

POPULISMO PUNITIVO Y LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO

Por María Angélica Zabala Tavera y Sonia Stella García Peña

POPULISMO PUNITIVO Y LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO

María Angélica Zabala Tavera

Sonia Stella García Peña

Resumen:

El aumento punitivo en los últimos años en el Derecho Penal ha sido una tendencia a nivel mundial y Colombia no ha sido ajena a ello, ha surgido como respuesta mediática para contrarrestar la criminalidad, como eje de una política criminal, que a nuestro parecer es irracional, donde se responde al clamor de un electorado, convirtiéndose en la *prima ratio*, en lugar, de diseñar una política criminal seria que trabaje sobre los orígenes y causas de la criminalidad, y que se adopten medidas preventivas para evitar el delito. El aumento de las penas no cambia en nada la existencia de crímenes, por el contrario incrementa la crisis del sistema penitenciario, genera un retroceso en la implementación de una justicia restaurativa, y retoma un modelo con inclinación inquisitorial, generándose un híbrido en nuestro sistema penal acusatorio, en donde, en la práctica se presentan serios problemas en la implementación del modelo y se entra en desuso de medidas más eficientes como son las salidas alternas al juicio, en lugar de enfatizar en ellas como medida de contención ante el hacinamiento de los centros Carcelarios, lo cuales se han convertido hoy en una universidad para formar criminales y de vulneración continua de derechos.

Palabras Claves: Salidas alternas al juicio, sistema penal acusatorio, Populismo, Pena, ultima ratio, política criminal

Abstract:

The punitive increase in criminal law in recent years has been a worldwide trend and Colombia has been no stranger to it, it has emerged as a media response to counter criminality, as the axis of a criminal policy, which in our opinion is irrational, where it

responds to the clamor of an electorate, becoming the *prima ratio*, instead of designing a serious criminal policy that works on the origins and causes of crime, and that preventive measures are adopted to avoid crime. The increase in penalties does not change the existence of crimes at all, on the contrary, it increases the crisis in the prison system, generates a setback in the implementation of restorative justice, and takes up a model with an inquisitorial inclination, generating a hybrid in our penal system accusatory, where in practice there are serious problems in the implementation of the model and more efficient measures such as alternative exits to the trial are disused, instead of emphasizing them as a measure of containment in the face of overcrowding in the centers Prisons, which have become today a university to train criminals and of continuous violation of rights.

Key Words: Alternate exits to trial, accusatory criminal system, Populism, Penalty, *ultima ratio*, criminal policy

TABLA DE CONTENIDO

PREFACIO	5
CAPÍTULO 1: LA PENA Y SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO ORAL	8
1.1. LA PENA Y EL DERECHO PENAL COLOMBIANO	8
1.2. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.	10
1.3. SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO ORAL	14
1.3.1 Salidas alternas al juicio oral en Colombia	14
1.3.2. Acuerdos y preacuerdos	16
1.3.3. Principio de oportunidad	18
1.3.4. Mecanismos de Justicia Restaurativa	19
CAPÍTULO 2: REFORMAS DE AUMENTO PUNITIVO FRENTE A LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO	20
2.1. REFORMAS DE AUMENTO PUNITIVO EN COLOMBIA	21
2.2. AUMENTO PUNITIVO Y POPULISMO PUNITIVO EN COLOMBIA	26
2.3. ANALISIS DEL IMPACTO QUE HAN TENIDO LAS REFORMAS DE AUMENTO PUNITIVO FRENTE A LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO ORAL	28
3. CONCLUSIONES	29
4. RECOMENDACIONES	33

PREFACIO

Colombia es un Estado Social de Derecho, que como principio fundante contempló en la constitución Política de 1991 la Dignidad humana, siendo este catalogado no solo como principio, sino como valor y como derecho, presupuesto esencial que rige todo su actuar, y sobre el cual se cimenta el sistema penal colombiano, tal como quedó establecido en el artículo 1 de la ley 599 de 2000, razón a ello consagró en su artículo 3 ibídem, que la imposición de pena o medida de seguridad debe obedecer a los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad.

Uno de los principios rectores del Derecho penal es que este tiene el carácter de la última ratio respecto de las infracciones más graves y como recurso final, siendo su misión principal la protección de los intereses que son catalogados como esenciales para la sociedad y que permiten mantener la paz. Sin embargo, esto ha quedado entre dicho, ante la actual tendencia que existe en proceso evolutivo del derecho penal colombiano, mal llamado derecho penal moderno, donde se evidencia que se ha retomado prácticas del sistema inquisitorial burocratizado, autoritario, con agravio a garantías contra el ser humano, partiendo de este convertido en reo y objeto de persecución, generado la tendencia de aumento de las penas como eje principal de política criminal y respuesta a las problemáticas sociales, convirtiéndose el derecho penal como la prima ratio, quedando rezagado un sistema penal implementado en el año 2005 con enfoque acusatorio, que pretendía ser innovador, con atributos de un proceso público, concentrado, contradictorio, más garantista, con libertad probatoria, con respeto a derechos y garantías fundamentales y de desconcentración funcional, con el objetivo de implementar medidas más efectivas para la prevención del delito, el resarcimiento del daño y la implementación de salidas alternas al juicio, donde las condenas fueran la última ratio, pero que debido a este mal híbrido varios mecanismos establecidos han entrado en desuso.

Después de catorce (14) años, ante una política criminal débil y desenfocada, vemos cómo se han generado una serie reformas penales que han venido

generando un retroceso, donde se habla de una justicia restaurativa pero nos encontramos con enfoques de justicia retributiva, en donde, el Congreso de la República de Colombia, ha venido legislando, ante la dinámica del conflicto social, con acciones populistas, generando de la criminalización ciegamente de nuevas conductas y recriminación tipos penales existentes con aumentando las penas y eliminación de subrogados penales, siendo esta, su única respuesta ante el clamor social de un reproche a los comportamientos lesivos de los bienes jurídicos tutelados.

El legislador ha venido focalizando su actuar sobre la teoría del peligrosismo, puesto que se anticipa a que la persona represente un peligro para la sociedad y, por tanto, le impone una sanción anticipada y la teoría preventiva, en donde con la pena se busca generar una coacción psicológica, generando temor e intimidación en el individuo, como antídoto para la disminución de la comisión de delito.

Es en este punto, podemos vislumbrar una mezcla en nuestro sistema penal, una mixtura entre el sistema inquisitorial y el acusatorio, como lo hemos enunciado anteriormente, acentuando los problemas del sistema penitenciario colombiano.

Para Roxin (1997) *“la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense”* (p. 82). Premisa que en un principio consagra el legislador en la ley 599 de 2000 en el artículo 3 cuando establece que la pena o medida de seguridad debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, esto significa que la pena debe ser adecuada a la culpabilidad nunca debe ser sobrepasada por razones preventivas, y sólo puede ser fijada una pena moderadamente inferior a la pena adecuada a la culpabilidad, esto último, por ejemplo, *“para no dificultar al autor el camino de la reinserción”* (Roxin, 1997).

La corte manifiesta que

“(…) [la] creciente preocupación por la inflación legislativa que observa, específicamente en lo atinente [a] la supresión de beneficios de toda índole por la realización de específicos

tipos de conductas punibles, mediante la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen al resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o aprueban, cuando no al interés de un sector de la (...) política, en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado social y democrático de derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, para solo mencionar algunos de ellos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 29053, 2008).

Preocupación que como lo hemos expuesto compartimos. Con el sistema procesal acusatorio, se introdujeron mecanismos de solución de conflictos que no suponen la imposición de una pena, sino que se establecen como mecanismos alternos al juicio oral – principio de oportunidad y los mecanismos de justicia restaurativa-, donde se busca enmendar el que se haya podido causar a la víctima con el comportamiento delictivo promoviendo por qué no, soluciones alternas al conflicto, procurando la verdad procesal y mantener la paz social.

Sin embargo, ¿que tanto ha afectado el aumento de las penas de ciertos delitos en la aplicación de estos mecanismos?, ¿estos mecanismos se han vuelto inoperantes? Son unos de los interrogantes que pretendemos desarrollar, dado que con estos cambios que se está introduciendo en nuestro sistema penal, y que cada vez son más, han venido generando retrocesos legislativos, que a nuestro parecer afectan las bases del sistema penal acusatorio, generando un sistema ineficiente, congestionado y acrecentando la crisis del sistema penitenciario.

CAPÍTULO 1: LA PENA Y SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO ORAL

1.1. LA PENA Y EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

El Derecho penal como parte del ordenamiento jurídico es la máxima expresión del Poder Político y Punitivo del Estado frente a sus administrados, esta instituido para regular la conducta humana, pero no cualquier tipo de conducta, sino aquella que socialmente es considerada lesiva y reprochable frente a bienes jurídicos protegidos, a través del cual se establecen, se regulan y se imponen consecuencias jurídicas -Penas-.

Las penas a lo largo de la historia han venido evolucionando, a fin de lograr su legitimación, pasando desde un Estado Absoluto donde se creía que el poder venia de Dios y por ende su fin era el castigo y lograr la purificación de los pecados, hasta el concepto del Estado como un Contrato social celebrado entre hombres, donde la pena se percibe con la finalidad de retribución, prevención y restauración del orden jurídico alterado.

Para Roxin (1997) el derecho penal se enfrenta al individuo en tres maneras: Amenazando, imponiendo y ejecutando penas, y esas tres esferas de actividad estatal necesitan una justificación cada una por separado, la cual encuentra su asiduo en la culpabilidad y la peligrosidad, base de muchos sistemas dualistas, entre ellos a nuestro criterio el ordenamiento jurídico colombiano.

Si bien es cierto, en el artículo 4 de la ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano, establece que la pena cumple con unos fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, contempla un concepto de teoría mixta, entre el absolutismo y el relativismo, donde, en la primera la pena tiene una tendencia de carácter compensatoria, que busca resarcir el daño cometido por el infractor, la reconciliación del trasgresor con la norma penal transgredida y con la sociedad, y la dimensión de arrepentimiento por parte del

delincuente; entre tanto, la segunda teoría busca que atreves de la pena se logre la protección de los bienes jurídicos tutelados y la prevención del delito.

Analizando esta dinámica jurídica y la respuesta estatal de los últimos años frente al tratamiento de los delitos, podemos observar un retroceso, y da la impresión que estuviéramos frente a un enfoque del peligrosismo, donde se utiliza la pena como mecanismo de amenaza, como medio de intimidación, y es así que podemos observar como a partir de la Ley 890 de 2004 empieza a acentuarse cada vez más la tendencia de endurecimiento de las sanciones, donde el derecho penal comienza a coger cada vez más fuerza como medio de control social, pasa de ser la *última ratio* a la *prima ratio*, donde la sociedad ha modificado su enfoque frente al delito y a su tratamiento, siendo hoy en día el fenómeno delincencial una tarea compleja.

Realmente no se ha estudiado a fondo el proceso social ni se han adoptado políticas públicas serias para el control del delito, sino que por el contrario el estado ha reaccionado de manera popular ante los conflictos sociales mostrando su violencia institucional atreves de la pena, endureciéndola cada vez más. Hoy por hoy, hablamos en nuestro país de cadena perpetua ante el caos. Es claro que existe una necesidad latente de reformular la política criminal, de cómo se concibe y se maneja el delito, el control social y la justicia penal.

La Corte constitucional ha sostenido (...) “*que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado*” (Corte Constitucional, Sentencia C-365, 2012). Sin embargo, como se puntualizó anteriormente, la realidad es otra, el Derecho penal actualmente se concibe como una política para proporcionar y mejorar la percepción de seguridad del conglomerado social, lo que ha conllevado a la creación de nuevos tipos penales y al incremento desmesurado de las penas, una clara expresión del discurso del derecho penal del enemigo de *Jakobs*, convirtiéndose en la fuente del punitivismo de la actual tendencia (Cancio Meliá, 2006).

1.2. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.

A partir del proceso de modernización del Derecho penal como lo hemos acotado anteriormente, ha adoptado una postura regulatoria entorno al riesgo que se genera, creando más tipos penales, agravando las sanciones, reduciendo y/o eliminando subrogados penales, en fin, se ha venido legislado en torno a una dinámica social que ante a los nuevos riesgos que se presentan, responde con represión y con violencia institucional. Ejemplos, innumerables como es el caso de la protección de los bienes jurídicos a la integridad personal; la libertad, integridad y formación sexual; el patrimonio económico; la administración pública, entre otros, generando una intervención penal en lugar de una intervención política social, constituyendo de esta manera al derecho penal en una política pública de seguridad, expandiendo el estado su poder del *ius punendi*.

Y es que con las reformas que se han dado en los últimos años, vemos la tendencia del endurecimiento de la pena, pero ¿han sido estas ajustadas a los juicios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad de conformidad a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la ley 599 de 2000?, o ¿por el contrario han sido medidas populistas ante el clamor de un electorado?, ¿se ha generado un retroceso al modelo del sistema penal acusatorio? O ¿tenemos un híbrido con el sistema penal entre el acusatorio y el inquisitorial, donde se busca utilizar la pena no solo como medio de prevención y sino como medio de coacción?, son algunos de los tantos interrogantes que debemos hacernos, y que para hallar las respuestas debemos realizar una revisión de las reformas normativas que se han dado en los últimos años.

Hasta donde, ¿Estos incrementos punitivos han respetados los criterios establecidos por la corte? o ¿se han basado solamente en la potestad punitiva del Estado?, es procederé por lo tanto revisar:

La Corte ha establecido que:

Los límites constitucionales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado pueden ser explícitos e implícitos. Como límites explícitos se han identificado la prohibición de la pena de muerte (art. 11); el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12); la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 34); entre otras. En cuanto a los límites implícitos, se ha destacado que el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Corte Constitucional, Sentencia C-108, 2017).

Pero donde quedan estos límites, cuando hoy en el Congreso de la Republica se impulsa iniciativa de prisión perpetua para quienes cometan delitos de homicidio doloso, secuestro, tortura, acceso carnal o actos sexuales abusivos con niñas, niños y adolescentes. Es claro, que si observamos esta situación podemos denotar una tendencia más de tipo populista que ajustada a Derecho.

La Corte así mismo, ha precisado que en materia de política criminal *en un estado social y democrático* le corresponde al Legislador:

(...) tener amplio margen de discrecionalidad den materia de regulación de los tipos penales, sobre cuáles son sus sanciones, cuales tienen beneficios y cuáles no. Pero ha dicho la corte, que esta discrecionalidad no es absoluta ni ilimitada, la misma debe estar enmarcada en algunos criterios como son entre los más importantes: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-073, 2010).

Pero realmente, existe una política criminal seria en Colombia? o ¿el poder legislativo está actuando como lo hemos expuesto de manera reiterada ante el clamor del electorado?, juzguen ustedes, porque a nuestro criterio es claro que la expresión del Estado frente al derecho penal ha sido convertirlo en una política de seguridad como respuesta estatal ante los conflictos sociales, y a su vez se ha convertido en bandera de campañas políticas, donde se promueven iniciativas

legislativas amparadas en el clamor del pueblo, sin tener en cuenta la dinámica social, estado del actual sistema judicial y del sistema penitenciario, ni la garantía de derechos humanos, ni el respeto por la carta magna, estableciendo decisiones peligrosas que transgreden la órbita de los derechos humanos y que genera un caos institucional, dado que, de manera paralela no se impulsan políticas ni se otorgan herramientas para que el sistema funcione de manera eficiente, y se garanticen los derechos humanos, ni una correcta, real y efectiva impartición de justicia, sino por el contrario se está agudizando cada vez más la crisis de congestión del sistema de judicial y la crisis humanitaria de los centros penitenciarios y carcelarios del país, la cual lleva más de 20 años, y que en varias providencias de la corte se ha declarado el estado de cosa inconstitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-153, 1998) y sin embargo a la fecha no ha existido una respuesta estatal real y efectiva frente a este tema.

Si bien es cierto, existe un margen de discrecionalidad atribuido al legislador para ejercer ese *ius punendi*, y como lo ha dicho la corte, que es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional, sino que corresponde al legislador desarrollarlos, pero también ha dicho que ejercicio de dicha atribución,

“no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta. Esto es lo que la doctrina constitucional comparada ha denominado la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del Legislador.” (Corte Constitucional, Sentencia C-226, 2002).

¿Pero hasta qué punto está discrecionalidad del poder legislativo en las decisiones tomadas en los últimos años transgrede los límites constitucionales del poder punitivo del estado y, por ende, además del propio principio de proporcionalidad?

¿Es absoluto el poder punitivo del estado? ¿Qué tan constitucional han sido las medidas de incremento punitivo adoptadas por el legislativo?

Si bien se ha dicho que el poder punitivo del Estado no es absoluto, y que este debe respetar la estricta legalidad de los principios constitucionales, el respeto de los derechos de los derechos constitucionales y de los contemplados en los tratados internacionales que hagan parte del bloque de constitucionalidad y el deber de respeto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. ¿Hasta qué punto los mismos han sido respetados?

La corte ha concluido que *“sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”* (Corte Constitucional, Sentencia C-070, 1996). Pero, estos preceptos quedarían en letra muerta si se establece la prisión perpetua en Colombia, pero es verdad que en Colombia no existe, o por el contrario con el aumento punitivo que se ha dado en los últimos años, ya la tenemos, solo que no la llamamos como tal, donde tenemos penas que están en la órbita de la expectativa de vida de una persona en Colombia.

Es claro que el estado debe realizar una valoración objetiva de elementos de gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros (Corte Constitucional, Sentencia C-1404, 2000) a fin de establecer la razonabilidad y la proporcionalidad de la pena. ¿Pero se hace este ejercicio?

Y es que el alcance no solo se queda en la construcción del tipo penal y la fijación de la pena, sino que trasciende, que:

“El principio de proporcionalidad, atraviesa el deber de investigación y sanción de las autoridades públicas frente a las conductas punibles, y la correlativa consideración de los derechos de las víctimas, pues “entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento, (...) igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles

es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo (...)" (Corte Constitucional, Sentencia C-979, 2005).

Entonces es claro, que el poder punitivo del estado no es absoluto, que el mismo debe responder a unos límites de tipo constitucional, donde prevalezca la protección a los derechos fundamentales – bienes jurídicos tutelados, el cual esta instituido como un instrumento de control social, y como tal, debe estar fijado en una política criminal seria, en donde se dente tratamientos adecuados a las diferentes conductas antisociales, no solo desde una perspectiva basada en la coacción, en la represión, sino que esté basada en la prevención, en la resocialización, donde, realmente se tipifique las conductas que ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos.

La regla general es que en materia de Derecho Penal la decisión de criminalizar un comportamiento debe ser la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado, sin embargo, la tendencia mundial y de nuestro país ha sido otra, el Estado ha encontrado en el Derecho Penal su respaldo, y ha mostrado su capacidad jurídica de imponer una sanción, mostrando su máxima drasticidad con el aumento de penas que generan la pérdida de la libertad de sus administrados. Siendo este recurso extremo el predilecto en la actualidad por el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales.

1.3. SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO ORAL.

1.3.1 Salidas alternas al juicio oral en Colombia

Con la implementación del procedimiento penal acusatorio, y todo las reformas normativas que se dieron entre el año 2000 al 2004 para su implementación y el cambio de modelo, donde pasamos en la parte dogmática de hablar de un de un

que se basa en la persona a una visión de derecho penal referido a la conducta, tal como se puede inferir del artículo 9 de la ley 599 de 2000, y en la parte procesal la transformación de un sistema inquisitorial al acusatorio, el cual, fue concebido acorde con el modelo de Estado vigente – Estado Social de Derecho-, en el que se instituyeron mecanismos que pretendían permitir un modelo de justicia real y efectivo, más garantista, que pretendía la descongestión de la justicia, basado en los principios de contradicción, inmediación, concentración y publicidad, y la implementación de mecanismos de salidas alternas al juicio, que propendieran por la eficiencia al proceso penal y la materialización de los derechos de los ciudadanos, pero que en la actualidad esta transformación no fue completa, realmente contamos con un híbrido, un sistema penal mixto, que cada vez con las reformas que se hacen, este sistema se vuelve más ineficiente, inoperante y con una gran tendencia al colapso.

Si bien es cierto, con el cambio de modelo al sistema penal acusatorio se establecieron una serie de mecanismos dirigidos a humanizar la actuación procesal, de obtener pronta y cumplida justicia como los preacuerdos y negociaciones, el principio de oportunidad, y mecanismos de justicia restaurativa contemplado en el libro VI, capítulos I, II y III de la ley 906 de 2004 como son la conciliación preprocesal para los delitos querellables y la aplicación de la mediación para conductas delictivas cuya pena no sea mayor a cinco (05) años de prisión siempre que el bien jurídico no sobrepasara la esfera personal de la víctima, como salidas alternas al juicio oral, que pretendían ser herramientas jurídicas eficaces para solucionar los conflictos de menor gravedad, sin tener que llegar a la etapa del juicio oral, basándose en proceso penal transaccional, donde las partes en conflictos participan de manera activa en su resolución, acercando a las víctimas en la participación activa dentro del proceso penal, aumentando la productividad en impartir justicia, manteniendo la paz social, y permitiendo a los operadores realizar un tratamiento real a los conflictos, estos han comenzado a entrar en desuso debido a la refal

formas dadas en los últimos años frente al aumento de las penas, la eliminación de beneficios y subrogados.

La Corte Constitucional Colombiana menciona que las salidas alternas “*no deben ser interpretadas solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan*” (Corte Constitucional, sentencia, C-893, 2001) sin embargo, hoy por hoy, la aplicación de estos mecanismos es cada vez menor, se han convertido en letra muerta, pero estudiemos cada uno de ellos y miremos de que se trata:

1.3.2. Acuerdos y preacuerdos

Los acuerdos y preacuerdos es una de las figuras en el derecho penal creada a partir del 2004 influenciada por la figura anglosajona del *plea Bargaining*, que permite evidenciar una clara noción y expresión de justicia premial y consensuada, en la medida que se activa la solución de conflictos sociales que genera la comisión de conductas delictivas, proporcionando una reparación integral de los perjuicios ocasionados contando con la participación entre la Fiscalía, la víctima (Corte Constitucional, sentencia C-516, 2007) y el imputado, logrando la terminación de un proceso penal sin llegar a la etapa de juicio oral, buscando celeridad en la impartición de justicia.

Este mecanismo fue creado con el objetivo de humanizar el proceso penal, y de activar la solución de conflictos sociales ocasionados por el crimen, a fin de obtener una pronta y cumplida justicia, contando con la participación del imputado en la definición de su caso. Al respecto, la corte ha mencionado en sentencia C-1260 de 2015 que los preacuerdos son una forma de terminación del proceso penal y otorga la posibilidad de renunciar al derecho de tener un juicio público y oral, estableciéndose como uno de los mecanismos de salida alterna al juicio oral.

Y así mismo, ha considerado que en materia de acuerdos y preacuerdos que se debe tener en cuenta:

(i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos (Corte Constitucional (Sentencia C-1260, 2015).

Sin embargo, la misma ha empezado a entrar en inutilidad, si bien es cierto con el aumento punitivo que se dio con la ley 890 de 2004 se pretendía reactivar la figura de los acuerdos y preacuerdo, otorgándole a la fiscalía mayores herramientas y márgenes para negociar la pena con el imputado, a quien ante la misma le resultada de mayor atractivo y beneficios allanarse y obtener las rebajas dela sanción penal, en donde se generaba una terminación anticipada del proceso, se impartía justicia y todas las partes ganaban, ya con la ley 1098 de 2016 en su artículo 199 y la ley 1121 de 2016 en su artículo 26 prohíbe de manera expresa la rebaja de pena por aceptación de cargos, o en el caso de la ley 1761 de 2015 en su artículo 5 frente al delito de Femicidio, que si bien no lo restringe, limita la aplicabilidad de la misma, entonces, una figura que si bien, en su inicio cuando se erigió pretendía agilizar la impartición de justicia, de manera ágil, oportuna, real y efectiva, con las continuas reformas y modernización del sistema atacan de manera directa la naturaleza de estas figuras, las cuales cada vez su inoperancia es mayor.

1.3.3. Principio de oportunidad

Cuando hablamos de principio de oportunidad hacemos referencia a una alternativa al principio de legalidad, según el cual, por razones de política criminal el fiscal puede detener la persecución de un delito menor a una persona que colabora con el aparato judicial para la desmantelación de bandas organizadas dedicadas a la comisión de delitos que representan un mayor daño antijurídico.

En el Derecho Anglosajón, el principio de oportunidad constituye la regla y se traduce en las figuras del *plea guilty*; confesión dirigida a evitar el juicio; y del *plea bargaining*; negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado.

“La filosofía de este principio de oportunidad radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, estimula la pronta reparación a la víctima; y, se le otorga otra oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible (Corte Constitucional, Sentencia C-979, 2005).

Según la legislación vigente, en virtud al Principio de oportunidad la Fiscalía tiene la potestad de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal hasta antes de la audiencia de juzgamiento cuando obren las causales referidas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, esto es:

“Delitos sancionados con pena privativa de la libertad con máximo menor a 6 años, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima” (Ley 906, 2004, Art. 324).

Conforme a los antecedentes jurídicos, el principio de oportunidad fue instituido a través del Acto Legislativo 02 de 2002 y la Ley 096 de 2004, así mismo, con Ley 1312 de 2009 se intentó dar un impulso a la aplicación de este, teniendo en cuenta la poca o nula aplicación que se le estaba dando a esta figura, al igual que con la

ley 1474 de 2011 en su artículo 40 mediante la cual se pretende incentivar su uso y estimular la denuncia y la colaboración con la justicia para la impartición de la misma, incentivando a los servidores públicos que denuncien ilícitos y se acojan a la misma, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos. Sin embargo, estos esfuerzos han sido infructuosos, en la medida que si por medio de unas reforma se busca su reactivación, por otras se limita y se prohíbe su aplicación, tal es el caso, que se presenta frente a la reformas penales que se han dado en el aumento punitivo, como es el caso con la ley 1098 de 2006 en su artículo 199 en donde de manera expresa se prohíbe la aplicación de este mecanismo frente a los delitos cometidos en homicidio, lesiones personales bajo la modalidad dolosa, secuestro, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, como también eliminando cualquier otro tipo de beneficio o subrogado legal, ocasionando que este tipo de mecanismo cada vez se apliquen menos y sean ineficaces.

1.3.4. Mecanismos de Justicia Restaurativa

Frente a los Mecanismos de Justicia Restaurativa, la situación no es diferente, si bien con la ley 906 de 2004 consagra como mecanismos de salida alterna al juicio oral, entre ellos – la Conciliación Preprocesal, la Mediación – constituyéndolo como un método de ágil impartición de justicia, como un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal, pero que busca la solución del conflicto en mano de las partes, como medio eficaz y que evita el enjuiciamiento penal.

Estos mecanismos están regulados en el libro VI de la ley 906 de 2004 desde los artículos 518 al 527, donde se promueve como se enuncio anteriormente la participación del imputado o acusado y la víctima, buscando la reparación, la restitución y la reintegración a la sociedad tanto de la víctima como del imputado o acusado.

La Corte ha manifestado que:

La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que

rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido (Corte Constitucional, Sentencia C-979, 2005).

Sin embargo, son mecanismos poco utilizados, dado que se presenta una auténtica obsesión social por infringir castigo al culpable, potencializando los castigos a fin de saciar la sed de venganza social, y cada vez se concibe como una medida para impartir justicia la privación de la libertad, convirtiéndose en un reto la implementación de la justicia restaurativa.

La justicia restaurativa, desde su concepción está pensado en un esquema de justicia consensual, como solución a la criminalidad en sí, donde se diversifique los fines del sistema, el cual está orientado a la satisfacción de los derechos de las víctimas como es a conocer la verdad, a la reparación del daño, a la restauración de su dignidad, al restablecimiento de la paz social y a la reincorporación del infractor a la colectividad a fin de establecer una convivencia pacífica.

Este tipo de mecanismo como salida alterna al juicio es ideal no solo como mecanismo de descongestión de justicia, ni agilizador del proceso, sino que contribuye al proceso de impartición de justicia real y efectiva, al restablecimiento de los derechos a la víctima a la verdad y a la reparación del daño, logrando una participación activa de la víctima en la solución del conflicto, afianzando el restablecimiento de la paz social.

CAPÍTULO 2: REFORMAS DE AUMENTO PUNITIVO FRENTE A LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

2. REFORMAS DE AUMENTO PUNITIVO FRENTE A LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

2.1. REFORMAS DE AUMENTO PUNITIVO EN COLOMBIA

Coloquialmente hablando podemos decir que el aumento punitivo, como su nombre lo indica es el incremento de las penas consagradas para los delitos que en nuestro caso particular se encuentran descritos en la Ley 509 del 2000; estas reformas, en teoría se realizan en virtud a un estudio juicioso de la sociedad y las necesidades existentes en un país en diferentes épocas; explicado de una mejor manera lo anterior quiere decir que, teniendo en cuenta que las sociedades van cambiando con el pasar de los años, los avances tecnológicos, las realidades que viven, entre otros, cada cierto tiempo se hace necesario hacer realizar estudios que permitan identificar en una primera medida delitos que pierden relevancia, debido a que por ejemplo las circunstancias que les dan origen se normalizan por tanto, dejan de transgredir bienes jurídicamente relevantes, este es el caso de la inoperancia de delitos como el adulterio que eran punibles años atrás.

Además de la salida de la legislación penal de algunas conductas es claro que de la misma se hace necesaria la inclusión de otras, dada la dinámica de la sociedad, así como también los aumentos punitivos, que en algunas ocasiones han obedecido por temas de política criminal, prevención general y prevención especial, y otras por simple populismo, por obtener la aceptación del electorado. Sin embargo, es importante resaltar que como lo decimos en el párrafo anterior, para la realización de reformas de este tipo se deben hacer estudios juiciosos, por profesionales que entiendan el tema y que puedan a ciencia cierta determinar el impacto que dichas transformaciones van a traer a la sociedad en cuestión, es absolutamente irresponsable hacerlo de otra manera, no solo porque las nuevas medidas adoptadas pueden ser inservibles, sino porque también es posible que afecten de manera negativa al grupo poblacional al que se van a aplicar.

Es evidente que el pueblo colombiano ha sido víctima de violencias de todo tipo a lo largo de los años, con gran afectación a los derechos y libertades, que hay sectores que han sufrido más que otros debido a la ausencia del Estado en la

mayoría de los casos, y que todo esto ha formado ciudadanos cansados, que muchas veces han preferido tomar la justicia por su propia mano antes de dar la posibilidad a los organismos competentes de hacerse cargo de las situaciones, lo que pasa por ejemplo, con los hurtos que se presentan sobre todo en los centros de las ciudades, donde los “ladrones” son golpeados, maltratados y demás; además de hacer justicia propia, los ciudadanos ruegan penas severas porque es una creencia generalizada que con penas más severas menos delitos van a existir.

Es en virtud de todo lo anterior, que el aparato legislador ha “escuchado” dichas opiniones y han endurecido las penas sobre todo en delitos que por sus características pueden generar un mayor impacto. Entre ellas tenemos por mencionar:

Tabla 1. Endurecimiento de penas.

LEY	AÑO	TEMA
Ley 890	2004	Establece máximos generalizados de duración de penas, además de adicionar delitos contra medios de prueba
Ley 1096	2006	Referida a la creación del Código de Infancia y Adolescencia en virtud a la protección de ellos. Que prohíbe la aplicación de algunos mecanismos de salidas alternas al juicio, al igual que prohíbe la aplicación de beneficios y subrogados a algunos tipos penales. Revisar Art. 199
Ley 1142	2007	Por la cual mediante el artículo 32 se modifica el art 68 ^a del Código Penal respecto de la exclusión de beneficios y subrogados a personas que hayan sido condenadas en virtud a la comisión de delitos de tipo doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores o

		cuando haya sido condenado por uno de los delitos contra la administración pública.
Ley 1220	2008	Aumenta las penas de los delitos contra la salud pública.
Ley 1257	2008	Que modifica el los agravantes del tipo homicidio agregando el hecho de que este se comenta contra la mujer por su calidad
Ley 1273	2009	Crea los delitos de tipo informático
Ley 1326	2009	Modifica las circunstancias de agravación punitiva en el homicidio culposo
Ley 1426	2010	Modifica los delitos que atentan contra los defensores de DDHH y periodistas
Ley 1453	2011	Modifica delitos contra los niños, niñas y adolescentes, además de aquellos que atentan contra la seguridad
Ley 1474	2011	Modifica delitos de corrupción.
Ley 1482	2014	Modifica entre otras cosas los delitos que podían recibir beneficios y subrogados penales.
Ley 1761	2015	Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)
Ley 1773	2016	Crea el delito de lesiones personales con agentes químicos por el caso de Nathalia Ponce de León.

Ley 1774	2016	Creación de delitos contra animales
Ley 1864	2017	Agrava las penas de los delitos electorales
Ley 1908	2018	Creación de delitos cometidos por Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados.
Ley 1918	2018	Establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades
Ley 1944	2018	Crea los tipos penales de abigeato y abigeato agravado
Ley 1959	2019	Se aumentan penas en delitos relacionados con la violencia intrafamiliar.

Fuente: Sistema Único de información normativa (2020) Normas Ministerio de justicia y del Derecho. obtenido de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/legislacion/justicia.html>

De acuerdo con la relación anteriormente expuesta, observamos como las reformas dadas al código penal colombiano desde el año 2004, cuando se erigía el sistema penal Acusatorio en nuestro país con la ley 906 de 2004, la tendencia al incremento punitivo ya era visible, y con su nacimiento, la primera modificación que se es con la Ley 890 de 2004 que enmarca un aumento generalizado de las penas, estableciendo el artículo 14 un aumento de la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo de todos los tipos penales, sin exceder el tope de los 50 años establecidos en el artículo 2 de la misma norma, y de 60 año para los concursos de conductas punibles, reforma que se fundamentó en la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, justificaba que si se daba aplicación a la figura de los acuerdos y preacuerdos, los beneficios obtenidos en la rebaja de la pena llevaría a que muchos delitos la pena fuera desproporcional al daño causado.

La línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia radica en que el incremento punitivo regulado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 es aplicable en la medida en que el proceso penal se adelante bajo los ritos de la Ley 906 de 2004. En todos los casos en que el proceso penal se tramite conforme a la Ley 600 de 2000 no opera el aumento de pena regulado en el artículo 14 referenciado (Corte Suprema de Justicia, Rad. 37322, 2012).

Posteriormente, se emite la ley 1126 de 2006 con la cual comienza la prohibición de beneficios, de subrogados, así como las limitaciones al principio oportunidad para algunos delitos que afectan el bien jurídico tutelado de la administración pública, el orden económico social, el patrimonio económico. Poco a poco, después de haber nacido como una figura que buscaba ser una salida alterna al juicio oral, con la cual se pretendía obtener mayores beneficios para la búsqueda de la verdad con la colaboración de la justicia, comienza a limitarse su uso y a volverse inoperante.

Como podemos evidenciar, en las leyes referidas anteriormente, se reformaron delitos en virtud a casos que fueron mediáticos en su momento, por ejemplo la creación del tipo de Femicidio, por Rosa Elvira Cely, o que regulan agentes químicos, por Nathalia Ponce de León, entre otros; sin embargo es válido aclarar que si bien fueron situaciones aberrantes por las circunstancias que rodearon la comisión de la conducta delictiva, algunas de estas modificaciones no eran necesarias, teniendo en cuenta que por ejemplo, el femicidio, esto es, que el sujeto activo produzca la muerte a la víctima por el hecho de ser mujer, abusando de su superioridad, poniendo a la víctima en un estado de indefensión, ya se encontraba en nuestro Código Penal como agravante (mayor punibilidad) para el homicidio base.

Reformas que han sido cada vez más restrictivas en la obtención de beneficios y en la aplicación de mecanismos de salidas al ternas al juicio, por lo que estos han entrado en inaplicación, agudizando consigo la problemática de la rápida y efectiva de impartición de justicia, en la medida en que se aumentaron los procesos penales

que tienen que llegar a la etapa de juicio oral para que se genere una sentencia y se imparta justicia.

2.2. AUMENTO PUNITIVO Y POPULISMO PUNITIVO EN COLOMBIA

Como lo mencionamos en el acápite anterior y en el desarrollo del texto, el aumento punitivo no es más que el imponer penas más altas a conductas delictivas que como se refirió, deberían establecerse en razón al estudio de la dinámica social de la época, sin perder de vista los fines de la pena, de que trata el artículo 4 de la Ley 509 de 2000, referidos a la prevención general, prevención especial, reinserción social y resocialización.

El populismo punitivo se refiere a la actividad en la cual, se promueve el endurecimiento del sistema penal, esto es, la creación de nuevos tipos y el aumento de penas y sanciones; a fin de dar “*gusto*” a la sociedad que lo reclama; con lo cual, se mejora la imagen de candidatos a puestos públicos, sobre todo los de elección popular, se logran más adscritos a partidos políticos, y se crea una falsa sensación de seguridad entre las personas que piensan que con penas de mayor duración se va a disminuir la tasa delictiva.

Sin embargo, es evidente que a la fecha no se ha visto disminución en el porcentaje de delitos que sufrieron modificaciones, no hay menos feminicidios, no se han disminuido los ataques con agentes químicos, o electorales; el panorama pinta casi igual, de no ser porque además de lo anterior, en muchas ocasiones se les da un uso no adecuado a los tipos de creación reciente; en el caso del feminicidio por ejemplo, para su configuración se hace necesario que la muerte se produzca por circunstancias específicas, lo que significa que no a no toda persona que mate a una mujer se le puede aplicar este tipo, que en la práctica es lo que se ha venido haciendo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el proceso de reforma no se realiza de la manera adecuada, se deja de lado todo lo referente a fines de la pena, lo que ha

provocado más bien que mal, solo hemos llenado los centros penitenciarios y carcelarios de gente, provocando una sobrepoblación en ellos que en muchas ocasiones supera el 90% creando problemas sanitarios, violación a derechos humanos , tanto así que en Colombia existe todo un estado de cosas de inconstitucionalidad en los centros; además del aumento de personas reincidentes.

Actualmente, se han tramitado infinidad de proyectos de ley relacionados con este tema, es más, el gobierno actual por si solo ha desplegado más de treinta proyectos de ley en aras de realizar reformas a la Ley 509 de 2000, en diferentes materias, pero todas con algo en común, claro está, son los temas que más le duelen a la sociedad, delitos contra niños, niñas y adolescentes, delitos donde intervienen grupos armados al margen de la ley, y delitos de corrupción; propuestas irresponsables, ya que se realizan sin tener en cuenta los Derechos consagrados en la Constitución Política, entonces tenemos proyectos de Ley referidos a imposición de cadenas perpetuas y pena de muerte entre otras.

Es por tanto que la Corte Constitucional en sentencia C-108/17 estableció que:

Los límites constitucionales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado pueden ser explícitos e implícitos. Como límites explícitos se han identificado la prohibición de la pena de muerte (art. 11); el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12); la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 34); entre otras. En cuanto a los límites implícitos, se ha destacado que el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Corte Constitucional, Sentencia C-108, 2017).

De lo anterior se puede inferir que la percepción que se tiene respecto de las causas que dan origen a las reformas en materia penal en generalizada; el derecho penal no se trata de incrementar penas y crear delitos arbitrariamente, es claro que con el pasar de los años lo que se generara es un colapso del sistema, en donde la congestión judicial es cada vez mayor al igual que aumenta la crisis del sistema

penitenciario, con el hacinamiento, que a pesar de los esfuerzos que se han realizado con la construcción de nuevos establecimientos no ha sido posible dar solución efectiva a la misma, dado que la población privada de la libertad crece de manera exponencial, por lo que se hace necesario una reforma de nuestro Código Penal, arraigada a una política criminal seria, enfocada en trabajar en los orígenes y las causas que generan la criminalidad.

2.3. ANALISIS DEL IMPACTO QUE HAN TENIDO LAS REFORMAS DE AUMENTO PUNITIVO FRENTE A LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO ORAL

Como hemos visto a lo largo del desarrollo de este capítulo y del capítulo I, las reformas al derecho penal colombiano, especialmente el aumento punitivo han tocado todas las esferas del proceso penal; las salidas alternas al juicio no han sido la excepción; teniendo en cuenta que este fue un tema que se trató en el capítulo anterior, no se hará una nueva explicación de las mismas, sino una reflexión respecto de lo que el aumento punitivo ha afectado la aplicación de estas.

Teniendo en cuenta que la justicia premial, de la que las salidas alternas al juicio oral hacen parte, busca dar “*incentivos*” en razón a colaboración con la justicia, lo que produce un menor desgaste del aparato investigativo y una mayor celeridad en el proceso en que se aplican, y porque no, en procesos conexos debería presentarse un mayor uso de esta, sin embargo, es importante resaltar que la aplicación de mecanismos como el principio de oportunidad prevén unas limitaciones en cuanto a duración de pena corresponde, esto es, solo se puede dar aplicación a este para conductas delictivas con penas de cierta duración, lo que significa que en delitos que tienen penas más altas este inicialmente no podría aplicarse.

Ahora bien, como hemos dicho a lo largo de este artículo, las reformas punitivas se presentan en la actualidad en relación a casos mediáticos, delitos que han generado un mayor descontento social ya sea por las circunstancias en que estos se producen o en muchos otros casos porque son los que más se presentan día a día;

en ese orden de ideas, debería pensarse que por ejemplo en estos últimos que son los de mayor comisión, debería aplicarse de mayor manera justicia premial como lo podría ser un principio de oportunidad en aras de desmantelación de bandas, entre otros; sin embargo, lo que se hace en la realidad colombiana es todo lo contrario, aquí, aumentamos penas para dar gusto al pueblo, provocando que en relación con esa sanción más alta el que estos mecanismos sean inoperantes.

Realmente, nuestro sistema penal enfrenta una grave crisis, que cada vez se agudiza más, con un sistema judicial y penitenciario colapsado, donde se dejan de lado los fines de la pena, en busca únicamente de proporcionar un castigo al alguien que comete un error, sin importar la índole de este, sin buscar una resocialización, ni prestar ayuda para evitar la reincidencia de quienes cumplen su condena.

3. CONCLUSIONES

La implementación el Sistema Penal Acusatorio presentó un avance gigante en relación a la protección de Derechos Humanos que se encontraban ampliamente vulnerados con la aplicación del proceso inquisitivo antecesor, no obstante lo anterior, actualmente, se observa un retroceso en la implementación de ese modelo garantista al generarse el híbrido con el sistema inquisitorial, con la tendencia del aumento punitivo, presentándose grandes falencias que de una u otra manera tienden a opacar un lo que se intentó lograr con el cambio de legislación, toda vez que en las cárceles se siguen violando Derechos Humanos, que se presenta un porcentaje de hacinamiento absurdamente alto en relación a una gran cantidad de personas condenadas con penas de muy larga duración.

Es cierto que la realidad colombiana siempre se ha encontrado marcada por la violencia, se han presentado casos aberrantes en todas la esferas de la sociedad, y porque no, se ha creado también un temor generalizado referente a ciertas situaciones y sectores de la población; la violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes, el maltrato contra la mujer, la violencia intrafamiliar son de las

conductas que más se repiten en Colombia, es solo encender el televisor, el radio o leer el periódico para encontrar diariamente casos nuevos de niños que son abusados sexualmente, mujeres asesinadas por sus parejas o ex parejas sentimentales, niños maltratados en el seno de sus hogares, o mujeres que son asaltadas sexualmente en la calle, cuando salían de una discoteca, pasaban por un parque entrada la noche, o caminaban solas por una zona boscosa; sin contar las noticias diarias referentes a la corrupción en todas las esferas del Estado, problemas de narcotráfico, en fin; todo esto con el pasar de los años ha provocado un cansancio social que repudia estos actos y que diariamente ruega que se impongan condenas más severas para que la comisión de estas conductas cese, y en ultimas, esto no está mal, es una creencia generalizada sobre todo entre la gente del común que es a la que más tienden a afectar estas situaciones teniendo en cuenta que son los que más desprotegidos se encuentran; sin embargo, no se puede dejar de lado que ellos no son quienes hacen las leyes, estas, merecen todo un estudio social de adecuación y demás para ser proferidas, de lo que la mayoría de la gente no entiende, es completamente irresponsable proferir una nueva ley que reforma punibilidades sin realizar el estudio juicioso del que hemos venido hablando. Las reformas punitivas deben realizarse por razones únicamente de política criminal, por personas que conocen del tema a fondo y que pueden argumentar la necesidad de estas más allá de decir que se realizan para que se dejen de cometer delitos.

La política criminal en nuestro país se ha caracterizado por ser inestable, con tendencia al endurecimiento y aumento de las penas bajo tendencias populistas en materia de seguridad ciudadana, instituyendo la privación de la libertad como la *prima ratio* para resolver los problemas sociales y enfrentar la criminalidad; en la actualidad nos encontramos con senadores que promueven castigos como cadena perpetua o pena de muerte en casos de accesos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, por ejemplo, olvidando que en primera medida Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que conlleva a que los ciudadanos cuentan con una

serie de garantías que para nuestro país se encuentran de los artículos 11 al 41 de la Constitución Política de 1991, allí, en el artículo 11, como primer derecho fundamental se encuentra la vida, y la protección que el Estado debe dar a este, prohibiendo expresamente la aplicación de pena de muerte; a su vez el artículo 34 ibidem presenta la prohibición a la existencia de cadenas perpetuas; en ese orden de ideas, promover este tipo de reformas representaría una clara transgresión a lo contemplado en la Constitución de 1991, a los pactos internacionales suscritos por Colombia en la materia propia de las reformas, y hasta a la forma de organización estatal.

Se supone que las personas que conforman las ramas del poder público llegan allí, independientemente del medio de elección, porque se encuentran preparadas para la asunción de los cargos a los que se postulan en cada uno de los aspectos que ello conlleva, claramente estos servidores, se encuentran obligados a conocer la organización estatal, de la obligación que tiene Colombia a dar aplicación a tratados internacionales, y que promover la aplicación de cadenas perpetuas, penas de muerte desencadenaría una necesaria reforma constitucional que no solo es bastante inviable, sino que prácticamente deja a los ciudadanos colombianos sin piso, por decirlo de alguna manera, teniendo en cuenta que es esta, norma de normas, la que en últimas protege nuestras garantías fundamentales.

A su vez, es de conocimiento popular, que Colombia, no posee las calidades investigativas de países más desarrollados, donde se aplican este tipo de sanciones, aquí, el aparato investigativo tiene varias falencias, muchas de estas a causa del olvido estatal, ya que no se cuentan con los medios necesarios para producción de una investigación idónea, ni siquiera en las grandes ciudades, en muchas ocasiones no se cuenta con el personal suficiente, investigadores suficientes, fiscales suficientes, es común llegar al despacho de un fiscal y encontrar que lleva 1.000 – 1.500 investigaciones; en qué momento queda tiempo para dedicar a cada una, para dar celeridad a los procesos, para investigar a fondo si una conducta revistió en realidad las características de delito, sobre todo en casos

mediáticos, donde la presión social hace que el proceso sea más expedito pero que se pasen por alto muchos aspectos, que no se valoren la integridad de las pruebas y que el tercer neutral deje de serlo.

Repetimos, no estamos negando la necesidad de condenar a quienes cometen delitos, es evidente la existencia de crímenes que son verdaderamente aberrantes o diciendo que no nos duela cuando se cometen estos contra los niños, niñas o adolescentes, sin embargo, una investigación integra de cada proceso, a fondo, realizando las labores necesarias, contando con el personal idóneo, demostraría que en muchos, muchísimos casos, así no lo queramos ver estos crímenes ni siquiera fueron cometidos, no es poco el porcentaje de personas a quienes sus parejas sentimentales denuncian por actos sexuales, accesos carnales, para con sus hijos por un tema netamente de venganza, entonces, que pasaría si un hombre es denunciado por la madre de uno de sus hijos por haber cometido un acceso carnal en contra de este sin que el evento haya tenido lugar; si hubiese un órgano investigativo idóneo seguramente desde las primeras etapas del proceso se podría dar cuenta de que se trata de una retaliación meramente pasional y seguramente no habría mayor inconveniente; sin embargo con las falencias investigativas actuales no hay forma de despegar investigaciones muy integrales, que permitan evidenciar el trasfondo de las cosas, y se termina condenando muchas veces personas que solo fueron víctimas de resentimientos pasionales.

La política criminal no se trata como se piensa actualmente de elevar penas, quitar beneficios, no, la política criminal, como lo hemos venido diciendo se trata de hacer estudios poblacionales, que permitan dar cuenta de lo que necesita la sociedad para el momento específico, obviamente, con el pasar de los años, los avances tecnológicos y cambios en el desarrollo social se hace necesaria la inclusión de nuevos tipos, hace 50 años no se pensaba siquiera en delitos informáticos, por ejemplo, que ahora son el pan de cada día, esa inclusión es obligatoria, la reforma es necesaria, pero respecto de delitos nuevos por la dinámica social, no de aumentos irresponsables de personas que parecen no saben nada del tema.

Así como la corrupción es el cáncer de la administración, el populismo punitivo lo es del Derecho Penal, se ha convertido en un tema de subir penas para obtener votos, para mejorar imágenes políticas, dejando de lado lo verdaderamente importante, es que las personas no dejen de delinquir porque exista una pena alta o porque se eliminen los beneficios en ciertos delitos, para poder contener o prevenir dicha comisión se deben adoptar otras medidas, una mayor presencia del Estado en algunos casos, políticas de educación social en otros, nada relacionado con más años de cárcel.

4. RECOMENDACIONES

Se debe generar una reforma al sistema penal colombiano de manera integral y seria, basado en una política criminal enfocada a atacar los orígenes y causas de la criminalidad, generando políticas públicas que aumenten la intervención social, que dirijan acciones concretas para reducir la hambruna, la pobreza, la brecha de desigualdad e inequidad social y la reconstrucción del tejido social.

Así mismo, de manera paralela se requiere fortalecer la institucionalidad, para garantizar un recta e impartida justicia, para lo cual se requiere dotar de herramientas jurídicas eficientes que permitan la descongestión judicial, la atención de la crisis penitenciaria y la labor investigativa, donde el objeto principal del Derecho Penal sean los delitos más gravosos y con mayor afectación al conglomerado social, donde los delitos de menor impacto sean objeto principal de los mecanismos de la justicia restaurativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFIA

Alonso Salazar. LL., (2015) Derecho penal preventivo y peligrosista, Revista de Ciencias Jurídicas No. 139.

Bayona A. & Gómez J. Et al., (2016) Diagnostico del sistema penal acusatorio en Colombia. Revista acta sociológica. p. 71 – 94.

- Barrios. R. (2009) Salidas alternativas como forma de resolución de conflictos ¿una nueva función del derecho penal? Argentina.
- Cancio Meliá. M. (2006) Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Edit. Edisof. España.
- Cita T. & González A. (2016) La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Ministerio de justicia.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-108 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-226 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-1404/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis
- Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-893 de 2001, M.P. María Inés Vargas Hernández
- Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1260 de 5 de diciembre 2015, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Sentencia 27 septiembre de 2012 Rad. 37322 M.P. Dr. Fernando Castro Caballero
- Jakobs. G. (2017) Sobre la teoría de la pena. Universidad Externado de Colombia.
- Márquez. C. (2007) La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria.

Pastor. R. (2016) La deriva neopunitista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos.

Sistema Único de información normativa (2020) Normas Ministerio de justicia y del Derecho. obtenido de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/legislacion/justicia.html>

Romero. S. & López C. (2017) Populismo punitivo, actitudes punitivas y la crisis del sistema penal en Colombia: reflexiones y perspectivas. Revista Pluriverso No. 8.