considerar que la conducta es atípica. En cuanto a este punto de la preclusión, la Corte Constitucional ha precisado que es la fiscalía la única entidad facultada para solicitarla ante el Juez de Control de Garantías, durante esta etapa inicial del proceso. Cabe aclarar que esto no vulnera en absoluto el Derecho constitucional a la igualdad. Según la Alta Corporación, el “principio de Igualdad de Armas no supone el deber de conferir idénticas potestades y cargas procesales, pues la correcta aplicación del principio de igualdad supone el trato similar a situaciones semejantes y el trato diferente para situaciones disímiles” (Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-118) Todo esto está encaminado a preservar la integridad del indiciado, desde el principio hasta el final del proceso, por medio de los principios de presunción de inocencia, eficacia y economía procesal.

Sin embargo, respecto a esta etapa de Indagación e investigación, sale a relucir una duda sobre las posibles irregularidades que desvirtuarían aquel fin principal de protección a los derechos del indiciado durante todo el proceso. Esta protección que ha sido reiterada, de forma “unívoca, consistente y sólida, por la Corte Constitucional:

*(...) en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio*

*del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación. (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-127)*

No obstante, esta protección se podría estar viendo vulnerada, por algunos yerros o vacíos del legislador en cuanto a la etapa de Indagación e investigación se trata.

En primer lugar, la Constitución Política de Colombia, la legislación y la jurisprudencia son reiterativos al señalar que el indiciado tiene derecho a la defensa incluso antes de ser imputado:

*Facultades de quien no es imputado: Quien sea informado o advierta que se adelanta una investigación en su contra, podrá asesorarse de Abogado. Aquél o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.” (Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Art. 267).*

Sin embargo, el indiciado no tiene un medio legal para darse cuenta que se adelanta una investigación en su contra, antes de la audiencia de Formulación de Imputación. El presunto autor sólo se entera por medio de la notificación oficial, vinculándose así al proceso. Si se

enterara por otro medio, y pudiese acudir al derecho de defensa que le asiste, tendrá que limitarse al tiempo que la fiscalía considere necesario para solicitar audiencia de imputación. En contraste, el indiciado no tiene ninguna herramienta judicial para dar apertura oficial al proceso.

En segundo lugar, el legislador le da la facultad a la Fiscalía General de la Nación de realizar la dirección, coordinación y control de algunos actos dentro de esta etapa, sin necesidad de autorización ni control judicial previo a estas actuaciones. Las inspecciones del lugar de los hechos (o distinto a este), el registro, el allanamiento, la retención de correspondencia, la interceptación de comunicaciones, son acciones reconocidas por los Artículos 213 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, se permite que el mismo ente acusador sea el encargado de determinar la legalidad de las actuaciones y, a su vez, quien identifique aquellos motivos “razonablemente fundados” que lo llevarán a emitir las órdenes necesarias que definirán el curso de la indagación y de la consecuente etapa de investigación. Estos actos pueden afectar las garantías y los derechos fundamentales como el derecho a la Intimidad, consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia. Esto puede darse gracias a que el legislador no instó ese control de legalidad para estas actuaciones, puesto que es el mismo ente que las realiza quien las coordina y controla. (Avella Franco, 2007)

Al finalizar los actos de indagación, la fiscalía tendrá elementos de juicio que lo lleven a inferir razonablemente que el indiciado es autor o participe de una conducta punible. A partir del resultado de este razonamiento se solicita ante el Juez de Control de Garantías la Audiencia de Formulación de Imputación. Esta formulación de imputación se tiene como un acto informativo, mediante el cual se le notifica al indiciado que hace parte de un proceso penal. Con esta

notificación ante el Juez, el presunto autor de la conducta punible queda oficialmente vinculado al proceso. Después de ser notificado, el indiciado pasa a ser un imputado.

Esta actuación no es sencilla ni irrelevante, pues además de la mencionada audiencia, se realiza la audiencia de control de legalidad de todas las actuaciones efectuadas previamente por la fiscalía, evaluación hecha por el Juez de control de Garantías. Se evalúa, por ejemplo, la legalidad de las posibles capturas efectuadas o de los elementos materiales probatorios, obtenidos en la etapa de indagación. El grado de legalidad de estas actuaciones decide el futuro curso del proceso. De ser procedente también se realiza la solicitud de medidas de aseguramiento. Se evidencian tres audiencias totalmente diferentes pero que se concentran en un mismo momento y escenario, sin que eso signifique que en algún momento pierden su carácter individual.

Por todo lo anterior, es en estas audiencias, conocidas popularmente como “Triple combo” es donde se ve más en riesgo los derechos fundamentales del indiciado, especialmente el Derecho a la Libertad.

Uno de los problemas que enfrenta el país en la actualidad es el hacinamiento en los establecimientos carcelarios. Una de las causas de ello es que no hay una preparación cultural suficiente para entender que existen medios alternos para sancionar a los autores de conductas punibles, (como, por ejemplo, los trabajos comunitarios obligatorios). La privación de la libertad es la regla general. Sin embargo, ¿Hasta qué punto los jueces, por evitar estos problemas, optan por salidas que ponen en riesgo los derechos de la víctima o de la ciudadanía en general? Se tolera que una conducta punible de menor gravedad no dé lugar a una mayor pena, sin tener en cuenta que ello puede generar una repetición de dicha conducta que llega a convertirse un círculo

vicioso: los autores pueden desarrollar un sistema delictivo que puede ampliar la gravedad y el riesgo para las víctimas y la población civil en general, pues un delito menor como un “Hurto de celular” puede llevar a delitos como lesiones personales con secuelas permanentes o el homicidio. En otras palabras: se está dando, en gran parte de la población, la generación de largos antecedentes penales sin que la sanción haya sido efectiva, más allá de una retribución por un daño hecho en un bien jurídico ajeno. Este círculo vicioso determina una constante reincidencia en donde el sistema Penal fracasa al momento de prevenir el delito y de reinsertar a la sociedad al delincuente. (Castro Majé, 2017)

Asimismo, existen vacíos legislativos al momento de generalizar algunas normas, cerrándose así el camino al juez que no podrá aplicar excepciones que deberían tener algunos casos, dependiendo la gravedad de la conducta. Por ejemplo: el legislador determinó 36 horas para legalizar la captura de un procesado y otros términos durante la ejecución de todo el proceso. Si se vencen estos términos, se dará lugar para que la defensa solicite la libertad inmediata del procesado, invocando la figura de vencimiento de términos. Sin embargo, el legislador no identificó las posibles causas que dan lugar a este vencimiento y *“sin que llegue a importar la magnitud o gravedad del hecho delictivo, ante tal circunstancia, los operadores judiciales están llamados a adoptar la decisión correspondiente acatando postulados meramente objetivos, dejando de lado cualquier valoración subjetiva, que impida la materialización de dicha garantía constitucional”* (Castiblanco Corredor & Velásquez Méndez, 2016, pág. 2) Todas estas medidas ayudan a que el procedimiento no se contamine por la arbitrariedad de funcionarios que buscan aplicar una Justicia rápida sin el debido respeto, material y formal, a las garantías esenciales y procesales del Derecho Penal.

### **7.3. Etapa de Juicio o Juzgamiento**

Esta etapa inicia con la llamada “Formulación de Acusación”, la cual, a su vez, se divide en dos momentos: en primer lugar, se da la presentación del escrito de acusación y, en segundo lugar, la Audiencia de Formulación de acusación propiamente dicha.

Durante la implementación de esta etapa, se han identificado varias fallas de procedimiento que el legislador no detectó, al omitirse un control Material por parte de los operadores judiciales de la acusación. Lo anterior se evidencia cuando es el mismo ente acusador quien ejerce dicho control material, basado en sus propias actuaciones e identificando los elementos centrales fundamentales para formular acusación. Esto genera un tropiezo al cumplimiento efectivo de principios como el principio de Imparcialidad. Durante todo el proceso, el acusado queda prácticamente bajo la influencia única de la fiscalía, quien tiene autonomía para realizar actos investigativos sin lugar a un control de legalidad previo. (Gómez García, 2015)

La fiscalía es quien decide o no formular la imputación, con base en la información recolectada. En este punto, es este ente quien está encargado también de realizar el control material de la acusación, sin importar que sea parte procesal como ente acusador. La falta de este control por parte del juez también podría estar en contra del principio de la economía procesal: si la fiscalía incurre en un error desde la etapa de Indagación, generándose la “inferencia razonable” de que el procesado es el responsable de la conducta que se le acusa, el juez solamente podrá realizar el control material en la sentencia, a punto de terminarse el juicio oral. Si este control revela que no había lugar a dicha acusación, pudo generarse un desgaste innecesario del aparato judicial. Este desgaste hubiera sido evitado previamente si, en el

momento de la acusación, el Juez de conocimiento hubiera tenido la competencia de realizar el control material de la acusación. (Avella Franco, 2007)

Según José Joaquín Urbano Martínez (2013, pág. 83) la decisión de omitir un control material de la acusación por vía judicial no sólo aleja al proceso penal colombiano del acuerdo existente en el derecho comparado, en torno a la necesidad de un control material al respecto. Esto conduce a una situación paradójica, pues la verificación de la inferencia razonable, en torno a que el indiciado es autor o partícipe del delito por el cual se investiga, no la realiza el juez de las audiencias preliminares.

Durante todo el proceso penal, se pueden encontrar una serie de incongruencias del procedimiento, las cuales contrastan con el despliegue de garantías obligatorias a las que tiene derecho el procesado. Sin embargo, para realizar un análisis de este tema no basta fijarse únicamente en los cabos sueltos dejados por el legislador. Hace falta tener en cuenta la arbitrariedad y la subjetividad de los operadores jurídicos colombianos que está presente igualmente en cómo los diferentes tribunales del país –desde los jueces de conocimiento y de garantías hasta los togados de la Corte Constitucional, pasando por los jueces de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia- establecen interpretaciones antitéticas respecto de una misma normatividad. Por consiguiente, la lectura práctica del Código de Procedimiento Penal entra en riesgo de ser tergiversada, según el sentir y el pensar del juez que lleve el proceso. Esto da lugar a una crítica inseguridad jurídica que puede vulnerar los derechos procesales del procesado. (Pérez Novoa, 2007)

Todo el proceso Penal es una cadena que empieza con la formulación de imputación, la cual se debe basar en una serie de hechos y acontecimientos que servirán igualmente para el

sustento del escrito de acusación. A su vez, éste escrito sería el pilar para la audiencia de Formulación de Acusación. A partir de ahí, se desplegarían las demás actuaciones judiciales en torno a los hechos y situaciones que sirvieron de sustento para las actuaciones anteriores. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia expresó que la formulación de imputación solo se constituirá como un condicionamiento factico de la acusación, puesto que *“la calificación jurídica que se comunica en la imputación es provisional, y la que se ofrece en el escrito de acusación puede ser modificada en la audiencia de formulación de acusación y en los alegatos finales únicamente por el fiscal como titular de la pretensión penal y solamente para resolver con criterio favorable la situación jurídica del procesado en la medida en que con esa decisión no se afecten garantías fundamentales.”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP6701-2014, Rad. 42.357).

En la misma sentencia, se indica que limitar toda la actuación de la fiscalía a lo descrito en la acusación sería *“impedir a la fiscalía moldear el núcleo de la conducta de acuerdo con la dinámica del proceso”*. La Alta Corte concluye que:

*(...) “la acusación es un acto dúctil que permite incluso, sin causar infracción al debido proceso, condenar por “delitos” distintos al formulado en la acusación, siempre y cuando, (i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género (ii) se trate de un delito de menor entidad, y (iii), la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, entre otros presupuestos (CSJ. AP, radicado 40.675, 18 de dic, de 2013). Por lo mismo, es insensato pensar que no se pueda circunstanciar la conducta en la formulación de la acusación y en los alegatos finales, máxime cuando el núcleo fáctico de la acusación se mantiene.”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP6701-2014, Rad. 42.357).

Esta nueva interpretación del principio de congruencia pone en un estado de indefensión al procesado, vulnerando, además, una serie de derechos, entre ellos: el debido proceso, la igualdad e, incluso, el derecho a la defensa: el procesado puede ser asesorado por un abogado que, en cualquier momento, puede quedarse sin herramientas para desarrollar una defensa idónea, si no sabe en qué momento del proceso la fiscalía podrá cambiar las reglas. Esto último puede darse incluso durante la etapa de alegatos de conclusión, cuando ya no hay lugar a la controversia procesal.

Durante todo el proceso penal se evidencian algunos intervinientes momentáneos y otros, de carácter obligatorio. Entre estos últimos intervinientes está el Ministerio Público. Su participación en el proceso penal se contempla desde el Artículo 277, Numeral Séptimo, de la Constitución, y por el Código de Procedimiento Penal, en su Artículo 109. Esto crea un nuevo interrogante sobre un posible desnivel en la búsqueda de la igualdad de armas que se defiende en todos los ámbitos. El procesado estaría siendo asesorado por el abogado que esté ejerciendo su defensa; sin embargo, la contraparte estaría integrada por la fiscalía como ente acusador, y adicionalmente estaría la víctima, el defensor de la víctima y el ministerio público. Si bien se dice que la función del ministerio Publico es imparcial, al ser garante de la protección de los derechos fundamentales y poder brindar protección al procesado, existen dudas sobre la objetividad de su actuación: una misma entidad no podría, en principio, aplicar imparcialidad, cuando se trata del deber de proteger, de manera simultánea, los derechos del procesado, de la víctima y de la sociedad (Tellez Salas, Céspedes Nieves, & Espinel Rico, 2013).

A lo anterior se le puede sumar el hecho de que, además de ser un desgaste demasiado oneroso para el aparato judicial y el Estado, se identifica que el Ministerio Público no cumple

funciones individuales o exclusivas para su cargo. En otras palabras: un proceso transparente y ajustado al derecho es el resultado de la suma de las funciones que deben ejercer los demás participantes dentro del proceso. La Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ) lo resume así: *“Si existe la fiscalía, los jueces de Garantías y la defensa pública, ¿Por qué se necesita la participación de la Procuraduría en el proceso penal?”*(...) (Corporación Excelencia en la Justicia, 2013)

Respecto al tema, la Corte Constitucional concluye lo siguiente:

*“(...) el Ministerio público es a la vez un interviniente “principal” y “discreto” del proceso penal. Lo primero por cuanto desde la Constitución le ha sido reconocida una función de doble cariz consistente en velar por el respeto de los intereses de la sociedad, así como de los derechos humanos y de los derechos fundamentales afectos al proceso. Lo segundo, porque su participación debe someterse a los condicionamientos establecidos en la ley y precisados por la jurisprudencia, para no romper con los supuestos que en principio o tendencialmente articulan el sistema, relacionados con la igualdad de armas y el carácter adversarial del procedimiento. El ejercicio de sus funciones plantea por tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se le ha instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios y excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que en el proceso se alcance una decisión justa y conforme a Derecho”* (Corte Constitucional, 2014, Sentencia T-582).

A pesar de que la intervención del Ministerio Público siga siendo de dudosa necesidad, dicho ente seguirá ejerciendo sus labores, ampliamente descritas en la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal.

#### **7.4. Etapa de Ejecución de la Pena**

Esta etapa puede ser considerada como la más abandonada por los intervinientes dentro del proceso y por el Estado en general, toda vez que en la mayoría de los casos se cree que, con la sentencia, acaba el proceso. Parece que merecen más control las penas accesorias que la principal y que el procesado puede exigir la protección a sus derechos fundamentales solo hasta que el juez de Conocimiento dicte la respectiva sentencia. Esto implica el prejuicio de que una sentencia condenatoria despoja al condenado de su faceta como Sujeto de Derechos. (Jakobs, 1998)

La Crisis Penitenciaria que vive actualmente el país despierta la perplejidad y el desconcierto de la población en general y de los profesionales del derecho en particular. La Constitución Nacional en su artículo 12, prohíbe la tortura, las penas o tratos crueles para los coasociados. No obstante, el actual Sistema Penitenciario en Colombia se ha encargado de incumplir, cotidianamente, esta prohibición. Si bien el Juez de Conocimiento no deberá imponer una sanción que implique dichos tratos degradantes, la sola pena privativa de la libertad, en un país que se encuentra en crisis penitenciaria desde hace más de 15 años, ya es, en sí, degradante. (Castro Majé, 2017)

La Corte Constitucional, desde el año 1998, declaró el estado de cosas inconstitucional del Sistema Carcelario y ordenó tutelar los derechos de los accionantes y nueve ordenes más, con

las que se pretendía corregir esta crisis y así garantizar todos los derechos de los condenados. (Corte Constitucional, 1998, Sentencia T-153). Sin embargo, veinte años después, el Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia continúa en crisis, con el agravante de que, durante estos veinte años, se desarrolló el Acto legislativo 02 del 2003, mediante la Ley 906 del 2004, el Código de Procedimiento Penal, con sus respectivas reformas. De estas reformas se ha esperado un cambio de paradigma en la manera cómo se cumplen las condenas: que ellas sean más resocializadoras y correctivas de conductas futuras del condenado. (Ramírez Villanueva, 2010)

Según la Corte Constitucional, El Estado de Cosas Inconstitucional que se está viviendo en la actualidad es distinto al decretado en jurisprudencia de 1998: *“No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que éstas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX”* (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-388). Por consiguiente, el Sistema Penitenciario se encuentra enfrentado nuevamente a un Estado de cosas que va en contra de lo preceptuado por la Constitución, lo que lo convierte en un sistema *“Incompatible con un Estado Social y democrático de derecho”* (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-388).

A pesar que la misma Corte reconoce esta situación, parece que no tuviera solución pronta y viable. Las medidas que el legislador ha tomado no son idóneas, si son analizadas desde la comparación entre ventajas e inconvenientes que traería para el Estado y sus coasociados. Soluciones que generan la impunidad en un gran porcentaje de delitos “menores”

que, como se mencionó anteriormente en este documento, se pueden convertir en delitos de mayor gravedad que pudieron ser evitados. (Castro Majé, 2017)

La congestión penitenciaria es un asunto que va más allá de la construcción de nuevos centros para la reclusión. El asunto también pasa por como las políticas públicas para la resocialización de los presos se convierte en un reflejo de cómo tratamos a los sectores más vulnerables de la sociedad, de las cuales surgen, dadas las presiones sociales y económicas y la ausencia de oportunidades, un gran número de delincuentes. Por consiguiente, seguir concibiendo la justicia penal desde la retribución es ignorar todo su potencial para la formación de nuevos ciudadanos. En otras palabras, la eficiencia debe estar acompañada del garantismo y no ser su antinomia. (Bayona Aristizabal, Gómez Jaramillo, Mejía Vallego, & Ospina Vargas, 2017)

Por otra parte, la Corte, por medio de sentencias como la T-762 de 2015, también se ha pronunciado respecto al hacinamiento y a los problemas adicionales que esto conlleva. Más que un tema estructural o esporádico, el hacinamiento radica en las falencias de la política Criminal de Colombia y de ese “populismo punitivo” en el que se ve envuelto en la actualidad nuestro país: se ha entendido popularmente que una mayor población apartada de la sociedad civil es signo de éxito de una política criminal. Sin embargo, esto perpetúa un prejuicio en contra de los prisioneros, quienes se convierten en materia de los diferentes programas gubernamentales para combatir el crimen, sin detenerse en el capital humano desperdiciado, al no poder reincorporarse a la sociedad y al ser reducido a una entidad que debe estar, exclusivamente, tras las rejas. Esto es una muestra de cómo las deficiencias del Derecho Penal, alimentadas por intereses

gubernamentales de carácter coyuntural, contribuyen a la deshumanización de la población carcelaria. (Uribe Barrera, 2012)

La congestión penitenciaria es una de las falencias más graves que, en la actualidad, tiene la normatividad Colombiana, en cuanto al cumplimiento de las garantías Constitucionales para el posible condenado. Esta falencia se resume en que, a causa del populismo punitivo del que se ha hablado en repetidas ocasiones, los jueces olvidan que existen unas salidas alternas de condena. La privación de la libertad se ha convertido en la regla general, privación que solo significará eso: castigar al responsable de una conducta punible restringiendo un derecho constitucional. Se ha dejado de lado la función de resocialización de la pena, lo que ha llevado al país a volverse a sumergir en una crisis que cada día se agrava más. Lo más preocupante es que el juez o el legislador, por el afán de corregir dicha crisis, deje que el Estado entre en una Crisis peor en la que se puede ver involucrados todos los conciudadanos. (González Zapata, 2012) Esta segunda crisis es la impunidad que lleva a la desconfianza por la eficacia del Aparato Judicial. Advierte la Corte al manifestar lo siguiente:

*La sobrepoblación carcelaria, por sí misma, propicia la violencia. El hacinamiento penitenciario y carcelario lleva a la escasez de los bienes y servicios más básicos al interior de las cárceles, como un lugar para dormir. Esto lleva a que la corrupción y la necesidad generen un mercado ilegal, alterno, en el cual se negocian esos bienes básicos escasos que el Estado debería garantizar a una persona, especialmente por el hecho de estar privada de la libertad bajo su control y sujeción. La prensa, al igual que los*

*escritos académicos, ha mostrado como las personas reclusas en penitenciarias y cárceles tienen que pagar por todo. Conseguir un buen lugar en un pasillo tiene sus costos; conseguir una celda es prácticamente imposible, sobre todo por su altísimo valor.* (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-388).

Esta situación se ve en peligro de aumentar. Mientras, por un lado, se intenta combatir el hacinamiento y las situaciones precarias que esto conlleva; por otro lado, el legislador puede incurrir en uno de los grandes problemas de la administración de justicia: el Populismo Punitivo como una cultura de castigo que insiste en aumentar penas y tipificar nuevas conductas. Por su parte, las fiscalías y algunos defensores de las víctimas insisten en desgastar el aparato judicial, llevando todos los procesos hasta un juicio oral que finalmente terminan en sentencia, ignorando las salidas alternativas y la finalidad de estas al ser creadas por el legislador. (Uribe Barrera, 2012)

### **7.5. Conclusiones Parciales**

Tras un breve y concreto recorrido jurisprudencial, se evidencia que no basta tener una normatividad demasiado extensa respecto de las garantías Constitucionales dentro del proceso penal para las partes (en especial, para los presuntos autores de la conducta punible). En general, estas garantías y derechos solamente cumplen una labor formal que no se refleja en la realidad social del país, ya sea porque se legisla con cada decisión de los jueces, ya sea por influencia del populismo punitivo, se tomen decisiones que terminan afectando el bienestar general de los ciudadanos. Cabe igualmente mencionar los vacíos que el legislador genera, al momento de expedir una norma que se convierte en una teoría sin posibilidad de práctica.

## **8. LA EVENTUAL CONTRADICCIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN A LOS PRESUNTOS AUTORES DE CONDUCTAS PUNIBLES Y LA SANCIÓN EFECTIVA DE LA CONDUCTA**

### **8.1. Introducción.**

A lo largo de este trabajo, se ha identificado las principales garantías Constitucionales que protegen a los presuntos autores de las conductas punibles. Al mismo tiempo, se ha llamado la atención sobre cómo dichas garantías pueden ser vulneradas durante el transcurso del proceso penal. Además, se ha llamado la atención como una aplicación errónea de estas garantías puede poner en riesgo los derechos de la ciudadanía. Por su parte, este capítulo se concentra en la sanción impuesta al autor o partícipe de una conducta punible: como la sanción es aplicada y si cumple o no con los principios expuestos anteriormente. Por extensión, en el presente capítulo se determina el grado de afectación de las garantías constitucionales en caso de que el acusado sea finalmente condenado. No obstante, a pesar de la sanción, éste, según la deontología penal, sigue siendo un sujeto de Derecho, a pesar de las restricciones a su libertad.

A continuación se hace un recuento y un análisis sobre las sanciones aplicables a los que resultaren autores o partícipes de una conducta punible. Tanto el recuento y análisis se hacen a grandes rasgos, teniendo en cuenta que, en la práctica jurídica colombiana, la regla general para estas sanciones es la “privación de la libertad”. En consecuencia, se hace necesario hacer énfasis en el estudio de ésta última sanción.

El Código Penal Colombiano, en sus artículos 34 y siguientes, describe los dos grupos en los que se clasifica la pena: Principales y sustitutivas.

***Penas Principales:*** *Como penas Principales se entenderán todas aquellas que priven al condenado de un derecho “Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial. (Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, Artículo 35)*

***Penas sustitutivas:*** *Como Penas sustitutivas, serán aquellas que como su nombre lo indica “sustituyen” o reemplazan la penal Principal. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa. (Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, Artículo 36)*

Como se expresó anteriormente este capítulo se enfoca el análisis de la pena Principal Privativa de la libertad. La Constitución describe la libertad como el derecho fundamental más importante dentro del ordenamiento jurídico, después del derecho a la vida. Por ende, la libertad es un derecho de mayor protección. Empero, cuando se trata de proteger los principios que rigen la pena –la necesidad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la primacía del bien general sobre el particular- el derecho a la libertad deja de ser fundamental para convertirse en opcional o en su defecto nulo. (Arias Duque, 2012) Lo anterior no significa que la privación de la libertad implique la pérdida para el condenado de otros derechos del mismo nivel de importancia: derechos como la dignidad humana, la salud, entre otros pueden verse en grave peligro, por las condiciones en las que se encuentran en la actualidad los establecimientos carcelarios. Según la

investigadora Elke Koolyan (2018), la realidad de la crisis carcelaria es dramática: actualmente, hay 115.792 personas privadas de libertad, las tasas de hacinamiento superan el 365 por ciento en algunos centros de detención, existe un acceso deficiente a servicios especializados de salud. Súmese a lo anterior la falta de espacios de esparcimiento y resocialización y una infraestructura obsoleta por falta de mantenimiento.

### **8.1. Definición de Pena de Prisión**

Según la definición hecha por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” la pena de prisión es la “Sanción Consistente en la restricción al mínimo de la libertad del condenado, mediante su internamiento en un establecimiento carcelario, quedando allí limitado por un régimen Penitenciario especial.” (Arias Holguín & Lopera Mesa, 2010, pág. 34)

### **8.2. Principios de la Pena**

#### ***8.2.1. Principio de necesidad de la Pena.***

La necesidad de la pena se sustenta en un análisis constitucional garantista que se hace de la situación que se está juzgando en el momento. Debe haber claridad en que la finalidad de la pena es la protección de los bienes jurídicos afectados o que estuviesen en riesgo de verse afectados. Sin embargo, una de las inexactitudes que se encuentran en la aplicación de la pena, a la luz de este principio, es que no se le ha dado la importancia que merece, toda vez que además de la finalidad mencionada, se debe realizar un análisis más profundo de la pena como ese medio imprescindible para la resocialización del procesado, para que el reo vuelva a la sociedad y que

no se convierta en una imposición absurda y arbitraria del Estado. (González Serrano, 2011, pág. 24)

### ***8.2.2. Principio de Proporcionalidad de la Pena.***

Si bien el legislador cuenta con autonomía y con una amplia libertad para crear una política criminal, a fin de proteger los bienes del Estado y velar por una convivencia sana de los asociados, esta libertad se encuentra limitada por aquellos principios y garantías constitucionales (Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-365). Basado en estas limitaciones, el legislador obtiene la proporción más viable entre el tipo de sanción, los tiempos mínimo y máximo de ejecución y el delito cometido. Para encontrarse un equilibrio entre estas tres nociones, no puede sobre ningún límite con el que se vea afectado los derechos fundamentales del procesado pero tampoco raye con el concepto de “ineptitud jurídica”.

### ***8.2.3. Principio de Razonabilidad de la Pena.***

Según este principio, tanto el juez como el legislador tendrán que realizar un enfoque objetivo al analizar la conducta y el medio más idóneo para corregir dicha actuación. Al mismo tiempo, el respeto de este principio implica también incorporar, en la práctica, el Principio de Necesidad de la Pena y de Proporcionalidad. El principio de Razonabilidad establece la prohibición de todo exceso punitivo, limitando las libertades que el legislador tiene, por medio del respeto a la Constitución, los Derechos Fundamentales y el Bloque de Constitucionalidad. Igualmente, el acto cometido y la sanción deben estar de acuerdo a esta perspectiva jurídica de orden constitucional. En consecuencia, “toda norma penal debe ceñirse a estos postulados teniendo en cuenta el acto cometido (derecho penal de acto), como también la sanción, por ello el

legislador objetivamente (racionalmente) e igualitariamente (razonablemente) tendrá que colocar una sanción según la conducta cometida” (Daza, 2015)

### **8.3. Funciones de la Pena**

Enumera artículo cuarto del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) que las funciones de la pena son: Prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

#### ***8.3.1. Prevención general.***

La Corte Constitucional expresó que la función de Prevención general de la pena está encaminada a advertir que no se siga cometiendo el delito. La sentencia menciona dos formas de Prevención general: la Negativa y la Positiva. La Prevención general Negativa que es aquella que funciona como amenaza (cuando el ciudadano se ve cohibido para cometer una conducta delictiva por el temor a ser castigado); por su parte, la prevención general positiva genera la confianza en los ciudadanos. Este tipo de prevención se manifiesta cuando la ley penal actúa castigando a los autores o partícipes de las conductas punibles e imponiendo penas de acuerdo al delito cometido. (Corte Constitucional, 2017, Sentencia T-265)

Respecto a esta función, se ha generado una serie de inconformidades durante la búsqueda de la implementación de una política criminal más desarrollada. Las deficiencias de dicha implantación se da por medio de la imitación de los modelos manejados por “países - ejemplo”. Esta implantación imitativa se da entre el desconocimiento público de las razones que

dicha medida resulta conveniente para la sociedad; sin embargo, durante esta parece olvidarse el Principio de Proporcionalidad que deben regir la imposición de la pena. Esta medida envía un mensaje equívoco a los ciudadanos, entre quienes se genera una desconfianza absoluta por la ley. En consecuencia, ambas modalidades de prevención son ignoradas, puesto que gran parte de la población no se siente amenazada por la sanción, ante la ausencia de efectividad de ésta. (Arias Holguín & Lopera Mesa, 2010)

### ***8.3.2. Retribución Justa.***

Esta función consiste en la imposición de una sanción inmediata y equivalente a la conducta delictiva cometida. Se busca así el restablecimiento de los derechos del ofendido y del orden jurídico quebrantado por dicha conducta.

Sin embargo, esta función queda en entredicho, si ella se analiza desde la concepción y los múltiples significados que para los asociados –y, especialmente, para quien resulta ser víctima de una conducta delictiva- tiene de la palabra “Justa”. En el sentido de esta palabra reside gran parte la inconformidad que un porcentaje demasiado alto de la ciudadanía manifiesta, respecto de las penas impuestas y la ejecución de las mismas (Uribe Barrera, 2012). Esta discusión, que tiene raíces filosóficas, depende de varios factores: cómo concebir la justicia como retribución, cómo entenderla para sancionar y prevenir delitos de lesa humanidad, cómo evitar que dicho ideal caiga en la impunidad, etc. En palabras de John Rawls, si la verdad es el criterio máximo de los sistemas científicos; la justicia lo es respecto de las sociedades, (en especial: de cómo las instituciones protegen los derechos de las personas más vulnerables dentro de una comunidad). Por consiguiente, el concepto de la palabra “justa” dependerá de un contexto material, que trascienda la dimensión formal: cómo las instituciones reconocen la dignidad de las

personas más afectadas social y económicamente. Por consiguiente, la palabra “Justicia” debe evidenciarse en cómo el sistema penal puede tratar a las personas con menores oportunidades en un sistema donde abundan las deficiencias legales. (Rawls, 2001)

### **8.3.3. Prevención especial.**

Esta prevención también se clasifica en positiva y negativa.

Según la Corte Suprema de Justicia la Prevención Especial Positiva *consiste en buscar la resocialización del condenado, respetando su autonomía y dignidad humana, pues el objeto del derecho penal no es excluir al infractor de la sociedad, sino promover la reinserción del mismo.*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2017, Rad. 89.755)

Por su parte, la prevención especial negativa es aquella que tiene por finalidad la anulación de las posibilidades de que el procesado pueda cometer conductas delictivas.

Esta última es menos aplicada, teniendo en cuenta que la dirección de la pena está encaminada únicamente a la resocialización del reo. Respecto a esto, la Corte Constitucional expresó que 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* (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-806)

### **8.3.4. Reinserción Social.**

El Estado tiene la obligación de realizar todo lo que esté a su alcance para que el procesado, quien ha sido privado de su libertad, pueda reintegrarse a la sociedad y ser acogido por ésta. Esta acción estatal debe generar la certeza de que fueron superados todos los motivos que lo

llevaron a las actuaciones delictivas por los que fue juzgado y culpado. (Corte Constitucional, 2017, T-265)

#### **8.3.5. Protección al condenado.**

La pena es concebida como la única forma, en algunos casos, de tener al condenado lejos de los peligros que puede representar para éste las posibles represalias a las que la víctima, sus allegados o la ciudadanía en general pueden incurrir. Al seguir la premisa de que el Condenado sigue siendo sujeto de derechos y el Estado continúa con la obligación de velar por el cumplimiento de los mismos, se asume la privación de la libertad como una forma objetiva de tener el condenado a salvo de la misma sociedad.

Una de las finalidades de la aplicación del Sistema Penal Oral Acusatorio sería la de hacer más garantista el Sistema Penal. Sin embargo, la falta de garantías para los procesados es evidente gracias a la crisis carcelaria que, en la actualidad, está viviendo el país. El hacinamiento, según estadísticas de la Corporación Excelencia en la Justicia (2015, pág. 25), alcanzó en diciembre de 2013 un 57.8% nivel nacional, aunque en algunas ciudades esta cifra está ampliamente rebasada.

#### **8.3.6. Respeto a la dignidad humana.**

*En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral. Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto. La*

*carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.* (Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, Artículo Quinto)

La Corte Constitucional (2012, Sentencia T-175) resalta las Reglas mínimas de Tratamiento de Reclusos y el aseguramiento de una vida verdaderamente digna y humana: condiciones viables para el descanso y la higiene el derecho a la salud, el derecho al agua, son exigencias básicas que el reo debe disfrutar dentro de un establecimiento penitenciario. Se debe, por consiguiente, establecer que la sanción se está cumpliendo, tanto en las óptimas condiciones para su ejecución como para su utilidad especialmente, respecto a la resocialización del condenado.

Aun así, la misma Corte (2013, Sentencia T-388) describe a la Cárcel como: *“vertederos o depósitos de seres humanos, antes que instituciones respetuosas de la dignidad, de los derechos fundamentales de las personas y orientadas a resocializarlas.”* Así pues, la pena ha dejado de ser simplemente la privación de un derecho fundamental, como la libertad, y de restricción de otros derechos no tan esenciales. La pena se convierte, por lo tanto, en la privación de derechos como la dignidad humana, la salud, e incluso la vida misma: *tratos inhumanos a los que se ven sometidos los internos no se distinguen demasiado de la agonía que viven, día a día, quien está sentenciado a la pena capital y debe ser recluido en un “corredor de la muerte”.*

Situaciones como la violencia interna en los establecimientos carcelarios (a causa de las necesidades o de la falta de elementos esenciales para la convivencia interna) o las enfermedades (a causa de la falta de higiene y control de Salubridad pública) aumentan las posibilidades que la pena de Privación de la libertad se esté convirtiendo, para muchos reclusos, en una auténtica

pena de Muerte, mucho más prolongada y tortuosa. (Sotomayor Acosta & Tamayo Arboleda, 2017). En palabras de la Corte Constitucional:

*Es notorio que la jurisprudencia constitucional haya empleado expresiones como 'dantesco' o 'infernol', para referirse al estado de cosas en que ha encontrado el sistema penitenciario y carcelario. Aunque el Gobierno consideró en el pasado que esta situación dantesca había sido superada, la jurisprudencia constitucional la sigue constatando. (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-388)*

El artículo quinto de la ley 1709 de 2014, citado en el inicio de esta sección, puede leerse como un breve resumen de todo lo que se ha venido hablando a lo largo de los capítulos anteriores: garantías, derechos, principios, prohibición de vulnerarlos. Sin embargo, queda la cuestión sobre la eficacia de las normas y la finalidad de los códigos. ¿Qué hacer cuando no se puede cumplir con lo que exige la Constitución y la Ley?

Según el último inciso del artículo quinto *ejusdem*, ni la carencia de recursos puede ser una justificación para la vulneración de dichos derechos. Aunque la verdad ha sido otra desde hace muchos años, paradójicamente algunas reformas realizadas por el legislador tienden a que la realidad que están viviendo los reclusos, en los establecimientos penitenciarios en el país, empeore. Reformas para aumentar tiempo de penas<sup>1</sup> y crear nuevos delitos<sup>2</sup> generan un debate no solo jurisprudencial; también social. Este último en el sentido de que el legislador parece dejar

---

1 Presentes en la siguiente normatividad: Ley 985 del 2005 (Aumento de pena contra la trata de personas); Ley 1032 de 2006 (aumento de pena al uso ilegal de la telefonía pública local y a la red de tele- comunicaciones; se amplía penalización para violación de derechos de autor), Ley 1542 de 2012 (se eliminó el carácter de querrelables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria) entre otras

2 Estas reformas están plasmadas en la siguiente normatividad Ley 1181 de 2007 (Delito de inasistencia alimentaria) Ley 1257 de 2008 (Crea delito por acoso Sexual); Ley 1270 de 2009 (Penaliza conductas dentro de un estadio) Ley 1273 de 2009 (Adiciona delitos informáticos), entre otras.

de lado la realidad por la que atraviesa el Estado. Se ignora así toda la evidencia y las estadísticas de comisión de delitos, congestión judicial, ineptitud o desconfianza en la actuación de todo el aparato judicial y, finalmente, la crisis penitenciaria. (Castro Majé, 2017)

#### **8.4. Subrogados Penales**

Definidos por la Jurisprudencia constitucional en repetidas ocasiones como “medidas sustitutivas de las penas de prisión y arresto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el legislador” (Corte Constitucional, 2017, Sentencia T-017)

##### ***8.4.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena.***

Consistente en suspender la Ejecución de la pena por 2 a 5 años siempre que el ejecutado cumpla con los requisitos descritos en la legislación. (Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, Art. 63). La suspensión de la pena ha sido considerada como una medida de corrección de carácter individual, de índole tanto preventiva como punitiva: una fórmula novedosa que supere la visión clásica de la privación de la libertad, de manera más humanitaria. La importancia de esta suspensión radica en la prevención de la afectación de los derechos humanos básicos del reo durante su estadía en prisión. Por consiguiente, esta subrogación penal adquiere una importancia máxima, ante la crisis del hacinamiento carcelario. (Fuentes Quiroz, 2015)

##### ***8.4.2. Libertad Condicional***

El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad, previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido tres quintas partes de la pena. Igualmente, se requiere que su buena conducta, durante el tratamiento

penitenciario en el centro de reclusión, permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena. (Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, Art. 64)

En apariencia, es un buen beneficio que todo recluso quisiera acceder. La Libertad Condicional, según la Corte Constitucional (2017, Sentencia T-019 de 2017) tiene dos significados: el moral, en cuanto al condenado, se demuestra cómo el condenado se ha beneficiado del plan de resocialización, y el Social, como la motivación para que los demás reclusos logren demostrar una conducta que evidencie la finalidad rehabilitadora de la pena, a cambio de este beneficio.

Sin embargo, muy pocos pueden llegar a cumplir los requisitos exigidos legalmente: es necesario contar con capacidad económica suficiente para cancelar la multa y reparar la víctima, sea por medio de un pago en efectivo o adquiriendo una obligación como garantía. Si se tiene en cuenta las estadísticas, el gran porcentaje de reclusos en los establecimientos penitenciarios del país son de bajos recursos. (Mendoza Sañudo & Mora Rodríguez, 2014)

Por consiguiente, la figura de la libertad condicional se convierte en un beneficio inalcanzable que vulnera el derecho de la igualdad. Si dos presos son condenados a un mismo delito, cumplen con todos los requisitos de tiempo y buena conducta, la capacidad de pago marcará una grave diferencia ante la institucionalidad, para obtener este tipo de libertad. Por consiguiente, la Ley, por medio de la regulación de la libertad condicional, tiene un efecto contraproducente, al continuar una solución desigual dentro de un contexto que exige una igualdad jurídica real, en beneficio del recluso y de su inserción social.

#### ***8.4.3. Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave.***

El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario, según lo determine el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en caso de que el penado se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave, incompatible con la vida en reclusión formal. Podrá aplicarse esta medida, excepto si durante la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta. (Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, Art. 68)

Para este Subrogado, se puede aplicar también lo contenido en el Artículo 38 del Código Penal, en cuanto a que el condenado deberá constituir caución que asegure que se cumplirán los requisitos exigidos por la ley, (como el la reparación de daños causados por el delito, una buena conducta y comparecencia personal cada vez que sea requerido).

Este condicionamiento, para la aplicación del beneficio descrito, lleva al condenado a la misma situación de desigualdad que se describe en el subrogado de Libertad condicional. Todo queda supeditado únicamente aquel que tenga la capacidad económica para pagar y así poder disfrutar de los beneficios. (Bello Estrada, 2017)

#### ***8.4.4. Prisión domiciliaria.***

La figura de la Prisión Domiciliaria está regulada como pena sustitutiva de la privación de la libertad en establecimiento carcelario. Esta figura consiste en que se cambia de lugar de la privación de la libertad de quien ha sido condenado: se traslada al preso de un establecimiento penitenciario al domicilio. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014)

Si bien la prisión domiciliaria ha sido un beneficio para los condenados, como recompensa de su resocialización, también se ha tomado como oportunidad para minimizar la crisis del hacinamiento de los establecimientos penitenciarios. Empero, con la modificación sufrida por la ley 1709 de 2014, surgen una serie de condiciones adicionales que impiden que se logre el objetivo. (Bello Estrada, 2017)

Esta última circunstancia es una de las principales causas de la situación de hacinamiento: además de que las penas aumentan, las condiciones para lograr un subrogado o beneficio son cada vez son más severas. Esta severidad genera la exclusión de varios grupos de condenados, bien sea por el tiempo mínimo que se tasa de la pena en la legislación o por falta de recursos económicos, para cumplir con los condicionamientos de cauciones, pagos de multas y reparación.

## 9. CONCLUSIONES

1. El Estado Colombiano cuenta con un gran catálogo, reconocido jurídicamente, en cuanto a la principialística básica que confluje en garantizar los derechos básicos de los actores, en la aplicación del Sistema Penal Acusatorio Oral. En principio, todo este componente deóntico está irrigado desde su fundamentación en el marco del Estado Social de Derecho y en el componente humanístico, manifestado en la Constitución de 1991. Se evidencia, por lo tanto, que el elemento principialístico que le da sentido al garantismo del Sistema Acusatorio tiene un gran potencial para servir al progresismo jurídico, el cual debe impactar tanto en las instituciones como en la sociedad. Por consiguiente, las bases garantistas y constitucionales evidencian un gran humanismo, a la vez que una gran sofisticación que expresa un profundo respeto por la condición humana.
2. Pese a lo mencionado en la primera conclusión, todo este componente deóntico permanece en un plano formal, evidenciándose una falta de eficacia al momento de hacerse realidad todo este horizonte moral y jurídico. Las presiones hechas tanto en los centros carcelarios como fuera de éstos (presiones que se manifiestan en el hacinamiento de las prisiones, el menoscabo de la dignidad humana de los reos, el populismo punitivo, la falta de acceso a beneficios penales, el uso de la retribución sobre la necesidad de la inclusión social de quien ha sido condenado, etc.) señalan cómo el componente discursivo y amplio del Estado Social de Derecho está lejos de hacerse realidad para quienes son objeto del Derecho Penal como “Ultima Ratio”. El preso es subyugado por medio de un Estado débil, para garantizar la dignidad de toda la ciudadanía, pero que se muestra fuerte al momento de violentar a los individuos en nombre de la retribución. Por consiguiente, la sociedad puede perder la

oportunidad de verse plenamente reparada tras la vulneración de un bien jurídico tutelado, tanto por el Estado como por la víctima. En ese caso, el reo queda estigmatizado por el Derecho Penal y el sistema carcelario, como una prueba viviente de que el componente teórico de la justicia se queda en un plano que no logra concretarse ni ser socialmente relevante.

3. El análisis descriptivo hecho en la presente tesis indica que la sanción de la conducta es contraproducente, frente a la ausencia de garantías reales para proteger los derechos de los imputados, acusados y condenados durante el proceso penal. Hay un abismo que ha surgido, sobre todo, de las omisiones estatales al momento de resolver las desigualdades sociales que se presentan ante la justicia, desigualdades que son originadas por un contexto social y económico precario. Por consiguiente, el Estado fracasa al servir de mediador entre la Sociedad, el culpable y la víctima, como puente para la reconstrucción del tejido social vulnerado por el delito. Se puede afirmar que la existencia y la aplicación del Derecho Penal señalan una modernidad retrasada respecto a su teorización dogmática y a su discurso formal: una visión de avanzada destinada a un país que necesita superar una serie de circunstancias que reducen a su población a vivir en condiciones premodernas. (Ferrajoli, 1998). Estas condiciones se ven intensificadas por cómo la opinión pública y los gobiernos convierten a la población carcelaria en excusa para la arbitrariedad y el menoscabo de los principios del Estado Social de Derecho. Por consiguiente, el garantismo colombiano todavía es un proyecto por concluir, desde la necesidad de que éste sea un verdadero motor de la modernización social y estatal.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

### 10.1 Textos Citados

- Arias Duque, L. S. (2012). *El Deterioro del Principio de Igualdad en el Derecho Penal Colombiano Actual (Análisis de la Supresión de Beneficios Penales y Carcelarios en la Reciente Legislación Penal Colombiana)*. Obtenido de [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/664/LilianaDelSocorro\\_AriasDuque\\_2012.pdf;sequence=1](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/664/LilianaDelSocorro_AriasDuque_2012.pdf;sequence=1)
- Arias Holguín, D. P., & Lopera Mesa, G. P. (2010). *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena. Plan de Formación de la Rama Judicial. Programa de Formación Especializada Area Penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Avella Franco, P. O. (2007). *Estructura del Proceso Oral Acusatorio*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>
- Bayona Aristizabal, D. M., Gómez Jaramillo, A., Mejía Vallego, M., & Ospina Vargas, V. H. (2017). *Diagnóstico del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Obtenido de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/58971>
- Becerra, D. (2009). *La Conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa*. . Obtenido de [http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas\\_ucatolica/index.php/Juridica/article/viewFile/719/734](http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/viewFile/719/734)

- Bedoya Sierra, L. F., Guzmán Díaz, C. A., & P, V. P. (2010). *Principio de Oportunidad: Bases Conceptuales para su Aplicación*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>
- Bello Estrada, G. A. (2017). *Eficacia de los subrogados penales en el contexto del sistema penitenciario y carcelario de Colombia a la luz de los parámetros regionales y constitucionales en materia de privación de la libertad por atributo de la Ley*. . Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15012/1/Trabajo%20de%20Gustavo.pdf>
- Bustamante Rúa, M. M. (2010). *La Relación del Estándar de Prueba de la Duda Razonable y la Presunción de Inocencia desde el Garantismo Procesal en el Proceso Penal Colombiano*. . Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v9n17/v9n17a04.pdf>
- Castiblanco Corredor, A., & Velásquez Méndez, M. C. (2016). *Libertad por Vencimiento de Términos: Un Breve Análisis de la Argumentación del Juez Constitucional*. . Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7718/3/ANDRES%20CASTIBLANCO%20CORREDOR%20-%202016.pdf>
- Castro Majé, G. R. (2017). *El Hacinamiento en Colombia, ¿Una Situación Perpétua?* Obtenido de <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/9429/CastroGina2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cerda Gutiérrez, H. (1993). *Los Elementos de la Investigación: como reconocerlos, diseñarlos y construirlos*. Quito: Abya Ayala.

- Corporación Excelencia en la Justicia. (2013). *Intervención del Ministerio Público en procesos penales debe suprimirse*. Obtenido de <http://www.cej.org.co/index.php/sala-de-prensa/comunicados-cej/item/intervencion-del-ministerio-publico-en-procesos-penales-debe-suprimirse/3715>
- Corporación Excelencia en la Justicia -USAID. (2015). *Balance del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio -Boletín de Actualización 2012 - 2014-* . Obtenido de <http://cispa.gov.co/images/stories/archivos/Balance%20SPA%202012-2014.pdf>
- Daza, M. (2015). *Los Principios de Razonabilidad, Racionalidad, Proporcionalidad Y Necesidad de la Prueba: en Materia Legislativa y Judicial.* . Obtenido de <https://derechopublicomd.blogspot.com/2015/04/los-principios-de-razonabilidad.html>
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología Jurídica y Garantismo*. México: Distribuciones Fontamara.
- Ferrante, M. (2015). Filosofía del Derecho Penal. En J. L. Fabra Zamora, & V. Rodríguez Blanco, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho (Volumen III)* (págs. 2088-2107). México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fuentes Quiroz, N. P. (2015). *La Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena: Implicaciones Jurídicas y Sociales*. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7715/1/LA%20SUSPENSI%C3%93N%20CONDICIONAL%20DE%20LA%20EJECUCI%C3%93N%20DE%20LA%20PENNA%20-15-12-2015.pdf>
- Gómez García, J. A. (2015). *Derecho a la Defensa antes y durante la audiencia de formulación de imputación en el proceso penal en Colombia.* . Obtenido de

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7085/1/Articulo%20ALEJANDRA%20GOMEZ%20APROBADO%281%29.pdf>

Gómez Velásquez, R. G., & Castro Caballero, F. A. (2009). *Preacuerdos y Negociaciones en el Proceso Penal Acusatorio Colombiano*. Obtenido de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Preacuerdos%20y%20negociaciones.pdf>

González Serrano, M. P. (2011). *El Principio de Necesidad de Pena y su aplicación generalizada por los jueces*. Obtenido de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6441/GonzalezSerranoMarthaPatricia2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

González Zapata, J. (2012). *¿Qué pasa con la pena hoy en día?* Obtenido de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/12318>

Jakobs, G. (1998). *Sobre la Teoría de la Pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Jiménez Montes, F. (2008). *Fundamentos Constitucionales del Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Kooyman, E. (2018). *Cárceles colombianas: Una situación insostenible*. Obtenido de <https://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/10926-la-crisis-del-sistema-carcelario-reformas-que-agravan-el-problema.html>

Mendoza Sañudo, M. A., & Mora Rodríguez, H. A. (2014). *Libertad Condicional en la Reclusión de Mujeres El Buen Pastor: Ley 1709 de 2014*. Obtenido de <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/viewFile/432/416>

- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2014). *Subrogados Penales, Mecanismos Sustitutivos de Pena y Vigilancia Electrónica en el Sistema Penal Colombiano*. Obtenido de <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Cartilla%20Subrogados%20Penales.pdf>
- Ministerio de Justicia y del Derecho, Comisión Asesora de Política Criminal, República de Colombia. (2012). *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Obtenido de [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL\\_FINAL23NOV.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf)
- Nuño Henao, J. E. (2002). *Sistema Penal y Control Social en Colombia*. Obtenido de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS13.pdf>
- Orduz Barreto, C. P. (2010). *El Principio de Legalidad en la Ley Penal Colombiana*. Obtenido de [http://www.fuac.edu.co/recursos\\_web/documentos/derecho/revista\\_criterio/articulosgarantista2/6claudiaorduz.pdf](http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/6claudiaorduz.pdf)
- Pérez Novoa, C. (2007). *Libertad Personal, Detención Arbitraria y los Mecanismos Judiciales para su Tratamiento*. Obtenido de <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/libertad%20personal%20detenci%C3%B3n%20arbitraria%20y%20los%20mecanismos%20judiciales.pdf>
- Ramírez Villanueva, G. (2010). *Consideraciones sobre el Principio de Dignidad Humana en el Ámbito del Derecho Penal y del Procedimiento Penal Acusatorio*. Obtenido de <http://www.unilibreaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/131>

Rawls, J. (2001). *La Justicia como Equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.

Riveros-Barragón, J. D. (2008). *El Derecho a Guardar Silencio: visión comparada y caso colombiano*. . Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n12/n12a14.pdf>

Salmón, E., & Blanco, C. (2012). *El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho\\_al\\_debido\\_proceso\\_en\\_jurisprudencia\\_de\\_corte\\_interamericana\\_ddhh.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf)

Sotomayor Acosta, J. O., & Tamayo Arboleda, F. L. (2017). *Dignidad Humana y Derecho Penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal Colombiano*. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n48/0121-8697-dere-48-00021.pdf>

Tellez Salas, R. R., Céspedes Nieves, J. A., & Espinel Rico, C. E. (2013). *El Ministerio Público y su necesidad para el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Obtenido de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7544/TellezSalasRonieRobet2013.pdf;sequence=1>

Urbano Martínez, J. J. (2013). *El Control de la Acusación: una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Uribe Barrera, J. P. (2012). *¿Puede hablarse en Colombia de Populismo Punitivo?* Obtenido de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1901/1911>

Villabela Armengol, C. M. (2015). *Los Métodos de la Investigación Jurídica: algunas precisiones.* . Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

Zabaleta Ortega, Y. C. (2017). *La Contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano.* . Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a10.pdf>

## **10.2. Normatividad y Legislación Citada**

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* New York, Estados Unidos, 16 de diciembre de 1966.

Asamblea Nacional Constituyente (1991) *Constitución Política Colombiana.* Bogotá, Colombia, 6 de Julio de 1991.

Ley 65 de 1993 (“Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”) Diario Oficial No. 40.999; Bogotá, Colombia, 20 de Agosto de 1993.

Ley 599 de 2000 (“Por la cual se expide el Código Penal”) Diario Oficial No. 44.097; Bogotá, Colombia, 24 de julio del 2000.

Ley 906 de 2004 (“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”) Diario Oficial No. 45.658; Bogotá, Colombia, 1 de septiembre de 2004

Ley 985 de 2005 (“Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma.”) Diario Oficial No. 46.015; Bogotá, 29 de agosto de 2005.

Ley 1032 de 2006 (“Por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal.”) Diario Oficial No. 46.307; Bogotá, Colombia, 22 de Junio de 2006.

Ley 1181 de 2007 (“por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000”) Diario Oficial No. 46.858; Bogotá, Colombia, 31 de Diciembre de 2007.

Ley 1257 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.”) Diario Oficial No. 47.193; Bogotá, Colombia, 4 de diciembre de 2008.

Ley 1270 de 2009 (“Por la cual se crea la Comisión Nacional para la Seguridad, Comodidad y Convivencia en el Fútbol y se dictan otras disposiciones.”) Diario Oficial No. 47.223; Bogotá, Colombia, 5 de enero de 2009.

Ley 1273 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.”) Diario Oficial No. 47.223; Bogotá, Colombia, 5 de enero de 2009

Ley 1542 de 2012 (“Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.”) Diario Oficial No. 48.482; Bogotá, Colombia, 5 de julio de 2012.

Ley 1709 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”) Diario Oficial No. 49186; Bogotá, Colombia, 18 de junio de 2014.

Acto Legislativo 03 de 2002 (“Por el cual se reforma la Constitución Nacional”) Diario Oficial No. 45.040; Bogotá, Colombia, 20 de diciembre de 2002.

### 10.3. Jurisprudencia Citada

Colombia, Corte Constitucional, (Abril de 1998) Sentencia T-153 – M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional, (Octubre de 2002) Sentencia C-806 – M. P. Dra. Gloria Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional, (Febrero de 2008) Sentencia C-118 – M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Constitucional, (Marzo de 2011) Sentencia C-127 - M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

Colombia, Corte Constitucional (Marzo de 2012) Sentencia T-175 - M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

Colombia, Corte Constitucional (Mayo de 2012) Sentencia C-365 – M. P. Dr. Jorge Ignacio Petrelt Chaljub.

Colombia, Corte Constitucional, (Junio de 2013) Sentencia T- 388 – M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

Colombia, Corte Constitucional, (Agosto de 2015) Sentencia T-582 - M. P. Dra. María Victoria Calle Correa

Colombia, Corte Constitucional, (Diciembre de 2015) Sentencia T-762 – M. P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia, Corte Constitucional, (Enero de 2017) Sentencia T – 019 – M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia, Corte Constitucional (Abril de 2017) Sentencia T-265 – M. P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

76

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de Mayo de 2014) Sentencia

SP6701-2014, Rad. 42.357, [MP Dr. Eugenio Fernández Carlier.]

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (24 de enero de 2017) Sentencia

STP864-2017, Rad. 89.755 [MP. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya].