

POLÍTICA CRIMINAL FLEXIBLE COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE HACINAMIENTO CARCELARIO DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

*Camilo Andrés Maiguel Donado**

Universidad del Atlántico

cmaiguel@mail.uniatlantico.edu.co

*Elías Jacob Barrios Márquez***

Universidad del Atlántico

ejacobbarrios@mail.uniatlantico.edu.co

*María Genobelia Medina Turizo****

Universidad del Atlántico

mgmedina@mail.uniatlantico.edu.co

Resumen: La presente ponencia tiene como objetivo principal hacer un análisis acerca de las teorías de la política criminal flexible, en especial atención a la preclusión y la justicia negociada para demostrar cómo estas instituciones jurídicas coadyuvan al saneamiento de la crisis de hacinamiento carcelario que ha recobrado especial importancia debido a la necesidad del distanciamiento social para evitar la propagación del virus COVID-19. Por ello, se utilizó el paradigma hermenéutico mediante el análisis documental para la estructuración mediante el método deductivo del desarrollo teórico de la ponencia. Se partió de un análisis contextual acerca de las implicaciones legales y sociales de la pandemia y la situación por el hacinamiento, se continuó con un acercamiento teórico sobre la política criminal flexible y el abolicionismo relativo de Luigi Ferrajoli, finalizando con el análisis de lo expuesto bajo la luz de la preclusión como modelo de justicia negociada.

* Estudiante del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Perteneciente al semillero de investigación Ius Penal. [ORCID: 0000-0001-8758-7403](https://orcid.org/0000-0001-8758-7403).

** Estudiante del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Perteneciente al semillero de investigación Ius Penal. [ORCID: 0000-0003-4548-6326](https://orcid.org/0000-0003-4548-6326).

*** Licenciada en Ciencias Sociales y egresada académica del programa de Derecho de la Universidad del Atlántico. Representante y miembro del semillero de investigación Ius Penal. [ORCID: 0000-0003-1424-7891](https://orcid.org/0000-0003-1424-7891)

En ese sentido, se obtiene como resultado final que la eficacia y posibilidad de aplicación de la preclusión puede ser evaluada conforme a los atisbos teóricos expuestos trayendo a colación dos premisas: la importancia de esta para enarbolar una política criminal flexible y los beneficios que trae esta implicación para la mitigación del hacinamiento carcelario.

Palabras clave: justicia negociada, hacinamiento, preclusión, abolicionismo, proceso penal.

FLEXIBLE CRIMINAL POLICY LIKE ANSWER TO THE PRISON CRISIS OF HACINAMIENTO DURING THE SANITARY EMERGENCY BY COVID-19

Abstract: The main objective of this presentation is to make an analysis about the theories of flexible criminal policy. With special attention to preclusion and negotiated justice to demonstrate how these legal institutions, contribute to the healing of the crisis of prison overcrowding, which has recovered special importance due to the need for social distancing to prevent the spread of the COVID-19 virus. For this reason, the hermeneutical paradigm was used through documentary analysis for structuring through the deductive method of the theoretical development of the presentation. It started from a contextual analysis about the legal and social implications of the pandemic and the situation due to overcrowding, it continued with a theoretical approach on the flexible criminal policy and relative abolitionism of Luigi Ferrajoli, ending with the analysis of the above light preclusion as a model of negotiated justice. In this sense, the result is that the efficacy and possibility of application of the estoppel can be evaluated according to the theoretical insights exposed, bringing up two premises: the importance of this to raise a flexible criminal policy and the benefits that this brings implication for the mitigation of prison overcrowding.

Keywords: Negotiated Justice, Overcrowding, Estoppel, Abolitionism, Criminal Process.

1. Introducción

El derecho penal erige sus bases doctrinales en los principios y valores constitucionales que dictan el camino a seguir en un Estado. Desde los postulados de Roxin, la defensa y protección de los bienes jurídicos derivados de la Constitución, establecen tanto el paradigma teleológico como los límites de las sanciones penales. Salvaguardar bienes jurídicos tutelados por la ley penal implica —necesariamente— una armonía frente al

margen aplicativo que sufre la libertad, so pena de establecer una política criminal que facilite el ejercicio de un derecho que se caracteriza por ser de última ratio.

La construcción legal y política del derecho penal suscita un debate en torno a la noción de proporcionalidad que debe existir ante las decisiones político-criminales que afectan el derecho constitucional de la libertad. Sin embargo, toda decisión, política y ley que se exprese en virtud de perseguir los fines del derecho penal, debe respetar las normas de la Carta Política. En ese sentido, los distintos escenarios y contextos que han emergido en los últimos años, requieren de una valoración del ser humano como sujeto de derechos que, aunque con restricciones según su actuar, lleva de manera intrínseca la dignidad humana.

No obstante, las decisiones político-criminales están permeadas, además del quehacer legislativo y su margen de acción constitucional, por la labor de los jueces penales y constitucionales quienes en sus fallos son también actores políticos determinantes. El ideal *ferrajoliano* de enarbolar un derecho penal garantista, muchas veces se ve entorpecido por el populismo punitivo que pretenden algunos sectores de la sociedad, so pretexto de castigar a distintos delincuentes cuyas conductas punibles representan un rechazo social significativo, al tratarse de violación a menores, abusos sexuales, terrorismo, narcotráfico, entre otros. El fin resocializador de la pena parece alejarse de lo que existe en la realidad de las políticas criminales.

A lo anterior, se le suma el constructo elaborado de principios rectores de los que goza la ley penal, los cuales, si bien propenden por un respeto de todas las garantías constitucionales, persiguen un fin común: la dignidad humana. De este modo, la ley sustancial y procesal en materia penal, han procurado que la actividad judicial y el desarrollo de las políticas criminales respeten dicho objetivo iusfilosófico. Por esta razón, son cuestionables todas aquellas políticas penitenciarias, carcelarias y criminales que vayan en contra de lo que la dogmática jurídico-penal y constitucional han establecido *prima facie*.

Así las cosas, el panorama en los centros penitenciarios parecen crecer en su masa, pero ir en detrimento en su calidad. Reconocer la igualdad y desconocer el populismo punitivo, hace que se dignifique al reo para así poder hablar de un verdadero Estado Social de Derecho. Permear de garantías el proceso de sanción punitiva hace que se reestructure la concepción ideológica de un problema estructural como lo es el hacinamiento.

Bajo esa óptica, la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 ha agudizado la crisis carcelaria de hacinamiento y, con ello, se han tenido que establecer distintos planteamientos y lineamientos que permitan elaborar una política criminal flexible

cuyo fin sea el de ayudar a zanjar dicha problemática. La construcción de dicha política criminal implica la realización de un análisis acerca de las teorías que componen a la misma y de la manera cómo estas pueden aplicarse en un contexto de tal magnitud. Por lo anterior expuesto, surge una incógnita por resolver: ¿Cuál es el modelo teórico-práctico que, desde la perspectiva del derecho penal, coadyuva al saneamiento de la crisis de hacinamiento carcelario?

2. Método

La presente investigación se fundamenta en el análisis sobre las teorías de la política criminal flexible, haciendo énfasis en la preclusión y la justicia negociada para mitigar la crisis de hacinamiento carcelario, la cual se ha agudizado por la propagación del virus COVID-19. En ese orden de ideas, debe advertirse que la investigación es de tipo cualitativa, socio-jurídica y descriptiva. Asimismo, se pretenden observar los componentes y antecedentes acerca de esta temática, teniendo en cuenta el contexto del hacinamiento carcelario.

De allí que sea un estudio teórico-práctico que pretende construir un acercamiento sobre la política criminal flexible y el abolicionismo relativo de Luigi Ferrajoli. Continuando con el análisis de lo expuesto bajo la luz de la preclusión como modelo de justicia negociada. Todo esto arrojó como resultado, el análisis de la institución procesal penal de la preclusión como modelo teórico-práctico reflejo de lo acotado.

Se partió de una revisión bibliográfica, basada en la consulta y recopilación documental a partir de artículos científicos, bases de datos, gestores bibliográficos, artículos periodísticos, tesis de base de datos jurídica. Asimismo, se hizo una recopilación y análisis de fuentes oficiales tales como el INPEC, expuestas en el apartado de referencias.

Partiendo de los presupuestos mencionados, se procedió a la generación de información, en la que mediante las técnicas usadas se analizaron los distintos postulados teóricos aplicables a una política criminal flexible, que en su praxis conlleve el ejercicio del proceso penal con las respectivas garantías constitucionales que lo estructuran. Todo esto fue llevado a cabo a través del paradigma hermenéutico y la aplicación de un modelo de análisis deductivo para la implicación de datos específicos a partir de la estructuración de un problema general.

Teniendo como base la redacción del informe final, producto del análisis cualitativo que se desarrolló, se espera que este tendrá el impacto pretendido con la aplicación de

las instituciones jurídicas de preclusión y justicia negociada en sede de hacinamiento carcelario.

3. Hacinamiento carcelario durante la emergencia sanitaria del COVID-19

En Colombia desde hace varios años se ha incrementado el problema del hacinamiento en los centros penitenciarios. Este crecimiento de la población carcelaria, más allá de la diferencia matemática entre el número de reclusos y el número de cupos disponibles, evidencia una clara violación de derechos constitucionales, dadas las condiciones paupérrimas en las que se encuentran privadas de la libertad estas personas. Tanto es así, que desde el año 1998, la Corte Constitucional sostuvo de manera categórica que “el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario” (1998, p. 64).

En esa línea de ideas, la Corte declaró el ‘estado de cosas inconstitucionales’¹ e hizo un llamado vehemente a los distintos sectores estatales para que, mediante políticas criminales, se lograra resolver la vulneración sistemática de los derechos de estas personas. Sin embargo, pese a ese llamado de atención, la violación a gran escala de derechos permanece hasta la fecha y el hacinamiento carcelario se configura como uno de los más grandes problemas por resolver en materia penal (Borbón & Balaguera, 2020, párr. 1). Aunado a esto, el informe estadístico del INPEC (2020) del mes de enero del mismo año, arrojó que 30 establecimientos penitenciarios evidencian niveles superiores al 100% de hacinamiento, 7 de los mismos superan el 200% y 3 establecimientos penitenciarios llegan incluso a sobrepasar el 300%.

Según datos del World Prison Brief, en Colombia hay 235 personas privadas de la libertad por cada 100, 000 habitantes, y el 29% de la población carcelaria está en prisión preventiva. A corte de abril de 2020, según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), había un total de 121, 010 personas privadas de la libertad, con un hacinamiento del 49.4%. Tómese en cuenta que el sistema está habilitado para alojar a 80, 709 personas (Dejusticia, 2020, p. 9).

Las anteriores cifras muestran una alaramente situación que trasciende las soluciones a corto plazo, toda vez que debe resolverse el problema de fondo, de modo tal

¹ “La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas” (Lyons, Monterroza & Meza, 2011, pp. 71-72).

que la vulneración sistémica de derechos fundamentales no continúe. Las falencias que se han incrementado año tras año se intensifican todavía más, debido a la propagación del virus del COVID-19. Su facilidad para contagiar a las personas es una bomba de tiempo, pues no existen las condiciones de higiene, hay carencia de instrumentos de aseo, no hay garantías en cuanto a los servicios públicos como el agua y la salud, así como la precariedad de las estructuras en las que se encuentra recluida la población carcelaria. Sin duda alguna, los valores y principios que fundamentan la dogmática constitucional y penal son menoscabados ante la complejidad de estas circunstancias.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece dentro de sí una serie de derechos que han de garantizarse a la población privada de la libertad. Puntualmente, el artículo 10 de dicho Pacto establece que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Naciones Unidas, 1976). A partir de ello, surgen tres aspectos que los estados partes (incluyendo a Colombia) deben observar, a saber: la separación de los condenados y sindicados, la separación de menores y adultos y, el fin resocializador de la pena (Aristizábal et al., 2019).

La pena como medio para resocializar al individuo siempre ha sido un ideal noble del derecho penal, empero, conseguirlo va más allá de lo teórico. Las garantías y postulados iusfilosóficos en el curso del actuar humano adolecen de practicidad, pero gozan de muchísimas abstracciones. Y es por esto que Rafecas (2005) sostiene al respecto de Ferrajoli (1989) lo siguiente:

...El garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen. (p. 160)

Ahora, para enfrentar la crisis en las cárceles el Gobierno expidió el decreto 546 del 14 de abril de 2020. Con este decreto se propuso la detención o prisión domiciliaria por el término de 6 meses. Se estimó que unas 5, 596 personas estarían en capacidad de sustituir la cárcel por detención domiciliaria por ser mayores de 60 años o por lo menos unas 27, 819 lo harían por haber sido condenados a penas menores de 5 años (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2020), pero, considerando todas aquellas excepciones estipuladas en la misma norma, estas cifras no se han llegado a consolidar.

Además, al hacer un análisis detenido del decreto 546 de 2020, puede preverse que no soluciona en absoluto el problema de fondo (Borbón & Balaguera, 2020).

La anterior discusión pone de manifiesto el deber de encontrar una salida que conduzca a la resolución de un estado de cosas latente. El hacinamiento, si bien representa una violación de derechos humanos, también configura la necesidad de construir una verdad cuyo fin sea el de lograr una aplicación efectiva de la justicia. Así pues, Vattimo (2009) al referirse a circunstancias en las que se evidencia una violación sistemática de derechos humanos, sostiene que:

La necesidad de saber la verdad objetiva sobre tantos hechos de este tipo (violaciones de derechos humanos, por ejemplo) no tendría sentido si no estuviera inspirada a su vez en la necesidad de hacer justicia, por lo tanto, de hacer valer no la objetividad en cuanto tal sino el derecho de todos los que sufrieron o sufren hasta ahora, y el propio derecho de la comunidad a reafirmarse como lugar de convivencia civil. (pp. 32-33)

En ese sentido, en aquellos contextos en los que es imprescindible la aplicación de negociaciones, la consecución real que se busca es la de construir mancomunadamente el cometido de justicia, bajo el entendido de que el Estado cumple con el objetivo de velar por las garantías y derechos de los reclusos, y estos últimos, lograr satisfacer su resocialización en la sociedad. Pese a lo anterior, y con el objetivo de construir una argumentación adecuada en torno a los postulados precedentes, es pertinente preguntarse si ¿puede la justicia negociada representar un beneficio para mitigar la crisis de hacinamiento carcelario agudizada por la pandemia del COVID-19?

4. Consideraciones teóricas sobre la política criminal flexible y el abolicionismo relativo

Desde los postulados iluministas, se ha propendido por la búsqueda de un derecho penal humano y una visión antropocentrista de la función de la pena. La ley no ha sido ajena a todo esto, sobre todo la ley penal, pues el derecho penal emerge como uno de los componentes básicos, siendo el método punitivo del estado y uno de los elementos básicos para la protección de los bienes jurídicos. Asimismo, en comparación con otras ramas del derecho, este presenta un alto grado de determinación; es decir, la ley penal debe estar irrigada del principio de tipicidad inequívoca para que se pueda llevar a cabo realmente un derecho penal liberal.

Así las cosas, para la determinación de un método correcto de vigilancia y castigo (Foucault, 2000), la teoría ha propendido por el estudio de la implicación de la pena como elemento del esquema del delito. De esta forma, destaca Arias Eibe (2006) que Roxin “pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta” (p. 441). Es por ello que la política criminal y la función social de la pena cobra vital importancia a la hora de determinar quién debe ser castigado y cómo.

Es por lo dicho que una de las cosas más importantes no solamente es el análisis de los diversos esquemas del delito, sino precisamente cómo ha evolucionado —hablando sustancialmente— el derecho penal. Es decir, no se debe concebir el derecho a partir de los pensamientos, sino concebir los pensamientos a través del derecho. En otras palabras, poner un objeto de estudio como plano general (la pena en su sentido *lato*) para después poder aportar teoría jurídica.

Es por ello que deben concebirse dentro de las teorías punitivas las tesis sincréticas. Es decir, teorías medias de derivación criticista para arraigar el componente básico del derecho penal liberal. Y aunque a día de hoy, se hable de economía de frente a la conceptualización adecuada de la dirección del derecho penal, el verdadero sentido del derecho penal liberal se enarbola como la protección de las garantías de los derechos de los ciudadanos indistintamente del mecanismo que se utilice para ello.

A lo largo de la historia, se ha pensado que la manera correcta de concebir el poder punitivo era como respuesta al desarraigo social. No obstante, la manera correcta de concebir la punición es —como bien lo señala Fernández Carrasquilla (2002)— un derecho penal fragmentario y de última ratio. Es por ello que debe considerarse como el *noúmeno* de todo fenómeno de corrección a la desviación delictual, la resocialización y la prevención para evitar así caer en ‘quinielas’ populistas como el aumento de las penas.

El derecho penal es una estructura esencial compleja, pues se encarga no solamente de perseguir al criminal y de castigarlo sino también de su posterior rehabilitación. Y esta concepción amplia del mismo hace que a día de hoy se difuminen los límites que se establecen entre este, la criminología, la política criminal, la penología y la criminalística. Esto sirve como explicación para sustentar que Beccaria (1821) hablara sobre los delitos y las penas.

En el análisis póstumo de la obra magna del Marqués de Beccaria, hecho por Agudelo (2014) se menciona que la pena debe ser mínima, tanto en su duración, como en la infracción a las garantías (que deben ser protegidas a toda costa). Es por ello que

se planteó el abolicionismo como la teoría concreta de política criminal flexible para la concreción de los postulados iluministas en concordancia con un derecho penal liberal contemporáneo.

Visto de ese modo, de un lado existieron abolicionistas radicales como Louk Hulsman y otros relativos en cabeza de Luigi Ferrajoli. Así las cosas, la preocupación contemporánea de la teoría abolicionista relativa es concebir al derecho penal en un sentido amplio que recoja toda esta gama descrita en la criminalística, criminología, política criminal preventiva, política criminal de acción y la penología. Así las cosas, no se hablaría ya de derecho penal estricto sino de teoría jurídico-penal. Toda esta estructura esencial compleja debe establecerse como:

Un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de las personas. (Ferrajoli, 2006, p. 11)

En el derecho penal donde se presencia el abolicionismo, en su sentido constitucionalizado, se puede evidenciar —al igual que en los modelos garantistas de derecho—:

un naciente paralelismo entre la validez y la vigencia [que] suscitaron entonces un cambio de paradigma constitucional ... El hecho de que se haga institucional y positivista la codificación de los derechos fundamentales, subyuga al legislador (constituyente) a una barrera tanto estructural como sustancial, de este modo el concepto de democracia dentro del marco de modelo garantista puede desencadenarse en cuatro contextos —civil, liberal, político y social— cuya interpretación nos deja entredicho que ningún agente del Estado o autónomo podrá pasar por encima de los derechos fundamentales. (Maiguel Donado, 2018, p. 157)

Es por lo dicho, que el sistema penal debe orientarse hacia una aplicación abolicionista relativa de una pena que considere no solamente los esquemas tradicionales del castigo, sino también sistemas alternativos a este. Un Estado que es capaz de reconocer en la plenitud de sus capacidades configurativas una pena accesorio o alternativa, es capaz de reconstruir la resocialización de una manera adecuada. Es por ello que:

(...) Mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma

del sistema. En resumen, necesitamos un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión u otro tipo de represión física devenga fundamentalmente innecesaria. (Bianchi, 1985, p. 3)

Así las cosas, debe aunarse la teoría relativista del abolicionismo *ferrajoliano*. De este modo, la alternatividad se enarbola como respuesta al fin práctico bajo la luz del análisis corto de Agudelo (2014). En casos donde se identifica la participación criminal, se debe procurar por la resocialización del delincuente y no por el castigo. Es por ello que aquí la discusión abolicionista se hace importante, pues no hay pena privativa de la libertad intramural de manera inmediata y, además, hay una respuesta alternativa que se traduce en resocialización.

En el contexto de pandemia frente a la problemática estructural del hacinamiento carcelario:

...no implica renunciar a la propuesta abolicionista, porque frente a un comportamiento respecto del cual queremos mostrar repulsa también podemos argüir que esta 'repulsa' ha de adoptar una forma fundamentalmente reparadora, por ejemplo, ha de vetar determinados castigos por inhumanos como la prisión, y ha de constituirse en una justicia más democrática y participativa para con los afectados. (Larrauri, 2007, p. 30)

Por ello, un Estado que busque establecerse como una democracia liberal contemporánea, debe propender por la flexibilización de su poder punitivo. Lo dicho no debe entenderse como la abolición del derecho penal, pues este es necesario para la protección de los bienes jurídicos más preciados para la esfera de lo indecible del ser humano. La abolición relativa pretende reforzar la caracterización de última ratio del derecho penal para garantizar el orden social, sin caer en la idea fascista de un Estado que base su protección solo en el castigo.

El derecho penal debe ir en concordancia con las problemáticas sociales tendientes a la protección de los derechos y la humanización del proceso para la consecución de este primer objetivo. En términos del jurista ítalo-francés:

Es la protección del débil contra el más fuerte. Del débil ofendido o amenazado por el delito, y del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más

fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. (Ferrajoli, 1995, p. 335)

Asimismo, Villegas y Barquero señalan que:

Las dos finalidades preventivas (la de los delitos y la de las penas arbitrarias) legitiman conjuntamente la “necesidad política” del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales. La legitimidad aquí, reitera, proviene del garantismo, esto es, de la tutela de los derechos fundamentales, aún contra los intereses de la mayoría: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado. (2003, p. 16)

5. Acercamiento práctico a los preacuerdos como modelo de justicia negociada

La celebración de preacuerdos en el proceso penal desde su génesis ha sido un tema controversial. Todo esto, dado que implica la renuncia a un “juicio, a garantías y derechos inherentes del procesado, como el contradictorio, debate probatorio y el interrogatorio de los testigos” (Consejo Superior de la Judicatura, 2010, p. 109). Así como implica la renuncia a esos derechos constitucionales, también prevé otras garantías para el procesado y es la terminación anticipada del proceso penal y una rebaja en la pena.

En atención a los principios políticos criminales y constitucionales, el preacuerdo representa una serie de “cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena” (Sala de Casación Penal, 2020, p. 51). Además de ello, tiene de forma taxativa unas reglas aplicables en la práctica judicial, las cuales se señalan a continuación:

Enmarcar hechos jurídicamente relevantes y fundamentos probatorios en los delitos, calificar la conducta según la infracción penal, sustentar las rebajas y beneficios bajo el principio de discrecionalidad reglada, considerar los límites y prohibiciones legales en los episodios de graves atentados contra los derechos humanos, cumplir los estándares de presunción de inocencia y derechos de las víctimas, y verificar los presupuestos legales —por parte del juez— para la emisión de la condena. (Sala de Casación Penal, 2020)

El proceso penal es un tormento para el investigado desde el punto de vista social y psicológico. Atendiendo a las circunstancias del caso y si compromete la responsabilidad del imputado, es en este momento cuando la medida aplicada para la terminación anticipada del proceso se torna benigna y de recíproca colaboración con la justicia. Este tipo de negociación que es realizada entre la Fiscalía y el imputado tiene como finalidad:

Humanizar la actuación procesal y la pena; Obtener pronta y cumplida justicia; Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, Y; Lograr la participación del imputado en la definición de su caso. (Sala de Casación Penal, 2005, p. 22)

En este punto es necesario hacer la salvedad a partir de reiterados pronunciamientos de la Sala Penal. No debe entenderse la política criminal flexible como beneficios desproporcionados en la disminución de la pena, ya que los pactos realizados se deben ajustar al marco constitucional y los fiscales a las directivas de la Fiscalía General de la Nación. Es decir, esta actuación por parte de los fiscales “está regida por el principio de discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos” (Sala de Casación penal, 2020, pp. 50-51).

El hecho de llegar a un acuerdo en el sistema penal es un logro sublime para el imputado. Es importante precisar que en la legislación colombiana todos los tipos de delitos son objeto de preacuerdos, a excepción de los contenidos en la legislación de Infancia y Adolescencia. Los preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, cumplidos bajo los parámetros de seriedad, rectitud y justicia, contribuyen de manera eficaz a evitar el adelantamiento de procesos penales con dilaciones indebidas. Con ello, puede cumplirse la finalidad de la humanización de la actuación procesal que le asigna la ley (Consejo Superior de la Judicatura, 2010, p. 113).

La actuación penal por parte del ente acusador requiere de una investigación que supere toda duda razonable. En este sentido, la investigación debe suponer la existencia de la responsabilidad en el imputado frente al caso de estudio. De no ser así, tendría como consecuencia la preclusión a favor del procesado. Es por esta razón que no se debe someter al acusado hasta tanto no se tenga certeza sobre su responsabilidad penal.

En este sentido, los mecanismos de justicia transaccional permiten llegar a la solución del conflicto criminológico bajo el entendido que el delito es una conducta

antijurídica y como consecuencia desestabiliza la convivencia en sociedad generando conflictos.

5.1. ¿Oportunidad procesal para llegar a un preacuerdo según la legislación colombiana?

La legislación colombiana, ha establecido unas etapas procesales, en las que, haciendo buen uso de esta actuación, la aceptación de responsabilidad del sujeto pasivo de la acción penal, se refleja un beneficio en la dosificación de la pena. Todo esto, sin afectar los derechos e intereses de quienes participan en el proceso penal. A la postre, se puede observar una de las virtudes de un procedimiento garantista, que pregona la protección de los derechos del procesado.

El código de procedimiento penal Ley 906/2004 consagra lo relacionado a la oportunidad procesal para la realización y presentación de los preacuerdos o negociaciones, específicamente en cuatro oportunidades procesales, a saber:

Artículo 350. Desde la audiencia de formulación de imputación hasta antes de ser presentado el escrito de acusación. Se podrá llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación.

Artículo 352. Posterior a la presentación del escrito de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral

Artículo 367. Alegación inicial una vez instaurado el juicio oral, en el que el procesado tiene la posibilidad de declararse inocente o aceptar su culpabilidad

Artículo 369. Manifestaciones de culpabilidad preacordada a inicios de la audiencia de juicio oral; el Fiscal debe indicar al juez los términos de preacuerdo, expresando la pretensión punitiva. (Congreso de la República, 2004)

En un sistema colapsado por innumerables investigaciones, resultaba imprescindible aprovechar aquellas oportunidades procesales para contribuir a la administración de justicia y estimular la justicia restaurativa con el fin de restituir el tejido social, así como prevenir la imposición de penas superfluas a través del apoyo de los mismos involucrados en las conductas punibles (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010).

El Estado parte de la búsqueda racional de contrarrestar efectivamente las dilataciones en el proceso. Este objetivo del proceso, tiene como medio la concreción de la norma jurídica sustantiva. De hecho, ese *desiderátum*, acrecienta su necesidad en tiempos de pandemia por el COVID- 19. Y para garantizar los principios constitucionales dispone y logra una aplicación efectiva de la justicia, toda vez que, “el proceso es justo si

está sistemáticamente orientado hacia la producción de decisiones justas” (Taruffo, 2008, p. 135).

Es decir, no solo se trata de hacer procedimentalismo. La verdad supone un examen fáctico y verídico de los hechos, pues eso es lo que persiguen las partes en la resolución de un conflicto. Así pues, “una decisión es justa si se funda sobre una determinación verídica de los hechos relevantes”, y aunque no sea esto suficiente para una decisión justa, sí es destacable que no es posible arribar a una decisión legítima que esté fundamentada en hechos equivocados (Taruffo, pp. 136-137). Esto complementado con el criterio objetivo y modulador de la actividad procesal, en tanto que el Juez verifica el acuerdo garantizando la política criminal, los derechos fundamentales y valores jurídicos del sistema de justicia.

6. Conclusiones

- Los Estados latinoamericanos deben orientar sus políticas criminales de forma garantista para mitigar el impacto de un derecho penal violento sobre los derechos de las personas. A la par del garantismo, se debe propender por una política criminal flexible, reflejada en el abolicionismo relativo, verbigracia, instituciones procesales como la preclusión. En ese sentido, se tiene que el Estado debe cohibirse de desencadenar todo su poder en una visión positivista de la norma estricta e inequívoca, pues deben prevalecer los postulados teóricos por encima del fascismo práctico.
- El contexto actual de la pandemia no debe reducirse a la política sanitaria con el fin de evitar propagar el virus del COVID-19. Además de ello, se deben implementar medidas para evitar la propagación del contagio en los centros carcelarios, no solamente deben garantizar la salud en materia de bioseguridad y del distanciamiento social para los internos, sino que se debe aprovechar la oportunidad para mitigar un problema estructural que ha quedado al desnudo: el hacinamiento.
- La política criminal debe orientarse desde la justicia consensuada para lograr la finalidad de la economía procesal. Esta se caracteriza por una justicia ágil con fórmulas adaptadas a la realidad de la crisis sanitaria mundial. Dicha política se enfoca en la prevención y condenas cortas, situación que a futuro provee un mejor panorama del hacinamiento carcelario.
- El preacuerdo dentro del ordenamiento jurídico-penal colombiano materializa la negociación como medio político criminal idóneo del abolicionismo relativo. Así mismo, esta figura debe reducir las fases del proceso penal.
- El futuro de la política criminal latinoamericana, y en especial la colombiana-

na, debe apuntar a dos aspectos esenciales: a) concebir la justicia negociada como medio para reducir el hacinamiento carcelario y concretar una política criminal efectiva; esto debe partir de b) tener como base un derecho penal amplio, que haga parte de una estructura esencial compleja donde se tenga en cuenta: criminología, política criminal de acción, política criminal de prevención, penología y criminalística. En resumen, el derecho penal en su sentido amplio.

- Por lo anterior expuesto, los Estados deben concretar la finalidad del derecho penal liberal de hoy, el cual es la garantía de los derechos y deberes de los asociados, aunado esto al beneficio a mediano y largo plazo que es la disminución del hacinamiento. Esto debe ir de la mano con la correcta impartición de justicia, disminución de la propagación del virus del COVID-19 y una resocialización que permita la construcción de una sociedad en paz.

Referencias

- Agudelo, N. (2014). Introducción. En C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Nuevo Foro.
- Arias, M. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. *Doxa*, (29), 439-453.
- Aristizábal, J. F.; Biceño, C.; Congote, A.; Díaz, V.; Flechas, M. C.; Marroquín, A., & González, M. (2019). Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia. (2017-2018). Universidad de los Andes.
- Bianchi, H. (1985). *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*, Bloomington. University Press.
- Borbón, D., & Balaguera, J. (2020). Coronavirus, hacinamiento carcelario e inacción del Estado colombiano. Política Criminal. Universidad Externado de Colombia. <https://politicacriminal.uexternado.edu.co/coronavirus-hacinamiento-carcelario-e-inaccion-del-estado-colombiano/>
- Casación 21347 del 14 de diciembre del 2005 (2005). Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Ramírez Bastidas, Y.). <https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

- Casación 52.227 del 24 de junio del 2020. (2020). Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Salazar Cuéllar, P.). <https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2010). Cartilla guía de autoaprendizaje oficial: Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/node/3200>
- Corda, A., Achá, R., Pereira, A., Cortés, E., Piñol, D., Paladines, J., Pérez, C., Soberón, R., Bardazano, G., Antillano, A. & Youngers, C. (2020). Aliviar el hacinamiento carcelario: salvavidas en tiempos de Covid. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/07/DMAA-2-CEDD-Nuevo2-1.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2020). Corte Suprema traza límites de la Fiscalía para dar rebajas y beneficios en acuerdos con los procesados. Noticias de la Corte Suprema. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/07/08/corte-suprema-traza-limites-de-la-fiscalia-para-dar-rebajas-y-beneficios-en-acuerdos-con-los-procesados/>
- Fernández Carrasquilla, J. (2002). *Derecho penal liberal de hoy*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. P. A. Ibañez, A. R. Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos & R. Cantarero). Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal* (Vol. 34). UNAM.
- Foucault, M. (2000). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2020). Informe estadístico. Población privada de la libertad. INPEC.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2020). Tableros Estadísticos. Rangos Etarios y Años Prisión Intramural. INPEC.
- Larrauri, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta.
- Ley 906. Por la cual se expide el código de procedimiento penal. DO: 45658. Congreso de la República. (2004, 31 de agosto). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley 1709. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. DO: 49.039. Congreso de la República. (2014, 20 de enero). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html
- Lyons, J. Q., Monterroza, A. M. N., & Meza, M. I. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos

fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 3(1), 69-80.

- Maiguel Donado, C. (2018). La Democracia constitucional y un modelo garantista en Luigi Ferrajoli. *Advocatus*, 15(31), 153-164. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.31.5076>
- Marchese di Beccaria, C. (1821). *Tratado de los delitos y de las penas*. Villalpando.
- Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Rafecas, D. (2005). Una aproximación al concepto de garantismo penal. *Lecciones y ensayos*, (80), 159-176. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>
- Sentencia T-153/98. (1998). Corte Constitucional (Cifuentes Muñoz, E). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Taruffo, M. (2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho*, 21(1), 129-151. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2350>
- Vattimo, G. (2009). *Adiós a la verdad*. Meltemi Editore.
- Villegas, E. V., & Barquero, E. M. (2003). De los males, los menores: del abolicionismo y del garantismo. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (102), 11-22. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13380>

