



El derecho penal como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano*

Luz Elena Mira Olano**

“La verdad no se puede investigar a cualquier precio sino protegiendo la dignidad humana y los Derechos Fundamentales del inculgado”

Claus Roxin

Resumen

Con la inclusión de los Derechos Fundamentales y sus garantías en la Constitución Política de 1991, se permeó toda actuación administrativa y judicial en favor de los integrantes de la sociedad. Así mismo, con la implementación de un sistema penal de corte acusatorio y de sus

* El presente artículo es un producto del Proyecto de Investigación: El Garantismo Penal en contraposición al Eficientismo Procesal. Iniciado en septiembre de 2011, culminado en marzo de 2012. E-mail: luz.mira@unisabaneta.edu.co.

** Abogada, Doctorando en Ciencias Jurídicas, Magister en Derechos Humanos, Democracia y Derecho Internacional, Especialista en derecho penal. Con estudios en Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Coordinadora del Semillero de Investigación en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Corporación Universitaria de Sabaneta.

normas rectoras conformes al texto constitucional, se limitó la potestad punitiva al interior del Estado. El Derecho Penal como garantía jurisdiccional de los derechos inherentes al procesado, propende porque sus actuaciones sean el fiel reflejo de un garantismo penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho. El inconveniente surge cuando en la realidad legislativa y procesal del Estado se incorporan postulados propios del eficientismo procesal, en el cual los derechos inherentes a la persona se ven reducidos bajo los sofismas que subyacen de esta teoría penal que antepone los fines a los medios.

Palabras clave: Derechos Fundamentales, derecho penal, garantía jurisdiccional, garantismo Penal, eficientismo procesal.

Abstract

With the inclusion of fundamental rights and guarantees in the Constitution of 1991, permeated all administrative and judicial action on behalf of the members of society. Also with the implementation of an accusatory penal system and its governing rules in accordance with the constitution, was limited punitive power within the state. The criminal law a legal guarantee of the rights attaching to the defendant, that their actions tends to be a true reflection of a penal guarantees itself a democratic and social state of law, the problem arises when in reality the state legislative and procedural incorporated efficientism own tenets of procedural, in which the rights attaching to the person are reduced under the fallacies underlying this criminal theory that puts the end to the media.

Key words: Fundamental Rights, Criminal Law, Jurisdictional Warranty, Penal Guarantees, Efficientism Procedural.

Introducción

El concepto de Derechos Fundamentales es quizá el más importante de las Constituciones contemporáneas; Colombia no podía quedarse atrás con la implementación de un sistema que abarcara derechos y garantías predicables por sus titulares, todo ello fue posible reunirlo en la Constitución Política de 1991, dicho texto se manifiesta desde dos perspectivas, una desde el punto de vista del catálogo de derechos y otra como las garantías contenidas. En el primer caso, además de incluir los derechos civiles y políticos, también abarca los derechos económicos, sociales y culturales, además de los derechos colectivos y del medio ambiente. En el segundo caso, la Constitución incorpora un amplio abanico de garantías de los derechos, como son las garantías jurisdiccionales, consistentes en la previsión de procedimientos judiciales especiales de defensa de los derechos, considerados más relevantes y las no jurisdiccionales, que incluyen figuras que complementan las garantías anteriores.

La Constitucionalización de estos derechos comporta que todos los poderes del Estado se encuentren limitados y sometidos al respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, es por ello que se ha desarrollado el concepto de “*indemnidad personal*”, y es en virtud del mismo que “ninguna intervención del Estado puede conllevar una afectación de la persona como tal;

el Estado no puede incidir en la esencia de un derecho o impedir absolutamente su ejercicio”. (Bustos: 1997). Así mismo, teniendo en cuenta que la existencia de garantías jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales, conllevan ante una eventual vulneración de los mismos, la posibilidad de acudir ante un tribunal imparcial para que se adopten medidas necesarias para el restablecimiento del derecho conculcado, surge la clasificación de los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos. Empero, “cuando no se prevé esta posibilidad, parte de la doctrina sostiene que la existencia de derechos sin garantías jurisdiccionales se debe considerar una suerte de imperfección lógica del mismo ordenamiento, es decir, una laguna que los operadores jurídicos tienen la obligación de llenar, dotando al derecho de algún mecanismo de protección”. (Bonet Pérez et al: 2008). Es por lo anterior, que las garantías jurisdiccionales y los órganos encargados de materializarlas pueden variar de acuerdo a la tutela jurídica encomendada, algunas se confían a Tribunales Ordinarios, tratándose de procesos civiles, penales, laborales, entre otros, y otras a tribunales especiales, cuando se endosan a tribunales constitucionales.

Aunado a lo aducido, debemos tener en cuenta que el Derecho Penal “busca que los ciudadanos ajusten su comportamiento a ciertas reglas de conducta, protegiendo intereses fundamentales para la convivencia en comunidad, esto es, bienes jurídicos”. (Posada: 2010). Además de ser “el dispositivo de control social más severo de que dispone el Estado, pues las sanciones penales son las más drásticas del orden social y los comportamientos a los que vienen aparejadas, son los más intolerables para la convivencia humana en sociedad”. (Velásquez: 2004). Tal como lo asevera Luigi Ferrajoli (2006), “es en el derecho penal donde se juega su legitimación el Estado Constitucional de nuestros días, pues es ahí donde se enfrentan en toda su crudeza y toda su violencia el Estado y el individuo”. Teniendo como punto

de partida lo anterior, es importante resaltar que la acepción de Derecho Penal como *última ratio* o *Principio de intervención mínima*, propende porque la injerencia en la vida social de esta rama del derecho de naturaleza agresiva, se reduzca a su expresión mínima posible y solo se active esta garantía en los supuestos en los que se hayan agotado otros recursos no penales, otorgando de forma implícita el carácter de garantía jurisdiccional subsidiaria.

Si bien es cierto, los jueces penales pueden restringir derechos, accionando esta garantía jurisdiccional, a través de las técnicas procesales utilizadas para prevenir o corregir vulneraciones de bienes jurídicos producto de las relaciones intersubjetivas entre particulares, no se puede desconocer que los implicados en el delito, propiamente el sujeto activo, ostenta una titularidad de Derechos Fundamentales que permanecen incólumes, incluso después de haberse emitido una sentencia condenatoria; En cuanto al sujeto pasivo, la protección de sus derechos se encuentra desarrollada en un sinnúmero de instrumentos nacionales e internacionales; razón por la cual se predica que “el derecho penal se justifica cuando logra ser un instrumento de defensa y garantías de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada”. (Ferrajoli: 2006).

A lo largo de este artículo se podrá vislumbrar que nuestro Sistema Penal ha sido estructurado acorde a los postulados que exige un Estado Social de Derecho, propendiendo por el respeto de las garantías de los implicados en conductas punibles. El inconveniente surge cuando con actuaciones legislativas y judiciales se deja entrever un manto de eficientismo procesal, teoría que simpatiza con instrumentalizar al ser humano, convirtiéndolo en el espectáculo público que busca devolverle a la sociedad la confianza en el sistema represor a cualquier precio, originando una mutación del derecho penal, de garantía secundaria a primaria o prioritaria.

Atendiendo al concepto de Derecho Penal esbozado, teniendo en cuenta que ningún sistema penal puede concebirse al margen o en contravía de los Derechos inalienables de la persona, se hace necesario interrelacionarlo con los Derechos Fundamentales incluidos en la Carta Magna, las normas rectoras del sistema penal y las disposiciones internacionales que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, propiamente la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, como normatividad obligatoria y vinculante, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 16 de 1972. Y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tal y como lo ha manifestado la Corte Constitucional: “la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. (Sentencia C-010 de 2000).

Para iniciar, el artículo 1º de la Constitución Política (en adelante CN), como principio fundamental de la misma, consagra al Estado Colombiano como Social y de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y es el mismo Tribunal Constitucional en Sentencia T-881 de 2002, el que le ha dado el carácter de “Valor Constitucional”, por ser la base axiológica de todos los demás derechos; así mismo la ha elevado a la categoría de “Principio Constitucional”, como deber positivo del Estado, como mandato de optimización, y por último como “Derecho Fundamental”, al irradiar los demás derechos inherentes a la persona humana, porque cuando se vulnera algún otro derecho, inmediatamente la dignidad humana se considera conculcada. Al considerarse un derecho autónomo, de aplicación inmediata, obliga al Estado a adoptar las medidas que considere necesarias para garantizar la primacía de estos derechos, a la luz del artículo 5º del mismo instrumento.

Huelga decir, que la Dignidad Humana se considera un principio jurídico supranormativo porque ostenta una categoría internacional, toda vez que se consagra en instrumentos internacionales como el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); en el artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); En el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); en el Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); en el Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); y de la misma manera es un Principio Rector (60.1) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Organización de Naciones Unidas (1985); hace parte de las reglas 11, 19 y 21 de las Reglas de Bangkok (2010); de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad “Reglas de Tokio” en los artículos 3.9 y 6.2 (1990); entre otros.

De igual forma, la dignidad humana ostenta un rango constitucional ya comentado. Por último y no menos importante, posee rango legal, como norma rectora del Código Penal Colombiano (art. 1º) que protege al procesado ante cualquier arbitrariedad, sin embargo, como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de la ONU, “no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad [...]” (Caso Albert Womah Mukong c. Camerún. 1994). Concomitante con lo anterior, no se puede dejar de lado la categoría *Ius Cogens* de este derecho, por lo cual se propaga un respeto universal por el mismo, independiente de la calidad o la circunstancia en la que se encuentre una persona.

La Corte Constitucional Colombiana aduce que “El respeto a la dignidad humana no

solo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades. Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado” (Sentencia T-317 de 2006). Siguiendo la misma línea sostiene que “es un derecho que implica tanto obligaciones de no hacer como obligaciones de hacer por parte del Estado.” (Sentencia T-702 de 2001). De igual manera asevera que “...El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de auto determinar-se...” (Sentencia T-499 de 1992).

En lo que respecta a la Dignidad Humana como norma rectora del Derecho Penal, concepto que debe entenderse como límite a la “violencia legítima” ejercida por parte del Estado, a su vez, estas normas integran prerrogativas a favor de la persona procesada, ello porque algunos de sus Derechos Fundamentales van a sufrir una posible restricción, producto del *ius puniendi* que encabeza la institución estatal.

A manera de colofón, se puede predicar que la Dignidad Humana es el fundamento del Derecho Penal y por ende su fin principal es la protección de la persona procesada, porque “no hay libertad allí donde las leyes permitan que en determinadas circunstancias el hombre deje de ser persona y se convierta en cosa” (Beccaria: 2000). Ningún ser humano pierde su dignidad por infringir una norma penal, ni por poner en peligro un bien jurídico, este derecho se perpetúa durante la existencia misma del ser.

Otro Derecho Fundamental con relevancia en el Derecho Penal, es el contenido en el artículo 11 de la CN. En concordancia con el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Derecho a la Vida, fungiendo como el principal de los derechos en cabeza de la persona humana, sin incurrir en una jerarquización de los mismos, es indudable que la garantía y protección de este derecho es un requisito para

el disfrute de los demás, tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el entendido que “el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos” (Caso Niños de la Calle vs. Guatemala 1999). En virtud de este derecho, los “Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para su pleno goce y ejercicio” (Caso González y otras vs. México 2009). Es importante aclarar que el derecho a la vida no puede circunscribirse únicamente a la existencia misma del ser, dado que comporta una triple dimensión en su esfera de protección, abordando, además del derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, el derecho a disfrutar de la vida en condiciones dignas y el derecho a desarrollar un proyecto de vida. La Corte Constitucional en la Sentencia T-499 de 1992, ha sido enfática en proclamar que “las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho”.

El sometimiento de una persona a un proceso penal, llámese capturado, indiciado, imputado, detenido, acusado, o condenado, conlleva necesariamente a la restricción de algunos Derechos Fundamentales, tales como la libertad personal, la honra, la intimidad personal, libre circulación y residencia, entre otros. No obstante, esa situación no faculta al Estado a adoptar medidas discriminatorias, propias de

la arbitrariedad y el exceso, que vulneran el núcleo duro de los demás Derechos Fundamentales que forman parte de la esencia de ese individuo y que aún en el peor de los criminales permanecen indemnes, como es el Derecho a la vida. Bien lo ha expresado la Corte Constitucional en Sentencia T-535 de 1998, donde señaló que "...habiendo sido prohibida en el sistema colombiano la pena de muerte (art. 11, C.P.) y estando proscrita toda clase de castigos que impliquen tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 12, C.P.), los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, en conexión con aquellos, permanecen intactos. Es decir, no pueden resultar afectados ni en mínima parte durante el tiempo necesario para el pago de la pena impuesta o a lo largo del período de detención. De ello se hace responsable el Estado desde el momento mismo de la captura o entrega del detenido o condenado y hasta el instante en que readquiera su libertad".

Siguiendo el recorrido constitucional, nos encontramos frente a otro derecho de magna importancia, se trata del artículo 12 de la CN. En concordancia con el artículo 5 de la Convención Americana, que contienen postulados normativos relativos a la protección de la Integridad Personal como derecho inherente a la persona. Los cuales prohíben el sometimiento a desaparición forzada, a torturas, o a tratos crueles, inhumanos o degradantes; en concordancia con los artículos 165 y 178 de nuestro Código Penal, respectivamente. Acorde a lo expresado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "el derecho a la integridad personal es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, *inter alia*, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia". (Caso Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay 2004).

En lo que respecta a las personas sometidas a un proceso penal o que se encuentren privadas de su libertad, de conformidad con esta garantía individual, tienen derecho a vivir en condiciones que sean compatibles con su dignidad, teniendo en cuenta que el Estado ostenta una posición de garante de las personas que se encuentran bajo su protección, lo que implica el deber de salvaguardar los demás derechos que permanecen incólumes, de tal manera que no se exceda el sufrimiento propio de purgar la pena. En este sentido, tampoco es permitido que los Estados invoquen "privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano". (Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela. 2006). De igual forma, en reiterados pronunciamientos la Honorable Corte Interamericana, entre ellos, la sentencia del caso Gelman vs Uruguay (2011), ha sido constante en reconocer que "las personas sometidas a privación de libertad que se encuentren bajo la custodia de cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen tortura, es por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones al derecho a la integridad personal, aunque no se pueda demostrar los hechos violatorios".

En lo concerniente a la prohibición de sometimiento a desaparición forzada, en la Sentencia del Caso Anzualdo Castro vs. Perú (2009), La Corte Interamericana asevera que "los Estados tienen la obligación de no practicar ni tolerar este crimen en cualquier circunstancia, y de sancionar a los responsables del mismo en el ámbito de su jurisdicción". Este delito tiene el carácter de pluriofensivo, es decir, que vulnera varios bienes jurídicos de manera coetánea en su ejecución y respectiva consumación, es por esto que se entiende que de manera efectiva los Derechos Fundamentales, tales como la personalidad jurídica, la vida,

la integridad personal y la libertad personal, se encuentran transgredidos y en virtud de la obligación estatal que emana de estos derechos no se debe limitar únicamente a prevenirlos, sino a investigar las afectaciones, dentro de un marco de la debida diligencia, *so pena* de incurrir en responsabilidad internacional.

El mismo órgano judicial en el caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (2011), manifiesta que este crimen “implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano, por lo que su prohibición ha alcanzado carácter de norma *jus cogens*”.

La privación de libertad, con la cual inicia la desaparición forzada, cualquiera que fuere su forma, contraría el derecho a la libertad personal. Concomitante con la vulneración del derecho a la integridad personal, art. 12 CN. y art. 5º de la convención. El Tribunal interamericano, en el caso *González Medina y sus Familiares vs. República Dominicana* (2012), ha dejado claro que “por el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano, porque resulta evidente que en una desaparición forzada la víctima de esta vea vulnerada su integridad personal en todas sus dimensiones”. En lo que se refiere al derecho a la vida, art. 11 CN. y art. 4º (derecho a la vida) de la Convención Americana, por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho referido. Además, la Corte Interamericana ha establecido que “la desaparición forzada ha incluido con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una violación del derecho a la vida”. (Sentencia Caso

Gelman vs. Uruguay. 2011). Por último, este crimen atroz puede conllevar a una violación específica del derecho a la personalidad jurídica, contenido en el art. 14 CN. y artículo 3º de la Convención Americana, debido a que la consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o paradero de la persona es con el objeto de sustraerla del amparo legal, lo que obstruye el ejercicio y reconocimiento de este derecho, toda vez la víctima no puede activar ninguna acción o mecanismo de protección, que logre restablecer los mismos, lo que desconoce *per se* y de forma absoluta la titularidad de los Derechos Fundamentales. De este modo, en el caso *Torres Millacura y otros. Vs. Argentina* (2011), se ratificó lo establecido en otros pronunciamientos, en cuanto que “el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, a la obligación de no vulnerar dicho derecho. Más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no solo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado”.

Prosiguiendo nuestro recorrido constitucional, nos situamos en el artículo 28 de la carta magna, en concordancia con el artículo 7º de la Convención Americana, que amparan el derecho a la Libertad Personal, así mismo ha sido establecido como norma rectora del sistema penal, mediante la Ley 906 de 2004 en su artículo 2º. El contenido de este derecho evidencia una característica general y otra específica. La primera sustentada en poder disfrutar de la libertad y la seguridad personal sin interferencia alguna, salvo lo dispuesto en la

ley; lo que traduce que por regla general, todos somos libres. La segunda está estructurada por una serie de prerrogativas que se deben tener en cuenta al momento de limitar este derecho, como un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, por motivos previamente establecidos en la ley, lo que conlleva a no ser privado de la libertad ilegal o arbitrariamente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que “cualquier restricción al derecho de la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)”. (Caso Fleury y otros vs. Haití. 2011).

En virtud del derecho fundamental a la libertad personal, el mismo Tribunal Interamericano ha sido enfático en exhortar a los estados para que “el en momento de una restricción a este derecho, independientemente del motivo o duración de la misma, sea debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Lo anterior constituye un salvaguarda fundamental *inter alia*, contra la desaparición forzada. (Caso Torres Millacura y otros. Vs. Argentina 2011). Aunado a lo anterior la persona capturada debe ser sometida sin demora al juez competente, con el objeto de ejercer un control posterior inmediato tendiente a evitar atropellos, teniendo en cuenta que en un Estado Social de Derecho con la adopción de un sistema penal de corte acusatorio, corresponde al Juez de Control de Garantías propender porque los derechos del capturado sean respetados y que solo se autorice la adopción de medidas coercitivas cuando sea estrictamente

necesario, procurando en general, que se trate al procesado de manera consecuente con la presunción de inocencia. De otra parte es importante señalar que el derecho en comento también incluye la seguridad personal, entendida como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Así mismo, “con la protección de la libertad se pueden salvaguardar tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal” (Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs. México 2010). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la seguridad personal implica la protección respecto a la libertad física. (Case of Affaire Villa vs. Italy 2010). A su vez, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que “el derecho a la seguridad no puede interpretarse en forma restringida, lo cual implica que no pueden ignorarse las amenazas a la seguridad de personas no detenidas o privadas de la libertad” (Delgado Páez vs. Colombia 1985).

Ahondando en el articulado constitucional, encontramos el debido proceso, como Derecho Fundamental, contenido en el artículo 29 de la CN. Este derecho está definido en el sistema interamericano como el derecho de acceso a la justicia, conformado por el artículo 8º (Garantías Judiciales) y artículo 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Integrado por un conjunto de preeminencias que salvaguardan a todas las personas, en aras de asegurar una pronta justicia. Este derecho se erige como la garantía basilar de una sociedad, pues no se circunscribe a velar por la aplicación correcta de las formas propias de cada juicio, ni por los derechos de la víctima o del victimario, sino que se ha instaurado en defensa del conglomerado. Es de tal magnitud su importancia que permea absolutamente todas las actuaciones

administrativas y judiciales so pena que se decreta la nulidad de pleno derecho por violación al debido proceso. Por lo cual su contenido es de aplicación absoluta e inmediata, anulando *per se* toda regulación que lo restrinja o impida. Para determinar una posible vulneración a este derecho, es ineludible acudir al análisis de cada uno de los principios que lo conforman, Es decir, que de la interpretación que se hace de los artículos anteriormente mencionados, se desprende la obligación de garantizar, como parte de los elementos esenciales del debido proceso, la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, sumado al respeto a los principios de legalidad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, prohibición de dilaciones injustificadas, principio de contradicción y el *non bis in idem*. De verificarse la inobservancia a uno de ellos, se tendrá por transgredido el debido proceso.

Ahora bien, en lo relativo al principio de legalidad, además de ser parte de este Derecho Fundamental, se encuentra establecido como norma rectora del Código Penal (art. 6º), en el artículo 6º de la Ley 906 de 2004, y se instituyó como derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 9º. En cuanto al alcance de este principio en materia penal, el Tribunal Constitucional ha señalado que “constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo

incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” (Sentencia C-820 de 2005). Si bien es cierto, es necesario acatar las disposiciones propias del principio de legalidad anteriormente expuestas, de las obligaciones internacionales se colige la imperiosa necesidad de ajustar las normas al interior del Estado a los postulados contenidos en los tratados a los que Colombia se ha adherido, por lo cual es admisible predicar la aplicación del articulado de dichos instrumentos, en virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad, así no se encuentre regulado en el ordenamiento jurídico, sin atentar contra dicho principio, toda vez complementa e integra el sistema represor, a la luz del artículo 2º del Código Penal. Definido como principio de legalidad universal, lo que para algunos es un exabrupto, un concepto erróneo y sesgado, dilucidando un oscurantismo del derecho internacional y sus obligaciones inherentes, olvidando o mejor desconociendo que la consagración de una convención internacional sobre derechos humanos tiene efectos y connotaciones trascendentales que permean a toda la institución estatal, por lo tanto la mora de inclusión del tratado a la normatividad interna no puede constituir un impedimento de aplicación a una situación fáctica que constituya vulneración al mismo.

Otro aspecto fundamental del debido proceso es el principio de favorabilidad penal, el cual parte de un presupuesto de sucesión de leyes en el tiempo, esta prerrogativa favorece al procesado y es el juez quien la aplica, pues solo él debe determinar cuál es la norma que más beneficia al procesado. Así mismo, se constituye en un principio suprallegal, reconocido en favor de la persona humana, instaurándose como límite al *ius puniendi* y como derecho inviolable que hace parte de la esencia de toda persona. Por lo tanto, es “el juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especia-

les, está positivamente vinculado, como todo hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley permisiva o favorable, máxime cuando esta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (Sentencia C-301 de 1993).

En cuanto al derecho a la defensa contenido en los artículos *sub examine*, así como en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y como derecho del capturado. “Este derecho contempla que debe ser integral, material, técnico, permanente e ininterrumpido durante la investigación y el juzgamiento, motivos por los cuales el ejercicio de esta garantía fundamental es condición indispensable de la validez del proceso” (Corte Suprema de Justicia, Rad. 24195 de 2006). Por ende, es ineluctable que como derecho en cabeza del inculcado, se pueda ejercer desde que se señala a una persona como posible responsable de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. “Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de Derechos Fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”. (Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs. México 2010).

Si bien es cierto, en el evento de que el indiciado no cuente con un defensor de confianza que pueda asistirlo en el proceso, el Estado está en la obligación de asignarle un defensor de oficio; tal como lo resalta El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “La defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo

cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas”. (Case of Artico v. Italy 1980). Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en diligencias que puedan atentar contra sus Derechos Fundamentales. Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente este derecho, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”. Sin embargo, “el nombrar un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados”. (Caso García y Montiel Flórez vs. México 2010).

Haciendo alusión al principio de presunción de inocencia como fundamento constitutivo del debido proceso, se debe hacer claridad que este principio implica que el procesado no debe demostrar que no ha incurrido en la conducta punible endilgada, toda vez que la carga de la prueba corresponde al ente acusador, por lo cual se considera inocente hasta que no se le demuestre lo contrario; dicho privilegio no se agota con el solo hecho de presumir que no ha actuado o participado en la consumación o tentativa del delito, sino que es obligación *erga omnes* tratarlo como tal. Asimismo, dicho principio exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad. Así, la falta de este requisito en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia, “el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”. (Ricardo Canese vs.

Paraguay 2004). Es de tal magnitud este principio que ni siquiera una captura en situación de flagrancia (art. 30, CN.) se puede equiparar como prueba de responsabilidad penal, toda vez es necesario llevar a cabo una investigación igual de rigurosa para involucrar al inculpado como responsable de un hecho punible. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba la encabeza quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable”. (Case of Barberà, Messegué and Jabardo v Spain 1988).

Para concluir el abordaje del Debido Proceso, se ahondará en el Principio del *non bis in idem*, igualmente consagrado como norma rectora de nuestro sistema penal, así como Derecho Fundamental de aplicación inmediata, el cual tiene como objeto proteger a las personas ante continuadas investigaciones y posibles sanciones, a partir de una misma conducta dentro de una situación fáctica específica, evitando ser puestas en un estado de indefensión frente al poder que ostenta el Estado. Es por esto que su amparo tiene sustento en el principio de cosa juzgada y su existencia brinda seguridad jurídica a la sociedad. Conforme con su finalidad, la prohibición del doble enjuiciamiento, tal y como ocurre con los demás derechos, no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales recogidos por la Corte Constitucional, donde en Sentencia C-870 de 2002, ha dejado establecido que “es posible juzgar y sancionar varias veces un mismo comportamiento, sin que ello implique una violación de este principio, fundado en los siguientes aspectos o circunstancias: (i) cuando la conducta impu-

tada ofenda distintos bienes jurídicos que son objeto de protección en diferentes áreas del derecho; (ii) cuando las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de objeto y causa”.

Pasando a otro artículo de la Constitución Política que hace parte del Sistema Penal colombiano en una triple dimensión, como Derecho Fundamental, como norma rectora y derecho del capturado. Se trata del artículo 33 de la CN, denominado como el derecho a no autoincriminarse, con total aplicación en el proceso penal. Como garantía en favor del procesado busca excluir que la persona sea coaccionada para declarar contra sí mismo o contra sus allegados más cercanos. “Si bien este derecho implica la posibilidad de utilizar estrategias de silencio, la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, no pueda tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad”. (Sentencia C-258 de 2011). La Corte Interamericana comparte el criterio anteriormente descrito, y reitera que “la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes en el momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes, con el objeto de suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse, pueden producir sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral”. (Caso Tibi vs. Ecuador 2004). Por otra parte, este mismo tribunal, conforme a lo expresado por el comité contra la tortura, en el caso PE vs. Francia (2001), resalta que “en los casos que la persona alegue dentro del proceso que su declaración o confesión ha sido obtenida mediante coacción, los Estados tienen la obligación de verificar, en primer lugar, la veracidad de dicha denuncia a través de una

investigación llevada a cabo con la debida diligencia”. Asimismo, “la carga probatoria no puede recaer en el denunciante, sino que el Estado debe demostrar que la confesión fue voluntaria”. (Informe sobre México, 2004).

Conclusión

Indudablemente nuestro sistema penal ha sido estructurado bajo la teoría del garantismo penal, acorde a los postulados propios de un Estado Social y Democrático de Derecho y de los estándares internacionales establecidos. No obstante, también se ha ido sumergiendo en un eficientismo procesal, dado al afán de protagonismo y poca relevancia que algunas autoridades le otorgan al criterio vinculante que ostentan las normas constitucionales e internacionales sobre Derechos Humanos, quedando su aplicación a discreción del operador jurídico, producto de una presión mediática e intervención de otras ramas del poder público que avalan el engrosamiento de los tipos penales, el incremento de las penas y las medidas privativas de la libertad. Figuras como la “Justicia Restaurativa” y el “Principio de Oportunidad” se han quedado en el olvido, gracias a la estigmatización que le han otorgado al tacharlas como el disfraz de una impunidad inminente.

El respeto a las garantías constitucionales y el sometimiento a las normas rectoras del sistema penal, constituyen el cimiento del Estado Colombiano, Pero este pierde su esencia, tornándose en totalitario e involutivo cuando se maximiza el derecho penal y se reaviva la aplicación del derecho penal de autor. La función de la pena ya no interesa, lo que importa es devolver la confianza en el sistema represor a como dé lugar y la mejor forma de hacerlo es con lo que esté acorde a nuestra cultura carcelera y peligrosista, por ello el legislador acrecienta cada día más las conductas punibles, la libertad dejó de ser la regla general y pasó a ser reemplazada por la detención preventiva, se

amplió la flagrancia, se disminuyeron los mecanismos sustitutivos de la pena, entre otros exabruptos, que han repercutido de manera gravosa en el sistema penal colombiano provocando el colapso en el que actualmente se encuentra sumergido. El eficientismo conlleva a despotricar contra la esencia misma del ser humano, argumentando que un vulnerador de la norma penal, no merece llamarse persona, y mucho menos considerarse como integrante de la sociedad, por lo cual se justifica, incluso hasta la tortura en aras de proteger al conglomerado.

Aunado a lo anterior, las legislaciones latinoamericanas cada día irradian su ordenamiento jurídico con normas propias de un Derecho Penal del Enemigo, aunado al clamor de justicia a cualquier precio de la sociedad, y solo se considera aplicado este valor constitucional en la medida en que el delincuente sea sometido a una larga pena privativa de la libertad, de lo contrario se revierte la responsabilidad sobre el fiscal o sobre el operador jurídico que fue “permisivo” y “tolerante” con ese tipo de personas proclives a delinquir, mercedoras de una inclemente estigmatización social.

Cada día nuestros legisladores promueven y aprueban normas que disminuyen beneficios y garantías a los responsables de conductas punibles, por el contrario aumentan de manera desbordante las penas y más preocupante aún, este tipo de medidas se llevan a cabo en Estados constitucionales, cuyo texto prohíbe la cadena perpetua. Un ejemplo claro de esta afirmación, son los 70 años como pena máxima, establecidos en México y los 60 años en Colombia, por lo que se refleja una cadena perpetua totalmente mimetizada. Con el agravante de la inoperancia de la función de la pena. Por lo general la persona privada de la libertad encuentra en estos centros, los mejores escenarios para aprender la ideación criminal, es la escuela más efectiva para formar al delincuente.

Los sistemas penales actuales se volvieron inclementes con las conductas desviadas del ser humano, la falta de tolerancia de la sociedad ha contribuido de cierta manera, a que la adecuación del eficientismo no presente mayor rechazo y cada vez más se afianza de una manera acérrima la “cultura de la venganza” a través del Derecho Penal.

Referencias

- Beccaría, Cesar. (2000). *De los delitos y las penas*. Editorial Temis.
- Bonet Pérez, Jordi y Sánchez, Víctor. (2008). *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI: Continuidad y Cambios*. Barcelona: Editorial Huygens.
- Bustos Ramírez Juan y Hormazábal Malareé Hernán. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trota.
- Posada Arboleda, Néstor. (2010). *Derecho Penal, Parte General-Fundamentos*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Velásquez Velásquez, Fernando. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ferrajoli, Luigi. (2006). *Garantismo Penal. Estudios Jurídicos*, Universidad Nacional autónoma de México. 1ª Edición.
- Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-702 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-317 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-535 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 24195 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González Medina y sus familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012, serie C N° 240, párr. 180.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fleury y otros Vs. Haití, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C N° 236. párrs. 57 y 59.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 31 de agosto de 2011. Serie C N° 232, párr. 83.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Millacura y otros Vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C N° 229, párr. 76 y 105.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C .º 221, párr. 95.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 126.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 245.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C N° 202, párr. 60.
- Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, párr. 148.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C N° 150, párrs. 85 y 87;
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párr. 146.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párr. 157.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo; reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N° 111.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63. párr. 56 y 144.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Affaire Villa v. Italy, Judgment of 20 abril 2010, App. N° 19675/06, párr. 41.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of *Artico v. Italy*, Judgment of 13 mayo 1980, App. N° 6694/74, párr. 31-37.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Barberà, Messegué and Jabardo v Spain, Judgment of 6 december 1988, App. N° 10588/83, 10589/83, 10590/83, párr. 77 y 91.
- Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, Caso Albert Womah Mukong c. Camerún, (458/91), 21 de julio de 1994, Doc. ONU CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.8.
- Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Caso Delgado Páez c. Colombia, Comunicación N° 195/1985 de 12 de julio de 1990, párr. 5.5 y Caso Chongwe c. Zambia, Comunicación N° 821/1998 de 25 de octubre de 2000, párr. 5.3.
- Organización de Naciones Unidas. Naciones Unidas. Comité contra la Tortura. PE vs. Francia, Comunicación 193/2001, Informe de 21 de noviembre de 2002, párr. 6.3.
- Organización de Naciones Unidas, Comité Contra la Tortura, Informe sobre México Preparado en el Marco del artículo 20 de la Convención, párr 39. 2003.