

CONSTITUCIONES RÍGIDAS Y LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL.

RIGID CONSTITUTIONS AND THE THEORY OF CRIMINAL GUARANTEE.

Pedro Luis Echavarría Zapata. Abogado de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad De Cartagena, Magister en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Barranquilla, Docente de tiempo completo, docente de la Fundación Universitaria Colombo Internacional Uicolombo, email pechavarría@unicolombo.edu.co.

Recibido 17/04/2018 – Aceptado 01/09/2018

Resumen: Después de la Segunda Guerra Mundial emergieron en occidente las constituciones rígidas como respuesta política y iusfilosófica a los regímenes de corte totalitario que clausuraron el Estado de derecho y sus garantías procesales. Lo anterior se convirtió en el preámbulo para el desarrollo de una de las propuestas teóricas dentro del derecho penal: la teoría del garantismo penal.

Palabras claves: Estado de derecho, Estado social de derecho, constituciones rígidas, garantismo penal

Abstract: After World War II, Rigid Constitutions emerged in the West as a political and iusophilosophical response to totalitarian regimes that closed the rule of law and its procedural guarantees. The foregoing became the preamble for the development of one of the theoretical proposals within Criminal Law: The Theory of Criminal Guarantee.

Keywords: Rule of Law State, Social Rule of Law State, Rigid Constitutions, Criminal Guarantee

Introducción

En la era global actual se observan dos fenómenos que son antitéticos, pero paradójicamente coexistentes: por un lado, el recorte de garantías y derechos constitucionales en la mayoría de las democracias, sobre todo en las latinoamericanas, debido a la positivización de un derecho penal del enemigo. Estrategia inmanente al surgimiento de lo que Zaffaroni (2006) denomina “autoritarismo light”. Mientras que, por otra parte, en otros ámbitos existenciales el *antropos* experimenta una sensación de mismidad, de autonomía en la dirección-planeación de su vida y trabajo, correspondiente a una nueva fase del capital en la cual se hace coincidir en una misma persona la libertad y la explotación, lo que en palabras de Byun Chul Han (2012) hace que las nuevas relaciones emergentes desemboquen en las “sociedades del cansancio”.

En esta oportunidad desarrollaremos uno de los planteamientos jurídico-teóricos fundamentales que

han servido como herramienta para contrarrestar el avance del “autoritarismo light” en las democracias y para defender una de las conquistas de la modernidad jurídica: el Estado constitucional y democrático de derecho. En ese sentido, las siguientes líneas son una aproximación explicativa a una de las visiones teóricas más atractivas desarrolladas a finales del siglo XX dentro del derecho penal y la filosofía del derecho: la teoría del garantismo penal.

Metodológicamente, abordaremos esta temática de la siguiente manera: primero, nos detendremos en los antecedentes inmediatos al surgimiento del garantismo penal como propuesta teórica, señalando los aspectos sociohistóricos relevantes, así como una caracterización de las premisas importantes del mismo. Segundo, teniendo en cuenta la conceptualización del garantismo dada en el primer apartado, intentaremos dar cuenta hasta qué punto las normas y valores del sistema penal colombiano son compatibles o incompatibles con una concepción del derecho penal garantista.

La posguerra y el nacimiento de las constituciones rígidas

Para Atienza y Ferrajoli (Atienza & Ferrajoli, 2011) existe una relación biunívoca entre Estado de derecho y jurisdicción, consistente en la ampliación considerable de la jurisdicción a partir de revoluciones o cambios cualitativos relevantes iniciados en la modernidad. Para el jurista italiano, el periodo moderno trajo consigo la configuración de una nueva forma de Estado legitimada en la voluntad popular como instrumento para erradicar el Estado absolutista -del *Ancien Régime*- y el despotismo inherente al mismo, que clausuraba la libertad. Esta forma estatal se erigió sobre dos elementos, con miras a fundar nuevas relaciones sociales: la democracia como única forma de gobierno legítima, entendida como la voluntad de las mayorías, y el principio de legalidad, este último considerado por parte del pensador europeo como el inicio de la modernidad jurídica:

La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, la que se dio con el nacimiento del Estado Moderno, se había expresado con la afirmación del principio de legalidad y con éste, el de la omnipotencia del legislador. Consecuencia de ello fue la identificación de la leyes, en oposición a las viejas concepciones del derecho natural, con su positividad, o sea con su emanación en las formas prevista en el ordenamiento (...) Al principio de omnipotencia del legislador le correspondía, por otro lado, la idea de la omnipotencia de la política —es decir, la primacía de la política sobre el derecho, siendo la legislación competencia exclusiva de la política- y paralelamente una vez el legislador se volvió democrático en las formas de representación parlamentaria, una concepción totalmente política y formal de la democracia, identificada con la voluntad de la mayoría (Atienza & Ferrajoli, 2011, p.91).

Así mismo, la judicatura en el Estado de derecho clásico tenía un papel netamente mecánico, reducido a la aplicabilidad sin ambages de las leyes promulgadas por el Legislativo en decisiones articuladas bajo la forma del silogismo subsuntivo. Esta etapa también se caracterizaba por una concepción mínima del Estado que coincidía, en sus formas fundamentales, con las funciones atribuidas al mismo por Smith (1997) en su *Riqueza de las naciones*. Tales funciones consistían en la vigilancia del orden interno y en la construcción y mantenimiento de obras públicas. En esta visión estaba vedado al Estado intervenir en la esfera económica, pues esta era el terreno exclusivo de la libertad, según los economistas clásicos, donde el hombre

al buscar su propio bienestar individual, sin proponérselo alcanzaría el bien general colectivo.

En el transcurso del siglo XIX el Estado de derecho clásico experimentó paulatinamente una serie de cambios que se reflejaron en la ampliación del ámbito de operatividad de la rama judicial, corolario de la configuración del Estado y su administración como partes del proceso judicial, lo que fue constituyendo un contencioso administrativo. A su vez, es característico del contexto decimonónico el creciente empoderamiento de los movimientos sociales de corte proletario que fueron consagrando límites al poder económico, mediante la promulgación de legislaciones de naturaleza laboral que suavizaban el régimen de explotación al que los obreros estaban sometidos en las industrias, estableciéndose la mayoría de garantías laborales que existen en las legislaciones actuales. Estos cambios se fueron traduciendo en una ampliación de la jurisdicción, ya que, al aumentar los ámbitos de intervención del Estado, se fue ampliando el marco de acción del principio de legalidad y por consiguiente la labor judicial.

El empoderamiento de los movimientos sociales y proletarios que iban sumando conquistas de bienestar una tras otra, estaba siendo visto como peligroso por las clases hegemónicas de occidente, pues el reconocimiento de aquellos en los ámbitos políticos y sociales, implicaba concesiones en los dominios de la clase dominante. El fenómeno de la emergencia de la clase obrera como sujeto que reclamaba derechos y representación política y económica desembocó, a principios del siglo XX, en la Revolución Rusa, constituyéndose un Estado bajo la dictadura del proletariado, que a nivel internacional fortalecía los movimientos sindicales y partidos de masas obreros de occidente.

Para contrarrestar el avance del comunismo en el mundo, las potencias occidentales abandonaron el modelo de Estado liberal clásico y, basados en los postulados de Keynes (2005) con su propuesta de la “demanda efectiva”, propusieron una nueva forma de organización estatal que se involucraba en la esfera económica regulando los ámbitos financieros y productivos, con miras a conjurar las crisis de superproducción y elevar por medio de la creación de empleos —a partir de la constitución de empresas e industrias estatales y a través también del aumento de los salarios— el bienestar de los sectores sociales pobres. Es así como nace el Estado de bienestar cuyas políticas fueron llevadas a la práctica a través de los programas del Partido Laboralista Inglés en

Gran Bretaña, o el New Deal de Franklin Roosevelt en Estados Unidos (Bell, 1963). Este cambio del liberalismo clásico al liberalismo intervencionista también reestructuró la esfera de operatividad de la jurisdicción, ya que al ampliarse el margen de regulación del Estado, se fueron creando leyes que normativizaban a los mismos, legislaciones que el juez en su momento aplicaba, cuando eran infringidas (Atienza & Ferrajoli, 2011).

Sin embargo, a pesar del progresivo reconocimiento político y económico de las clases bajas y de la ampliación de una legislación caracterizada por el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales de las clases más pobres, el siglo XX también trajo consigo el nacimiento de Estados totalitarios, que implementaron una clausura total del Estado de derecho al considerar que el individuo ya no era *el fin en sí mismo* del Estado sino el partido, la Nación o el espíritu del pueblo. Este cambio de prioridad determinó que, para alcanzar el destino de la nación, la población tenía que seguir las directrices del *Führer* en la Alemania nazi y del *Duce* en la Italia fascista. Lo cual se evidenciaba en la eliminación de las garantías civiles y políticas, pues el individuo tenía que someterse a un proyecto que lo trascendía: el destino de la raza aria y su dominio del mundo.

Hay que tener en cuenta que la finalización de la Primera Guerra Mundial y la firma del Tratado de Versalles de 1919 dejaron en una situación de subordinación internacional a Alemania, pues este país debió reducir significativamente su territorio y cederlo a los países vencedores, así como también sus colonias, que fueron repartidas entre los Aliados, sin mencionar las indemnizaciones a las que fue sometida a pagar a los vencedores de la contienda mundial. Esta humillación internacional y el contexto interno caracterizado por la paulatina entronización del movimiento obrero alemán, fue el motivo del surgimiento de un proyecto político nacional de inspiración racista, nacionalista y expansionista en Alemania, que se articuló en el Partido Nazi. Cuando este toma el poder en Alemania aniquila, como ya lo dijimos, las garantías civiles y jurisdiccionales que nacieron con la modernidad jurídica. En su lugar, bajo las teorizaciones de la Escuela de Kiel y la apelación a la emergencia, Alemania creó un derecho penal peligrosista, que juzgaba a las personas no por sus actos cometidos sino por sus virtualidades.

En este punto es necesario señalar el recurso a la *emergencia* que estos regímenes articulan para clausurar los derechos civiles y políticos y cometer masacres y genocidios como los campos de exterminio nazi y los gulags soviéticos. Para

ello la ideología nazi se basaba en la preservación y expansión de la raza aria que supuestamente estaba siendo amenazada exteriormente por las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial e internamente por la presencia del pueblo judío que estaba enriqueciéndose mientras el pueblo alemán sufría. Lo clave en este discurso es siempre la remisión a una supuesta *amenaza* constante a la que el pueblo está sometido, la cual permite la legitimación de ordenamientos jurídicos penales de emergencia para aplastar la individualidad, así como someter y homogeneizar a la sociedad. A propósito de lo anterior, el jurista Argentino Raúl Zaffaroni plantea que este discurso legitimador (que él denomina “discurso inquisitorial”) de ordenamientos de emergencia, no desapareció con la eliminación de los regímenes totalitarios, sino que todavía existe, que su origen se remonta muchos siglos antes del nacimiento de los Estados fascistas y que predominan en el nuevo orden global. Zaffaroni (2013) describe la estructura del discurso inquisitorial de la siguiente manera:

(...) Se alega una *emergencia* como una amenaza extraordinaria que pone en riesgo a la humanidad, a casi toda la humanidad, a la nación, al mundo occidental, etc., y el miedo a la emergencia se usa para eliminar cualquier obstáculo al poder punitivo que se presenta como la única solución para neutralizarlo. Todo el que quiera oponerse u objetar ese poder es también un enemigo, un cómplice o un idiota útil. Por ende, se vende como necesaria no sólo la eliminación de la amenaza sino también la de todos los que objetan u obstaculizan al poder punitivo en su pretendida tarea salvadora [...] Por supuesto que el poder punitivo no se dedica a eliminar el peligro de la *emergencia*, sino a verticalizar más el poder social; la *emergencia* es sólo el elemento discursivo legitimante de su desenfreno (p.369).

Como sabemos, históricamente los Estados totalitarios fueron vencidos en la Segunda Guerra Mundial y una de las discusiones centrales en el concierto internacional, en el contexto inmediato de posguerra, fue cómo prevenir el surgimiento de regímenes que atentan contra la democracia y los derechos inalienables del individuo, pues el Estado de derecho tal como nació y se configuró a finales del siglo XVIII y en el transcurso del siglo XIX permitía que la clausura de los derechos civiles de los individuos se implementara por el consenso de las mayorías. Recuérdese que en el Estado de derecho clásico prima el principio de las mayorías encarnado en el Legislativo. Las mismas mayorías que bajo el poder de los estados fascistas consintieron y promovieron recortes a los derechos de las minorías y al principio de separación de

poderes, como el caso de la Alemania nazi, Italia y la extinta Unión Soviética.

Para evitar la reincidencia en situaciones de violaciones sistemáticas de derechos asistimos, en la segunda posguerra, a la promulgación de constituciones rígidas como técnica de sometimiento jurídica y política del legislador a ley, transformando así el viejo paradigma del Estado de derecho en Estado constitucional de derecho. “Se redescubre entonces el valor de la Constitución como conjunto de meta reglas impuesto a los titulares de los poderes públicos, aunque sean de mayoría, obligados por la misma a la recíproca separación y al respeto de los derechos fundamentales de todos, según la noción de “constitución” formulada hace dos siglos por la declaración de los derechos de 1789: Tout société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution (Toda Constitución en la que garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene Constitución)” (Atienza & Ferrajoli, 2011, p.89).

Para Ferrajoli(2011) “esta segunda revolución” producto del surgimiento de las constituciones rígidas, equivaldrá a un fortalecimiento del Estado de derecho, pues el Legislativo estará sometido en su creación de normas penales a consideraciones de naturaleza fáctica, objetiva y no en juicios de valor basados en las características culturales y fenotípicas de individuos concretos. Por lo que esta “segunda modernidad jurídica” le permite al jurista italiano desarrollar la teoría de un derecho penal garantista —que no se reduce sólo al campo penal sino que pretende ser una teoría general del derecho— cimentada en la filosofía del Estado constitucional de derecho, como modelo teórico cuya finalidad consiste en limitar hasta sus justas proporciones —atendiendo a la cualidad del sistema penal de *extrema ratio*— la violencia inherente al mismo. Consagrando en su propuesta dos elementos cardinales: el principio de la estricta legalidad y el principio de la estricta jurisdiccionalidad:

El principio de estricta legalidad, por tanto, se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter «constitutivo» antes que «regulativo» de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los herejes, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo

(...). Diremos, pues, aplicando al derecho penal una distinción recientemente elaborada por la teoría general del derecho, que el principio de estricta legalidad no admite «normas constitutivas», sino sólo normas regulativas de la desviación punible: por tanto, no normas que crean o constituyen ipso iure las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino sólo reglas de comportamiento que establecen una prohibición, es decir, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una acción respecto de la que sea alécticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y la otra no forzosa y, por tanto, imputable a la culpa o responsabilidad de su autor (Ferrajoli, 1992, pp. 35-36).

El segundo elemento de la teoría penal garantista es el cognoscitivismismo penal, condición de efectividad del principio anterior, consistente en las razones de hecho y de derecho que toda motivación judicial que decide la comisión o no de una conducta punible debe tener:

Tal requisito viene asegurado por lo que llamaré principio de estricta jurisdiccionalidad, que a su vez exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación. Para que la desviación punible no sea <<constituida>>, sino regulada por el sistema penal, no es suficiente, en efecto, que esté prefigurada por reglas de comportamiento. Comportamientos como el acto obsceno o el desacato, por ejemplo, corresponden a figuras delictivas, por así decirlo, «en blanco», cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la factualidad de la desviación punible (Ferrajoli, 1992, pp. 36-37).

La emergencia de constituciones rígidas y el desarrollo de un derecho penal de corte garantista articulado a aquella se manifiesta, desde la perspectiva de la teoría del derecho, en la separación de la vigencia y validez de las leyes, porque “en el Estado Constitucional de Derecho el legislador no es omnipotente, en el sentido de que la leyes que él produce no son válidas sólo porque son vigentes, o sea producidas por las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales”

(Atienza & Ferrajoli, 2011, p.92-93). Por esta razón, en esta nueva configuración del Estado de derecho, se establece una disociación entre política y derecho, que se hace explícita en que aquella debe subordinarse a éste, materializándose en el sometimiento del legislador a la constitución.

Por su parte, estas transformaciones en las relaciones entre política y derecho, redefinen la conceptualización de democracia, la cual bajo esta visión no puede reducirse a la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, es decir, a un concepto formal de validez, sino, simultáneamente a la “dimensión sustancial que le imponen los principios constitucionales, los mismos que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos” (Atienza & Ferrajoli, 2011, p.92); garantizando de esta forma que las mayorías no clausuren los derechos de la minorías mediante leyes que desconozcan la humanidad y la calidad de sujetos de derechos de estas últimas y protegiendo a la vez que en la práctica no suceda una ruptura del equilibrio de poderes, ya que todo avance legislativo, toda transformación política, social y económica debe estar acorde con los principios y valores de la constitución y, sobre todo, con los derechos fundamentales contenidos en ella.

De manera esquemática, hemos señalado los elementos iusfilosóficos que sustentan la propuesta teórica del garantismo penal y cómo esta visión se articula a la evolución del constitucionalismo en occidente. En el siguiente apartado, teniendo en cuenta los elementos expuestos, analizaremos si el sistema penal colombiano, que se autoproclama garantista, puede considerarse como tal.

El Estado social de derecho en Colombia y la postergación del garantismo

En el contexto latinoamericano la configuración de Estados organizados a partir de constituciones rígidas son de nueva data. La realidad política social latinoamericana se ha caracterizado en el transcurso del siglo XX por la imposición de dictaduras como dispositivos político-militares para clausurar el empoderamiento de los movimientos sindicales y sociales que, al interior de sus países, se habían convertido en alternativas democráticas para los sectores marginados de la sociedad. Ejemplo paradigmático de esta realidad lo evidenciamos en la trágica represión al proyecto de Salvador Allende y la Unidad Popular en Chile, por parte de una facción del ejército en cabeza de Augusto Pinochet, apoyados por EE.UU.

En ese sentido, el paso hacia constituciones rígidas, en algunos países, ha sido un proceso de transición de Estados de corte autoritario a regímenes donde se reconoce un conjunto de derechos como fundamentales y la participación de sectores excluidos tanto social como políticamente, como el caso chileno y argentino, este último concretizado en el Pacto de Olivos entre las fuerzas del peronismo y el radicalismo, que dieron como resultado la reforma constitucional de 1994. En otros, el cambio hacia el Estado social, se da como consecuencia de los pactos materializados en constituciones, entre el Estado y grupos de liberación nacional que intentaban derrocar a las élites anquilosadas en aquél. Sintomático de lo anterior son las modificaciones introducidas a la Constitución de El Salvador como producto de los acuerdos con el movimiento Farabundo Martí en el año de 1991. Así mismo, el proceso de constituyente en Colombia a principios de la década de los noventa que incluía diferentes sectores de la sociedad colombiana: miembros de los partidos políticos tradicionales, el movimiento campesino, indígena, afrodescendientes, miembros de la Unión Patriótica y del M19; lo anterior, con miras a crear una constitución que se convirtiera en un instrumento de cohesión social.

Colombia nace como un Estado social de derecho a partir de la Constitución de 1991, como lo establece su Título primero Artículo 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” La Corte Constitucional colombiana (Tribunal Constitucional) en su sentencia T-406/92, en su definición del concepto, señala que son dos los elementos del Estado social de derecho que lo configuran: el Estado de bienestar y el Estado constitucional democrático. En su Artículo 4 del mismo título consagra una cláusula de superioridad constitucional donde establece que todo los cuerpos normativos y los procesos de creación de la ley deben regirse por la norma constitucional. Señalando un criterio de interpretación consistente en la prevalencia de la norma constitucional cuando exista contradicción con una norma de menor jerarquía:

Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los

nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Como se desprende de los artículos señalados, el individuo y sus derechos fundamentales son el fin de protección de la constitución de 1991, por esta razón consagra además una serie de límites de naturaleza constitucional al poder punitivo del Estado colombiano —ya que no están consignados en ninguna norma de menor jerarquía sino en el articulado de la propia constitución— donde los derechos fundamentales y los derechos humanos no pueden ser infringidos, ni siquiera en Estados de excepción que en la Constitución de 1991 se conocerán como Estados de conmoción. Dentro de esas garantías tenemos la establecida en el Artículo 29 que reza lo siguiente:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Para fortalecer la indemnidad del individuo ante el Estado se consagró en el Artículo 93 lo que en la jurisprudencia francesa se denomina Bloque de Constitucionalidad:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Sin embargo, muy a pesar de tener una constitución garantista, Colombia es uno de los países que registran

los más altos índices de violación de derechos humanos. Solo en materia de desplazamiento se llegó a cuantificar la cifra de tres millones de personas, constituyendo una de las mayores crisis humanitarias de refugiados en el mundo (Escobar, 2005). No menos graves han sido los crímenes de lesa humanidad cometidos por la fuerza pública colombiana, donde jóvenes de estratos bajos eran asesinados y vestidos como subversivos para mostrarlos a la opinión pública como “excelentes resultados” de la lucha contra el “terrorismo”; crímenes que los medios de comunicación denominaron eufemísticamente “falsos positivos”.

Bajo el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) se ordenaron interceptaciones ilegales a los altos miembros del Tribunal Ordinario de Casación, así como a profesores universitarios, periodistas, dirigentes políticos y sindicales. En materia penal se observa una panoplia de normas que contradicen los principios y valores constitucionales. Es alarmante que la medida de aseguramiento de privación de la libertad estipulada en el Artículo 307 de la ley 906/2004 sea la de más aplicación en las audiencias penales y en la mayoría de los casos con una débil apelación a la “peligrosidad” del imputado por parte de la fiscalía, desvirtuando así la regla general consagrada en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74/1968), que señala que “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general” y atentando con el Artículo 29 de la Constitución de 1991, que consagra que toda persona es inocente mientras que judicialmente no se haya declarado lo contrario.

Convirtiéndose la prisión preventiva en un juicio de responsabilidad anticipado en el cual no se le ha dado la oportunidad a la defensa a que controvierta las evidencias físicas y los elementos materiales probatorios en poder de la fiscalía, atentando así contra la igualdad material inherente al debido proceso. Así pues, la persona será encarcelada y forzada a esperar hasta que el fiscal solicite la preclusión, si hay lugar a ello, o hasta el juicio oral para ejercer su defensa. Pero mientras todo eso sucede, sus derechos fundamentales a la libertad y a la dignidad humana han sido vulnerados, lo cual es un claro ejemplo de violación del principio de estricta jurisdiccionalidad y una realidad judicial constante en Colombia.

En ese mismo sentido es palmaria en nuestra legislación la violación al principio de la estricta legalidad en la creación de tipos penales a los que subyacen concepciones morales particulares, por un lado, así como tipos penales de peligro presunto que desembocan en un derecho penal de autor.

Con respecto a esto el Tipo Penal de Aborto Art. 122 y el Art.220, Tipo Penal de Concierto Para Delinquir, son corolarios de este fenómeno. Finalmente, no está de más señalar que las cárceles colombianas no tienen la capacidad técnica y arquitectónica para albergar centenares de reclusos, por lo que el hacinamiento, la insalubridad y las enfermedades proliferan en estos recintos. Por ello, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional (sentencia T-153/98) de las cárceles en el país, lo que a todas luces contrasta con la visión de un derecho penal garantista para el que la libertad y la dignidad humana son el *telos* del Derecho y la sociedad.

Conclusión

El Estado social y democrático de derecho y su correlato, las constituciones rígidas, constituyen unos de los grandes logros jurídico-políticos y democráticos que el hombre en su devenir histórico ha creado. Se han convertido en grandes herramientas para contrarrestar el ímpetu invasor del poder punitivo del Estado en los ámbitos de la libertad del ser humano. Su expansión ha permitido que se constitucionalicen diversas ramas del derecho, dentro de las cuales el derecho penal ha respondido con una de las propuestas teóricas más atractivas dentro de su filosofía: el garantismo penal. Como analizábamos, este se fundamenta esencialmente en el fortalecimiento de las garantías procesales nacidas en la modernidad con el Estado de derecho, en una visión en la que principios y valores constitucionales son la base y el fin del sistema constitucional y penal.

Señalamos que en Colombia la constitución de 1991 consagra al país como un Estado social de derecho y de acuerdo a los principios y valores consignados en la Carta Política asistimos al nacimiento de un derecho penal constitucional. Sin embargo, esta fórmula se convierte en una quimera, pues en la práctica legislativa como en la judicial no se están cumpliendo los principios de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad, lo que se evidencia en el aumento de tipos penales de peligro presunto, como de tipos penales que no respetan el principio de taxatividad. En el ámbito judicial y carcelario se observa que la prisión preventiva se ha vuelto la regla general, lo que contradice de manera flagrante los principios y valores constitucionales y los tratados internacionales de derechos, sin dejar de mencionar el estado violatorio constante de los derechos humanos que tiene lugar a diario en las prisiones colombianas.

Referencias

- Atienza, M., & Ferrajoli, L. (2011). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bell, D. (1963). *El Fin De Las Ideologías*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.
- Chul-Han, B. (2012). *La Sociedad del Cansancio*. Barcelona: Editorial Herder.
- Escobar, A. (2005). *Más allá del tercer mundo. Globalización y diferencia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
- Ferrajoli, L. (1992). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Keynes, J. (2005). *Teoría General de la Ocupación, Interés y el Dinero*. Argentina. *Fondo de Cultura Económica*. P.39-49
- Smith, A. (1997). *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica. Serie de Economía. México. Novena reimpresión. p. 612
- Zaffaroni, R. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/derecho-penal-del-enemigo-presentacion.pdf>. Fecha de consulta 14 de septiembre de 2018.

Referencias Normativas

- Gómez Sierra, F. (2017). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Ley 599 (2000, 24 de julio). [en línea]. Colombia: Código Penal. Disponible en: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388> [2018, 17 de marzo]
- Ley 74 (1968, 26 de diciembre) [en línea]. El Congreso de la República de Colombia. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4b0d3ebb2.pdf> [2018, 17 de marzo]
- Ley 906 (2004, 31 de julio) [en línea]. El Congreso de la República de Colombia. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurManTenimiento/normas/Norma1.jsp?i=14787> [2018, 17 de marzo]

Referencias Jurisprudenciales

Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406/1992 [MP Ciro Angarita Baron: Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional. (28 de abril de 1998) Sentencia T-153/98. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz] Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. (9 de agosto de 2017) SP13920-2017 Radicación 39931 [MP Luis Antonio Hernández Barbosa] Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/08/SP11830-201748431.pdf>