

**LA CONSOLIDACIÓN DEL EFICIENTISMO COMO MODELO POLÍTICO  
CRIMINAL EN COLOMBIA (A PROPÓSITO DE LA LEY 1908 DE 2018)**

**ÁLVARO ALEJANDRO ARCILA CASTRO  
ABOGADO**

**TRABAJO DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
MAGÍSTER EN DERECHO PENAL**

**DIRECTOR:  
PROFESOR JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA  
DOCTOR EN DERECHO PENAL**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
MEDELLÍN**

**2020**

**LA CONSOLIDACIÓN DEL EFICIENTISMO COMO MODELO POLÍTICO  
CRIMINAL EN COLOMBIA (A PROPÓSITO DE LA LEY 1908 DE 2018)**

**INDICE**

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>1. SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO</b> .....	6
1.1. La ineficacia como característica permanente del sistema penal.....	6
1.2. Trivialización del sistema y falta de respuesta ante la criminalidad compleja.....	7
<b>2. LAS RESPUESTAS DEL ESTADO COLOMBIANO</b> .....	9
2.1. Relegación de las “causas menores”.....	9
2.2. Aparente priorización de la lucha contra la criminalidad organizada.....	10
2.2.1. La importación de modelos.....	12
2.2.2. Del derecho penal excepcional a la regla general.....	12
2.2.3. Un arma de guerra.....	13
2.3. El Protagonismo de la detención preventiva.....	13
2.3.1. La graduación de la pena.....	14
2.3.2. Un mecanismo de “negociación”.....	15
2.3.3. La prolongación de la detención preventiva.....	15
2.4. Proliferación de normas penales.....	16
2.4.1. Endurecimiento punitivo.....	18
2.4.2. Creación de nuevos delitos.....	18
2.4.3. Flexibilización de reglas de imputación de la responsabilidad penal.....	18
2.4.4. Disminución de control judicial.....	20
2.4.5. Medios invasivos y reducción de garantías en la investigación.....	21
2.4.6. Mecanismos para facilitar la condena.....	21
<b>3. LEY 1908 DE 2018. CONSOLIDACIÓN DE UN SISTEMA PENAL EFICIENTISTA</b> .....	23

3.1.El proyecto de ley. Intervinientes. Exposición de motivos.....	23
3.2.El texto legal. Ámbito de aplicación.....	24
3.3.Medidas punitivas: endurecimiento punitivo y creación de nuevos delitos.....	26
3.4. Herramientas de Investigación y Judicialización.....	30
3.4.1. La detención preventiva.....	31
3.4.2. Disminución del control judicial.....	33
3.4.3. Medios invasivos y reducción de garantías en la investigación.....	35
3.4.4. Mecanismos para facilitar la condena.....	39
<b>4. REFLEXIONES FINALES.....</b>	<b>41</b>
4.1. De las promesas incumplidas a la percepción de ineficacia del sistema penal.....	41
4.2. Un falso fortalecimiento. Una verdadera restricción de garantías.....	41
4.3. Transformación del concepto “justicia” y de los fines de la pena en el contexto social.....	42
4.4. Un modelo de excepción como modelo general de lucha contra la criminalidad.....	42
4.5. Profundización del modelo eficientista del sistema penal.....	43
4.6. Implementación de una negativa política criminal.....	43
<b>5. PROPUESTAS.....</b>	<b>44</b>
5.1. Restringir la facultad de promoción de leyes penales a mínimos actores.....	44
5.2. Ampliar las garantías de protección social en la creación de la ley penal”.....	46
5.3. Establecer la obligatoriedad de aplicar un estándar mínimo de constitucionalidad en la promoción de las leyes que materializan la política criminal del Estado. (T 388/13 T 762/15)...	47
<b>6. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>49</b>

“No esperes resultados diferentes si siempre haces lo mismo”

Albert Einstein

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad se asiste a lo que algunos han denominado “expansión del derecho penal”<sup>1</sup>, esto es, a la ampliación del campo de acción penal a ámbitos de lo social que, anteriormente, eran confiados a las buenas costumbres, a la moral, o en el peor de los casos, a normas extrapenales y por tanto ajenas a sanciones punitivas. La globalización de los mercados, la interconexión de las sociedades del mundo, la inmediatez de las transacciones electrónicas, la concentración de información en bases de datos, la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada, entre otros, han creado un terreno abonado para abanderar un derecho penal que se presume omnipotente para justificar su intervención en todos los ámbitos sociales.

En Colombia, por ejemplo, en el año 2000 se expidieron las leyes 599 y 600, código penal y de procedimiento penal, respectivamente. No obstante, con posterioridad a las mismas, han abundado leyes que crean nuevos delitos o endurecen sus penas, modifican procedimientos judiciales en aras de la eficacia del sistema<sup>2</sup>. Es decir, después de la promulgación del actual código penal (ley 599 de 2.000) ocurrida el 24 de julio del año 2.000 (que entrare en vigencia un año después) y hasta el cierre de la última legislatura del año 2018 se habían emitido cerca de setenta leyes que en diferentes direcciones regulan el ejercicio del *ius puniendi*.

Lo anterior ha generado una constante “juridificación” de la cotidianidad del ciudadano, quien aspira que su problema sea solucionado por el derecho penal -o el proceso penal- pues es la herramienta que el Estado constantemente usa para gestionar su conflictividad social y pone aparentemente a su alcance. Sin embargo, prontamente se ve defraudado por el sistema, puesto que dicho mecanismo no da una respuesta eficiente a su necesidad. Este uso excesivamente simbólico

---

<sup>1</sup> Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales, Civitas, 2001.

<sup>2</sup> Véase, Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en Estudios Criminales, No. 31, 2008.

de la ley penal es indicativo de un desbordado ejercicio del poder legislativo en Colombia, y demostraría que, en apariencia, la primera respuesta estatal a situaciones sociales conflictivas consiste en su regulación a través de normas jurídicas.

Una muestra de ello es, en efecto, la ley 1908, expedida el 09 de julio del año 2018, “Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones”, cuyo epígrafe es indicativo de la aspiración que el legislador le quiso imprimir a dicha norma. Como se dijo, la lucha contra la criminalidad organizada ha servido de pretexto para justificar considerables modificaciones legislativas que limitan las libertades de los ciudadanos y crean modelos diferenciados de derecho penal: “Por un lado, el sistema clásico de derecho penal y por otro, el excepcional de lucha contra la criminalidad organizada, caracterizado fundamentalmente por la restricción de algunos principios y garantías, así como por la flexibilización de algunas de las reglas de imputación de la responsabilidad penal, todo en aras de facilitar la prevención y represión de los delitos”<sup>3</sup>.

La prestación eficaz del servicio de justicia es pilar fundamental de una sociedad, pues su actividad consolida un clima propicio para su desarrollo. Sin embargo, con el cobijo de una causa plausible como la eficacia de la administración de justicia, o la lucha contra la criminalidad, terminan por afectarse los derechos de todos los que conforman dicha sociedad, en la medida que disminuyen sus garantías o restringen sus libertades, ya no sólo de aquellos que han infringido la norma sino, además, de todas las personas, que se convierten también en blanco de dicho sistema de sanción.

Este trabajo académico se dirige a establecer cómo, a través de la constante variación de normas penales, se ha venido implantando un sistema penal de corte eficientista que, en procura de mostrarse eficaz en la lucha contra la criminalidad, pero particularmente la organizada, implementa serias modificaciones legales que impactan de manera negativa a todos los ciudadanos, creando procedimientos dirigidos a obtener una pronta condena, sin reflexionar en su costo real para el sistema y los derechos fundamentales de las personas.

---

<sup>3</sup> Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano”, en *Estudios Criminales*, No. 34, 2009, p. 122.

## 1. SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

### 1.1. La ineficacia como etiqueta permanente del sistema penal

Colombia es un país complejo que logró firmar un acuerdo de paz con la guerrilla más antigua del continente, con la que se libró una guerra por más de cincuenta años. Ello, aunado a otros factores sociales como necesidades básicas insatisfechas, una gran brecha de pobreza, la concentración de riquezas, tierras y medios de producción, la falta de presencia del Estado en todo el territorio nacional, generan un panorama social muy agitado. Los estamentos públicos están constantemente sometidos a la crítica en una democracia que aún está en construcción, y la administración de justicia no escapa a ello. No es extraño escuchar constantes quejas frente al aparato judicial colombiano, y más aún, del sistema penal. Podríamos decir que este sentimiento de insatisfacción lo encontramos en la sociedad que se siente defraudada ante la ausencia de resultados tangibles frente a delitos de alto impacto social<sup>4</sup>; o delitos contra la seguridad pública o la administración pública que se enmarcan dentro de una criminalidad más compleja.

Constantemente se registra en los medios de comunicación reacciones de ciudadanos que se sienten defraudados por el sistema de justicia porque, en determinada actuación penal no se procesó a los responsables, no se envió a la cárcel a los procesados, bien porque se establezca su responsabilidad o bien porque no se les imponga una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, lo que se percibe indiscriminadamente como impunidad<sup>5</sup>, conllevando a una creciente deslegitimación del sistema de justicia penal.

---

<sup>4</sup> Dentro de aquellos, los delitos por los que más capturas se producen por parte del sistema penal son el tráfico de estupefacientes, hurto, lesiones personales, porte de armas de fuego, violencia intrafamiliar, daño en bien ajeno, homicidio, violencia contra servidor público, uso de documento falso, receptación, extorsión, inasistencia alimentaria, según Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). “Balance diez años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia” 2004 – 2014. Pág 35. [https://cej.org.co/wp-content/uploads/2015/10/Balance-diez-a%C3%B1os-de-funcionamiento-del-Sistema-Penal-Acusatorio-en-Colombia-2004-2014\\_-An%C3%A1lisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.pdf](https://cej.org.co/wp-content/uploads/2015/10/Balance-diez-a%C3%B1os-de-funcionamiento-del-Sistema-Penal-Acusatorio-en-Colombia-2004-2014_-An%C3%A1lisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.pdf)

<sup>5</sup> Cfr. Sotomayor Acosta, Juan Oberto, ““Las recientes reformas penales en Colombia...””, cit., pp. 38-39.

Por otro lado, es común escuchar en el medio judicial voces de funcionarios públicos llamando la atención sobre el incremento de la demanda de servicios de la administración de justicia en materia penal, que crece en mayor medida que la planta de personal de sus instituciones, al punto de sentir que el sistema ha colapsado<sup>6</sup>. Se podría decir que ambas situaciones tienen una relación directa que se origina en el papel (casi mágico) otorgado al derecho penal para “solucionar” problemáticas de la sociedad que demanda la intervención del sistema penal y se ve defraudada por este, al no colmar sus expectativas de justicia representadas en la sanción de los responsables.

## **1.2. Trivialización del sistema penal y falta de respuesta a la criminalidad compleja**

Debemos empezar por decir que la filosofía del proceso penal de la ley 906 de 2004 es de corte utilitarista, pues procura hacer eficaz la potestad punitiva del Estado, buscando mayor satisfacción de justicia, al menor coste presupuestal y operativo del sistema penal. Si nos centramos en el estudio de las estadísticas existentes, podemos advertir que año a año tenemos un crecimiento de la demanda de servicios de justicia penal. En el año 2005, por ejemplo, se recibían un poco más de cienmil noticias criminales por año, mientras las cifras de ingreso del año 2014, superan el millón de noticias criminales por año<sup>7</sup>.

Ahora, de todas las noticias criminales que ingresan al sistema penal, una gran parte son archivadas, otras terminan por extinción de la acción penal o por mecanismos alternativos de solución de conflictos y en una mínima proporción, terminan por aplicación del principio de oportunidad. A 2014, por ejemplo, 70% de las noticias criminales fueron archivadas, el 11% terminó por la extinción de la acción penal; (9%) por conciliaciones, la menor participación fue el principio de

---

<sup>6</sup> Múltiples notas periodísticas han dado fe de la insatisfacción de los funcionarios del sistema penal, encabezados por el mismo Fiscal General de la Nación (Néstor Humberto Martínez Neira) <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/el-sistema-penal-acusatorio-colapso-fiscal-general/20170706/nota/3513221.aspx>; <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/el-sistema-penal-acusatorio-comienza-a-colapsar-fiscal-general-106454>

<sup>7</sup> Al respecto, véase las estadísticas registradas por la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). “Balance diez años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia” 2004 – 2014. Pág 30 – 31. [https://cej.org.co/wp-content/uploads/2015/10/Balance-diez-a%C3%B1os-de-funcionamiento-del-Sistema-Penal-Acusatorio-en-Colombia-2004-2014\\_-An%C3%A1lisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.pdf](https://cej.org.co/wp-content/uploads/2015/10/Balance-diez-a%C3%B1os-de-funcionamiento-del-Sistema-Penal-Acusatorio-en-Colombia-2004-2014_-An%C3%A1lisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.pdf)

oportunidad con un 0,06%<sup>8</sup>. La lógica entonces es que solo un reducido número de noticias criminales se convierten en verdaderos procesos penales con intervención de los jueces de la república. Eso genera una gran preocupación, pues el ciudadano acude a la justicia con el fin de que se investigue su caso, pero la expectativa de que llegue al conocimiento de los jueces es bastante baja por lo que su aspiración de justicia se ve truncada.

Desde la perspectiva de la gestión de los jueces de la república el panorama no es mejor. Si vemos las cifras que registra el boletín estadístico del Consejo Superior de la Judicatura para el año 2017 tenemos que, en el año 2007, los ciudadanos condenados fueron 31.504; en el año 2016 la cifra ascendió a 44.084. Las absoluciones, por su parte, se consolidaron entre 2007 y 2016 en 40.908. De los procesos en donde se emitió sentencias condenatorias tenemos que, de los 418.998 condenados en este interregno, el 61% aceptó los cargos imputados; el 24% llegó a una negociación vía preacuerdo con la Fiscalía y tan sólo el 15% agotó todo el proceso penal<sup>9</sup>.

Así, podemos decir que nuestro sistema de procesamiento penal es aparentemente efectivo en los casos que no revisten mayor complejidad investigativa. Gran porcentaje de delitos que abarca la actividad judicial del sistema está representado en casos en los que hay capturas en situación de flagrancia o casos en los que se logra identificar fácilmente al presunto responsable. Sin embargo, es considerablemente ineficaz cuando debe agotar todo el proceso penal pues, de este segmento, casi la mitad son absueltos<sup>10</sup>. Ello demostraría la trivialización del sistema penal que se desarrolla con solvencia en casos que podríamos denominar fáciles, pero se muestra paquidérmico en casos con mayor complejidad investigativa, como los casos de corrupción, o “criminalidad organizada”.

---

<sup>8</sup> Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). “Balance diez años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia” 2004 – 2014. Pág 38. [https://cej.org.co/wp-content/uploads/2015/10/Balance-diez-a%C3%B1os-de-funcionamiento-del-Sistema-Penal-Acusatorio-en-Colombia-2004-2014 -An%C3%A1lisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.pdf](https://cej.org.co/wp-content/uploads/2015/10/Balance-diez-a%C3%B1os-de-funcionamiento-del-Sistema-Penal-Acusatorio-en-Colombia-2004-2014-An%C3%A1lisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.pdf)

<sup>9</sup> C. S. de la Judicatura. “Boletín Estadístico: sistema penal acusatorio en Colombia - 11 años”. #1. Año 2017. [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016\\_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01)

<sup>10</sup> C. S. de la Judicatura. “Boletín Estadístico: sistema penal acusatorio en Colombia - 11 años”. #1. Año 2017. [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016\\_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01)

En otras palabras, el sistema resulta “eficaz” en “causas menores”, pero ineficaz en casos complejos.

## **2. LAS RESPUESTAS DEL ESTADO COLOMBIANO**

El Estado ha procurado enfrentar la criminalidad con una serie de medidas particularmente legislativas. En estas se aprecia una lectura a los problemas de criminalidad desde dos perspectivas: por un lado, la criminalidad que afecta al ciudadano común, en su cotidianidad y, por otro lado, una criminalidad más compleja, que ataca a la sociedad y al Estado mismo. A la primera la ha denominado “causas menores”<sup>11</sup>; a la segunda, en gran medida la ha caracterizado bajo el concepto de “crimen organizado”, noción que se utiliza para enmarcar un gran cúmulo de tipicidades, no necesariamente relacionadas, ejecutadas por un número plural de personas que materializan una multiplicidad de actos delictivos; es un concepto más valorativo que descriptivo, que resulta insuficiente para identificar concretamente lo que es<sup>12</sup>. Con este panorama, el siguiente paso era intentar unas respuestas a esta problemática, las que aparecen explícitas en la profusa actividad legislativa nacional, como veremos:

### **2.1. Relegación de las “causas menores”**

Desde los albores del sistema de procesamiento penal de tendencia acusatoria se ha procurado por parte del Estado relegar en otros la gestión de las denominadas causas menores. De ello da cuenta la ley 1153 del 31 de julio de 2007, “Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”, que creaba un sistema de procesamiento penal de actuaciones cortas y pocas garantías. El ejercicio de estas acciones era delegado en particulares (arts. 44 y 50), al punto de excluir de su ejercicio a la Fiscalía General de la Nación, aun cuando constitucionalmente (art. 250) la acción penal se encuentra exclusivamente radicada en dicha institución. Esta y otras razones

---

<sup>11</sup> Así en la ley 1153 de 2007. Diario Oficial No. 46.706 de 31 de julio de 2007

<sup>12</sup> Sotomayor Acosta, Juan Oberto. “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada...”, cit., p. 120: “La noción de ‘crimen organizado’ ha llegado al discurso criminológico y jurídico penal convertida en una especie de fantasma, esto es, algo contra lo cual se precisa luchar aunque no se tenga del todo claro que es”, por lo que su caracterización resulta compleja desde su génesis.

fueron suficientes para que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-879 de 2008, declarara la inexecutable de dicha ley<sup>13</sup>.

Ante este impedimento constitucional, se promovió el acto legislativo el 06 del 24 de noviembre de 2011, por medio del cual se modificó el párrafo segundo del art. 250 constitucional, incorporando allí la facultad para que el legislador, “*atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible*”, delegara el ejercicio de la acción penal “*a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación*”. Con este cambio constitucional se procuraron diferentes proyectos con un fin similar, hasta que se expidió la ley 1826 del 12 de enero 2017, “*Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*”, que estatuyó un procedimiento judicial más corto, que desarrolla el proceso penal para determinados delitos<sup>14</sup> en solo dos audiencias (concentrada y de juzgamiento).

Estos procesos legislativos permiten deducir el interés del Estado por relegar este tipo de casos, desterrándolos de la escena central del sistema penal. Así, luego de degradar a “causas menores” aquellos delitos, procura para ellos un tratamiento “fast track”, abreviando sus actuaciones, minimizando formalidades y viabilizando formas de terminación anticipada, todo con el fin de liberar la carga de los funcionarios judiciales a quienes, por otro lado, se les encomendará la labor de priorizar la atención a la criminalidad que llamó “organizada”.

## **2.2. Aparente priorización de la lucha contra la criminalidad organizada**

Podemos identificar otra clara respuesta estatal, complementaria a la anterior, y es la priorización - al menos en la ley- de la lucha contra la criminalidad organizada, respaldada por el contexto

---

<sup>13</sup> Sentencia C 879 del 10 de septiembre de 2008. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, de la que resaltamos lo siguiente: “La Ley 1153 de 2007 surge como una respuesta para descongestionar el proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2004, para atender los delitos de menor relevancia e impacto social, para lo cual define como contravenciones algunas conductas que en los Códigos Penales y de Procedimiento Penal eran clasificadas como delitos querellables, y establece un procedimiento expedito para su investigación y juzgamiento (...).”

<sup>14</sup> Los establecidos en el art. 10 de la ley 1826 de 2017, que incorporó el art. 534 a la ley 906 de 2004.

mundial que comenzó a centrar su interés en ello<sup>15</sup>. Se advierte entonces que a través de diferentes cambios legislativos, bajo el abanderamiento de la “lucha contra la criminalidad organizada”, el Estado comienza a privilegiar su actividad investigativa y judicial dirigiéndola a ese tipo de criminalidad, incorporando una serie de actos de prevención, investigación y sanción, con un costo muy alto para derechos ciudadanos<sup>16</sup>.

Este discurso de la priorización de la criminalidad compleja se hace inclusive explícito como política<sup>17</sup>, en reglamentaciones emitidas por la Fiscalía General de la Nación. Revisados los criterios de priorización de este sistema de investigación penal, encontramos que son presentados como un “parámetro lógico que sirve para focalizar la acción investigativa de la Fiscalía General de la Nación hacia determinadas situaciones y casos, con el fin de asegurar un mayor impacto y un mejor aprovechamiento de los recursos administrativos y logísticos” y una de las aspiraciones en las que se cimienta dicha política es, por supuesto, la “seguridad ciudadana” a efectos de “combatir de manera más efectiva la criminalidad organizada”. Esta respuesta estatal de priorización de la lucha contra este tipo de criminalidad tiene, al menos las siguientes características:

---

<sup>15</sup> Entre otras, puede leerse la resolución 53/111 del 09 de diciembre de 1998 de Naciones Unidas. A través de esta resolución decidió conformar un comité intergubernamental para elaborar una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional, la trata de mujeres y niños, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego y el tráfico de migrantes. De dicho comité surgió la Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, emitida el 15 de noviembre de 2.000 en Palermo, Italia. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. (Convención de Palermo).

<sup>16</sup> Veamos, para ilustración, el acto legislativo 02 del 18 de diciembre 2003, Publicado en el diario oficial No. 45.406, de 19 de diciembre de 2003. Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C814 del 30 de agosto 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes. Donde se intentó realizar diferentes modificaciones en la constitución política a derechos fundamentales como la intimidad o la libertad de los ciudadanos, en los que se pretendía, por ejemplo, permitir interceptación, registro de comunicaciones privadas o inclusive la captura de los ciudadanos, sin orden judicial previa, en aras de “prevenir la comisión de actos terroristas” y combatir delitos contra la seguridad pública.

<sup>17</sup> Al respecto véase la Directiva 0001 del 4 de octubre DE 2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación”, la Resolución 01810 del 4 de octubre de 2012, “Por medio de la cual se crea la Unidad Nacional de Análisis y Contexto” y la “Resolución 01811 del 4 de octubre de 2012, “Por medio de la cual se crea y reglamenta el Comité de Priorización de Situaciones y Casos en la Fiscalía General de la Nación”; Directiva 002 de 2015, que establece una política de priorización consistente en la aplicación de unos parámetros que permitan focalizar la actividad de prosecución penal e investigativa de la Fiscalía General de la Nación en determinados “fenómenos, situaciones y casos, con el fin de asegurar el mayor impacto de su trabajo investigativo y el mejor aprovechamiento de sus recursos humanos, administrativos, económicos y logísticos.”.

### **2.2.1. La importación de modelos**

Es común en nuestro medio que este tipo de estrategias y políticas legislativas de lucha contra la criminalidad provengan de otras latitudes, se justifiquen desde la experiencia internacional e inclusive, se adopten de manera casi literal, sin medir el impacto que estas puedan tener en nuestra realidad. La lucha contra la criminalidad organizada se ha vuelto entonces, una bandera de la comunidad mundial que ha procurado unificar criterios y aunar esfuerzos para combatirla. Sin embargo, ello no significa que se deba (y se pueda) adoptar todas las normativas internacionales en las legislaciones internas, pues pueden generar conflictos frente a los derechos de los ciudadanos de cada país<sup>18</sup>.

### **2.2.2. Del derecho penal excepcional a la regla general**

Una segunda característica es la incorporación al ordenamiento jurídico de un derecho penal de excepción, pensado como extremísima herramienta de control social -del que ya es *ultima ratio*-, para determinados momentos *gravísimos* de una sociedad que amerite la aplicación extraordinaria y temporal de este recurso mayormente restrictivo de las libertades ciudadanas, con el fin de evitar graves -o peores- afectaciones como su desintegración como comunidad. Ese *excepcionalísimo* derecho penal, en la sociedad colombiana ha tendido a la “normalización”. Muchas figuras propias de esas reglas de excepción como la delación, la colaboración, la negociación de la pena<sup>19</sup> se han venido convirtiendo en legislación permanente en nuestro ordenamiento jurídico al punto que, primero pensadas con el fin de atacar la criminalidad organizada, han venido migrando

---

<sup>18</sup> Ver Terradillos, Juan, “El derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en Capella Hernández, J. R. (Coordinador), Transformaciones del derecho en la mundialización, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 204.

<sup>19</sup> Al respecto véase que a través del decreto 1038 de 1984 se declaró el estado de sitio en Colombia. Posterior a ello se expidieron diferentes normas penales como el decreto legislativo 2041 de 1990 o el decreto 2790 de 1990, en las cuales se incorporaban rebajas de pena o inclusive exenciones de pena y demás beneficios por colaboración efectiva con la administración de justicia, con información sobre autores o partícipes de delitos complejos, de sus bienes o armas. Al respecto, Sotomayor Acosta, Juan Oberto. “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada...”, cit., pp. 123-124.

paulatinamente hacia el tratamiento de cualquier conducta delictiva ejecutada por cualquier ciudadano<sup>20</sup>; lo que genera un considerable riesgo de contagio del sistema penal.

### **2.2.3. Un arma de guerra**

El derecho penal deja de ser entonces, primordialmente, frente a la criminalidad compleja, una herramienta de control social, formal, excepcional *-de ultima ratio-* para convertirse en un arma de guerra que procura la inocuización del enemigo, abandonando de alguna manera sus fines preventivos y de resocialización. Lo anterior se expresa desde dos perspectivas: primero el Estado colombiano comienza a prohibir la aplicación de una serie de figuras como la delación, la colaboración, o la negociación de la pena del tratamiento de esta clase de criminalidad. Con ello busca que las personas que sean condenadas por esta serie de delitos, deban pagar sus penas de manera efectiva en establecimientos carcelarios en unas condiciones inhumanas<sup>21</sup>. Y, por otro lado, comienza a incrementar considerablemente las penas a esta clase de delitos, con lo que, en la práctica, puede lograr condenas a perpetuidad para sus adversarios. Pero, para lograr ese cometido, la condena del adversario, el sistema enfrenta su vieja enfermedad: su ineficiente capacidad de respuesta frente esta criminalidad compleja.

### **2.3. El protagonismo de la detención preventiva**

Advertidas las falencias del sistema penal que se han mencionado, resultaba entonces necesario crear las condiciones para que esa “solución” a la criminalidad representada en el encarcelamiento fuera más expedita, inclusive, para aplicarla sin necesidad de una condena. Es allí donde la detención preventiva se convierte en un objetivo importante del sistema penal, no como mecanismo para garantizar los fines constitucionales de protección del proceso, la comunidad o la víctima, o la

---

<sup>20</sup> Así lo establece el título II, capítulo único de la ley 906 de 2004, denominado “preacuerdos y negociaciones con la fiscalía” art. 348 a 354.

<sup>21</sup> La Corte Constitucional ha establecido un estado de cosas inconstitucional en razón del hacinamiento carcelario y las inhumanas condiciones a las que son sometidas las personas privadas de la libertad, bien sea por una medida de aseguramiento o por una condena impuesta. Así las sentencias T 153 de 1998, T 388 de 2013 y T 762 de 2015.

comparecencia del procesado, sino como eje fundamental de la maquinaria de represión estatal<sup>22</sup>. Con ella se obtiene una sensación social de falsa eficacia del sistema penal representada en el encarcelamiento de personas aún presumidas inocentes; y, además, una herramienta para imprimir celeridad al sistema de procesamiento penal desde dos vertientes: i) como mecanismo de presión del sistema para facilitar “negociaciones” entre fiscalía y procesados y, ii) como mecanismo de presión para los funcionarios judiciales, quienes están conminados a programar con mayor prontitud las actuaciones en casos con procesados detenidos para evitar su libertad por vencimiento de términos. Pasa de ser entonces la medida de aseguramiento algo instrumental y accesorio al proceso penal, para convertirse en eje fundamental de su dinámica. Faltarían unos ajustes del sistema.

### **2.3.1. La graduación de la pena**

En la ley procesal penal, para que proceda la detención preventiva privativa de la libertad se debe cumplir con una serie de requisitos establecidos con el fin de racionalizar su uso y evitar el abuso. Dentro de esos requisitos está el factor objetivo, que se cumple cuando el procesado ha sido imputado por delitos que tengan una pena de prisión cuyo mínimo “sea o exceda de cuatro años”<sup>23</sup>. Este requisito establecido como una garantía para el ciudadano, se ha devuelto en su contra en un devastador efecto “bumerang” pues, en la realidad, ha generado que el legislador fije la sanción de los delitos, no en atención de criterios reales de proporcionalidad o merecimiento de la pena, o de fines preventivos o de resocialización sino, por el contrario, de forma tal que satisfaga este requisito, partiendo de esta pena mínima casi de forma generalizada para cualquier conducta punible<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Así lo ha destacado Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Las recientes reformas penales en Colombia...”, cit., pp. 38-40.

<sup>23</sup> At. 313, numeral 2. Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

<sup>24</sup> En correspondencia con lo anterior, la exposición de motivos de la ley 1142/07 da explícita cuenta de ello así: “Por ello, también se reforman algunos artículos de la ley 599 de 2000 (Código Penal) para aumentar las penas de manera que pueda imponerse como medida de aseguramiento la de detención preventiva”, en <http://www.secretariassenado.gov.co>). Así lo resalta Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada...”, cit., p. 133.

Si se revisan los delitos incorporados en nuestro código penal, casi el 70% de ellos cumplen con dicho requisito. De los cerca de 500 tipos penales establecidos en nuestra codificación, tan solo 161 están por debajo de ese baremo; y en su gran mayoría corresponden a aquellos delitos de los que el Estado se ha querido “desentender”, tales como las injurias, calumnias, delitos patrimoniales de menor cuantía, entre otros.

### **2.3.2. Un mecanismo de “negociación”**

Haciendo procedente la medida de aseguramiento, el Estado se hace a un mecanismo de “investigación” bastante persuasivo. La disuasión propia de la pena que antes mencionamos no parece muy efectiva si tenemos en cuenta que la posibilidad de que un ciudadano sea condenado por el Estado colombiano es muy baja -menor al 5%<sup>25</sup>-. Por el contrario, con la amenaza de internación en cárcel a través de una medida de aseguramiento, en términos prácticos y reales, el Estado incide en las decisiones que procesados y defensores adoptan sobre sus actuaciones judiciales, donde deben medir si afrontan su defensa en un complejo proceso penal, o si, por el contrario, escogen terminar anticipadamente la actuación, tentados por los “premios” ofrecidos en negociaciones o preacuerdos. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas daba cuenta de esta situación, y encontró como práctica generalizada de los fiscales, el abuso de la detención preventiva, haciendo de ella una herramienta de investigación en tanto que es utilizada para “forzar a los procesados a que colaboren aceptando cargos o aportando pruebas en contra de otros sospechosos”<sup>26</sup>.

### **2.3.3. La prolongación de la detención preventiva**

---

<sup>25</sup> Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). “Balance diez años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia” 2004 – 2014. Pág 45-46. [https://cej.org.co/wp-content/uploads/2015/10/Balance-diez-a%C3%B1os-de-funcionamiento-del-Sistema-Penal-Acusatorio-en-Colombia-2004-2014\\_-\\_An%C3%A1lisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.pdf](https://cej.org.co/wp-content/uploads/2015/10/Balance-diez-a%C3%B1os-de-funcionamiento-del-Sistema-Penal-Acusatorio-en-Colombia-2004-2014_-_An%C3%A1lisis-de-su-funcionamiento-y-propuestas-para-su-mejoramiento.pdf)

<sup>26</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas” Doc. 46/13. 30 diciembre 2013. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>, p. 28.

Y, por supuesto, la manera de efectivizar este “mecanismo de negociación” es alargar la detención preventiva, o hacer más engorroso recobrar la libertad por vencimiento de términos, lo que conjugado con las difíciles condiciones de reclusión, crea un escenario propicio para que los procesados opten por mecanismos de terminación anticipada que les permitan salir de prisión, aun a costa del mismo valor justicia.

Con el sistema procesal de la ley 600 de 2000, la potencialidad de estar privado de la libertad de forma preventiva era indefinida. De hecho, su reglamentación<sup>27</sup> incluía como causales de libertad provisional, la prolongación de la detención preventiva por un “tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por la conducta punible que se le imputa”, lo que equivalía a anticipar la sanción penal sin existir condena en contra del procesado.

En vigencia de la ley 906 de 2004, ese panorama cambió en razón de una sentencia de constitucionalidad que pretendía imprimir racionalidad a la medida de aseguramiento, ordenando al legislador que definiera de manera concreta un término máximo de duración de la privación de la libertad<sup>28</sup>. Bajo esta lógica se expidieron las leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016, por medio de las cuales se fijaba un plazo máximo de duración de la detención preventiva brindando, en principio, un panorama más alentador. Así, fijó su término en un año, prorrogable hasta por otro, a solicitud del fiscal o la víctima<sup>29</sup>, lo que replicó con pocas modificaciones la ley 1786 de 2016, que se dirigió primordialmente a suspender la fecha de vigencia de la ley anterior hasta por un año, “para evitar la excarcelación de peligrosos delincuentes”. Y así, posteriormente, ha realizado modificaciones legales con el mismo fin.

#### **2.4. Proliferación de normas penales**

---

<sup>27</sup> Art. 365. Ley 600 de 2000. Diario Oficial No. 44.097, de 24 de julio del 2000.

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencia C-390 del 26 de junio de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>29</sup> Según el art. 1. Ley 1760 de 2015: cuando “el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la ley 1474 de 2011”, vencidos estos, se sustituirá por una o varias no privativas de la libertad.

Otra discutible respuesta estatal para el tratamiento de la criminalidad es la constante promulgación de leyes que restringen las libertades de los ciudadanos y diseñan o reestructuran procedimientos con el fin de hacer más expedita la persecución y sanción penal. Esta proliferación de leyes penales puede intentar explicarse de varias maneras. En primer lugar, el Estado ve en ello una intervención -en principio- económica -en términos de asignación presupuestal- a diferentes problemáticas sociales. Si es eficaz o no, en este punto poco importa. Lo cierto es que por lo menos, en apariencia, el Estado está abordando una situación social que merece atención. Sin embargo, dentro de su decisión política no tiene en cuenta su costo real, no solo en la libertad de sus ciudadanos, sino, también el costo económico que ese tratamiento genera, pues debería asumir una inversión mayor de recursos en centros carcelarios y en el fortalecimiento de su institución de prosecución penal, lo que por supuesto ha aplazado. Y, de otro lado, el costo de legitimidad que su decisión genera, pues vende en la sociedad la idea de asumir el control de la situación problemática a través del sistema penal, pero defrauda rápidamente las expectativas de sus ciudadanos con su ineficacia.

No podemos dejar de lado una explicación evidente: *“la tentación de emplear las cuestiones criminales y la política criminal como armas de propaganda política es grande”*<sup>30</sup> y en ella, caen constantemente nuestros legisladores. No vamos a ahondar en detalles acerca de si esa práctica es o no populismo punitivo, o si se caracteriza con ese discurso<sup>31</sup>. Por lo pronto, podemos afirmar que esta desmesurada producción de normas penales puede explicarse por diversos factores como la aparición de nuevas tecnologías de la información, pero también por reclamos puntuales de justicia de la sociedad en casos dramáticos, que llaman la atención de los ciudadanos, o al menos a un grupo minoritario pero influyente de ellos, o de los medios de comunicación, pues estos son los principales mecanismos de difusión del *discurso punitivista*, como ocurrió con la expedición de la ley 1761 de 2015, *“Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se*

---

<sup>30</sup> Paredes Castañón, José Manuel, “Punitivismo y democracia: las ‘necesidades sociales’ y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales”, en *Libertas*. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, No 4, 2016, p. 176.

<sup>31</sup> Al respecto, Uribe Barrera, Juan Pablo, “¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?”, en *Nuevo Foro Penal*, No 78, 2013, pp. 70-106; y Tamayo Arboleda, Fernando, “La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano”, en *Revista Criminalidad*, No. 58 (3), 2016, pp. 21-35; con carácter general, Larrauri, Elena, “Populismo punitivo...y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, No. 55, Madrid, 2006, pp. 15-22.

*dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)*<sup>32</sup>. Estas modificaciones legislativas inciden en lo sustancial, fundamentalmente para obtener:

#### **2.4.1. Endurecimiento punitivo**

Baste con hacer referencia al incremento de las penas incorporadas por el art. 14 de la ley 890 de 2004 a los delitos establecidos en el código penal de manera generalizada, incrementando sus extremos punitivos de la tercera parte a la mitad. Así, de la noche a la mañana, como por arte de magia. Esto tuvo una razón, explícita: con la implementación del sistema de procesamiento penal de tendencia acusatoria, se habilitaba a la fiscalía y procesados a celebrar preacuerdos o negociaciones, para obtener rebajas hasta de la mitad de la pena. Así, para “facilitar” este tipo de negociaciones, era menester intimidar al procesado con una pena más alta para que accediera a los mecanismos de negociación. Y, en todo caso, para que, aun usando esta serie de herramientas, la pena estuviera “acorde” con el juicio de reproche del hecho concreto perpetrado por el ciudadano<sup>33</sup>.

#### **2.4.2. Creación de nuevos delitos**

Pasamos de tener tipificado en nuestro ordenamiento jurídico alrededor de 250 delitos en el código penal de 1980, a contar con un poco menos de 500 tipos penales en la actualidad. Numéricamente ya se hace llamativa esta explosión de nuevos delitos. Pero además, es importante resaltar que dentro de cada una de estas nuevas tipicidades, el legislador ha incorporado una gran variedad de conductas alternativas y verbos rectores con los que se satisface dicha descripción, ampliando así, aún más, la extensión del sistema penal.

#### **2.4.3. Flexibilización de reglas de imputación de la responsabilidad penal**

---

<sup>32</sup> Esta ley nació, como su nombre lo indica, luego de ocurrido en el año 2012 la violación, empalamiento y asesinato de una mujer llamada “Rosa Elvira Cely”, por parte de un compañero de estudio en la ciudad de Bogotá; al respecto, Sotomayor Mogollón, María José, “Ley 1761 de 6 de julio de 2015 por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”, en Nuevo Foro Penal, No. 86, 2016, pp. 231-235.

<sup>33</sup> En tal sentido, Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Las recientes reformas penales en Colombia...”, cit., p. 43.

Un asunto que podemos percibir en la proliferación de leyes penales ha sido la flexibilización de las reglas de imputación para responsabilizar a un ciudadano de la comisión de un delito. En parte algo de ello expresábamos al hablar de la gran variedad de conductas alternativas y verbos rectores que se incluyen en los tipos penales en la actualidad.

Sin embargo, es importante llamar la atención en algunos aspectos fundamentales: viene haciendo carrera en nuestro ordenamiento jurídico penal la incorporación de un criterio unitario de autor en nuestra legislación, en contraposición con el criterio restrictivo de autor que tiene establecido el código penal en sus arts. 28 a 30. Así, en algunas figuras delictivas<sup>34</sup> se castiga indistintamente promover, instigar, inducir, facilitar, colaborar o ejecutar. Con ello, de un lado se facilita la imputación de delitos redactados en clave de criterio unitario de autor<sup>35</sup>, pues elimina valoraciones jurídicas sobre la participación de los ciudadanos en los hechos que se les reprochan, facilitan la producción de la prueba para imputar la conducta típica, e impide que se reconozcan las rebajas establecidas para los partícipes. En la misma vía, se crean delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, regularmente a través de delitos de mera conducta, de peligro, o tipos penales que no requieren un resultado para su materialización, o una lesión efectiva al bien jurídico, sino una mera amenaza al mismo. Ello facilita la actividad del aparato represivo pues hace más sencilla la prueba que debe recolectar para acreditar la responsabilidad penal, por ejemplo, del dolo de la acción típica<sup>36</sup>.

Ahora bien, en punto de la modificación constante de las leyes procesales penales debemos decir que en este caso las garantías procesales no han corrido con mejor suerte que las sustanciales, pues la ley procesal penal se ha utilizado constantemente como respuesta estatal para procurar la eficacia

---

<sup>34</sup> Por ejemplo, art. 188: Del Tráfico de Migrantes; art. 219-A: Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años; art. 316: Captación masiva y habitual de dineros.

<sup>35</sup> Sobre la distinción entre un concepto unitario y uno restrictivo de autor véase, con carácter general, a Díaz y García-Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 47-203 y 407-696.

<sup>36</sup> Sobre la flexibilización de algunas de estas reglas de atribución de responsabilidad penal en la legislación y la jurisprudencia colombiana, véase el estudio de Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual”, en Velásquez Velásquez, F. [et al.], *Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes, 2013, pp. 282 y ss.

del sistema penal a un costo muy alto en restricción de derechos fundamentales. Ya hacíamos alusión a cómo, con la bandera de la lucha contra la criminalidad organizada, se ha procurado una serie de reformas, inclusive constitucionales, que pretenden dotar de herramientas a las instituciones de persecución penal procurando mayor celeridad en su labor. Sin embargo, dichas herramientas no se identifican con la asignación de mayor presupuesto para la contratación de personal capacitado, o medios técnicos o logísticos para el desarrollo de sus investigaciones. Por el contrario, se dirigen a limitar derechos o minimizar garantías procesales ya conquistadas en nuestro ordenamiento jurídico. Así, encontramos los siguientes rasgos comunes:

#### **2.4.4. Disminución de control judicial**

Por regla general (a excepción de los procesos regidos por la ley 600 de 2000), todos los actos de investigación que generen una afectación a los derechos fundamentales en un proceso penal deben estar precedidos por una orden emitida por un juez de control de garantías (art. 246, ley 906 de 2004). Una vez obtenida la autorización judicial previa y ejecutado el acto de investigación con las formalidades propias, deberá volver ante un juez de control de garantías para que analice la legalidad de la actuación y sus resultados. Lo anterior supone una garantía para los ciudadanos, en la medida que un tercero imparcial es quien adopta la decisión sobre la procedencia o no del acto investigativo. Sin embargo, supone también un esfuerzo adicional para los fiscales, quienes previo a concurrir ante el juez, deben recolectar las evidencias que respalden los motivos fundados que sustenten su solicitud. Esta garantía ha sufrido ataques constantes. El actual art. 250 constitucional incluyó excepciones a esta regla general, facultando al Fiscal General de la Nación y a sus delegados para realizar, por orden suya y sin control judicial previo: registros, allanamientos, interceptaciones e incautaciones. Así mismo, en la ley 906 de 2004, se encontraron varias excepciones que debieron ser recompuestas por la Corte Constitucional para preservar la garantía de reserva judicial en protección de los ciudadanos<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Al respecto, para los siguientes actos de investigación: art. 235. Interceptación de comunicaciones. En sentencia C-131-09 de 24 de febrero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla, indicó que "...la orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá estar sometida al control previo de legalidad por parte del juez de control de garantías"; art. 242. Actuación de agentes encubiertos. En sentencia C-156-16 de 6 de abril de 2016, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa, manifestó que "cuando las operaciones encubiertas impliquen el ingreso del agente a reuniones en el lugar de trabajo o en el

#### **2.4.5. Medios invasivos y reducción de garantías en la investigación**

Dentro de las herramientas que utiliza el Estado para la investigación de los delitos existen actividades que se le encomiendan a los organismos de policía judicial para que, ejecutadas con las ritualidades establecidas, se produzcan legalmente en la actuación penal. Estas herramientas de investigación se muestran, en principio, legítimas para alcanzar el valor justicia en la sociedad. Hay que decir, sin embargo, que muchas reformas legales han tenido por objetivo facilitar la ejecución de estos actos de investigación, sacrificando desmesuradamente los derechos de los ciudadanos.

Ello se puede advertir en la ampliación de los términos para desarrollar actos de investigación, por ejemplo, los actos de interceptación de comunicaciones (art. 235 ley 906 de 2004). En ellos, el legislador inicialmente restringió el tiempo de vigencia de la orden a un máximo de tres meses, prorrogables por otro tiempo igual. No obstante, a través del art. 52 de la ley 1453 de 2011, su plazo de vigencia se incrementó hasta seis meses, prorrogables por otro término igual; y así sucesivamente para muchos actos de investigación, por lo que las garantías procesales ceden constantemente ante los cambios del sistema penal.

#### **2.4.6. Mecanismos para facilitar la condena**

Una herramienta adicional con la que el Estado ha buscado mejorar las cifras del sistema penal a través de varias modificaciones legales, ha sido la negociación de la responsabilidad penal. Este mecanismo se introdujo por primera vez en el país a través de la legislación de estado de sitio,

---

domicilio del imputado o indiciado, deben estar precedidas de autorización del juez de control de garantías, sin perjuicio del control posterior”; art. 244. Búsqueda selectiva en bases de datos. En sentencia C-336-07 de 9 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, aclaró que si se trata de información del indiciado “se requiere de orden judicial previa cuando se trata de datos personales organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello”; art. 245. Exámenes de ADN que involucran al indiciado o al imputado. En sentencia C-334-10 de 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez, se declara exequible el artículo, excepto la expresión “dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación del examen respectivo, que se declara INEXEQUIBLE, en el entendido de que la revisión de legalidad que corresponde al juez de garantías, debe hacerse de manera previa” (énfasis textual).

decretado en razón a la grave perturbación del orden público que se vivió en la década de los ochenta<sup>38</sup>. Sin embargo, era difícil que el sistema penal no se dejara tentar por esta serie de mecanismos. Así, a partir de la ley 600 de 2000, se incluyó de manera permanente una serie de beneficios por confesión y colaboración, ya no para la criminalidad compleja, sino para todo tipo de delitos (v. gr. la sentencia anticipada). A partir de allí, pero con mayor presencia en la ley 906 de 2004, el sistema penal ha basado su eficacia en este tipo de mecanismos<sup>39</sup>. Recordemos que cerca del 85%<sup>40</sup> de las condenas producidas por el sistema penal corresponden a procesos terminados a través de negociaciones con la fiscalía. De esta manera, ha entendido el Estado colombiano que para hacer eficaz el sistema penal, debe terminar la menor cantidad de causas a través del proceso ordinario fijado por la ley; por lo que, *contrario sensu*, debe proporcionar los mecanismos legales y las “condiciones necesarias” para que los procesados se decanten por uno de ellos y renuncien a sus derechos fundamentales, como gozar de un juicio justo.

De todo lo anterior, podemos concluir que el Estado, conocedor de su problemática de criminalidad y de la dramática situación de su sistema penal, procura, al menos formalmente, dar una respuesta a través de la constante expedición de leyes penales con una marcada tendencia -algunas veces

---

<sup>38</sup> Por ejemplo, la ley 2 de 1984, en su artículo 36 estableció un descuento punitivo para “el partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos previstos en este Capítulo”; la ley 30 de 1986 en su artículo 46, dispuso disminución de pena por delación de los demás partícipes de las conductas delictivas; el decreto 50 de 1987, en su artículo 301, reconocía una rebaja por la confesión de los crímenes. Posteriormente, a través del decreto 2047 del 05 de septiembre de 1990, “por el cual se crean mecanismos para incentivar el sometimiento a la justicia de quienes hayan cometido delitos relacionados con los motivos de perturbación del orden público”, el Estado colombiano ofreció un trato más benigno a los ciudadanos que, además de confesar sus crímenes -de competencia de los jueces especializados-, colaboraran con las autoridades brindando información sobre identidades, bienes y armas de codelincentes; lo mismo ocurrió en los decretos de estado de sitio 180 de 1988 donde se consagraron mecanismos de derecho penal premial. Posteriormente el decreto 2790 del 20 de noviembre del mismo año o estatuto para la defensa de la justicia, en su artículo 63 lo reprodujo dentro del ordenamiento jurídico ordinario con la misma filosofía, es decir, extender una invitación a aquellas personas que hubieren cometido delitos de alta lesividad, de competencia de los jueces especializados para que obtuvieran rebajas y beneficios, a cambio de información que permitiera judicializar a otros ciudadanos y renunciaran a su derecho a un juicio.

<sup>39</sup> Así lo destaca también Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Las recientes reformas penales en Colombia...”, cit., pp. 42-45.

<sup>40</sup> C. S. de la Judicatura. “Boletín Estadístico: sistema penal acusatorio en Colombia - 11 años”. #1. Año 2017. [https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016\\_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01)

alterada por decisiones jurisprudenciales- a obtener mayor eficiencia del sistema, a un costo muy alto para las libertades ciudadanas.

### **3. LEY 1908 DE 2018. CONSOLIDACIÓN DE UN SISTEMA PENAL EFICIENTISTA**

Todo el recuento anterior nos permite afirmar que el Estado colombiano en el tratamiento del delito, particularmente en relación con la “criminalidad organizada”, procuran permanentemente mejorar las cifras del sistema penal a través de modificaciones legislativas que sacrifican los derechos fundamentales de sus asociados; un ejemplo más de ello lo encontramos en la ley 1908 de 2018. Un peldaño más en la construcción de un sistema penal eficientista.

#### **3.1. El proyecto de ley: intervinientes y exposición de motivos**

El 9 de julio de 2018 se promulgó la Ley 1908, “Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones”. Dicho emprendimiento legislativo es el resultado de la armonización de varios esfuerzos. De una parte, la Fiscalía General de la Nación<sup>41</sup>, y, de otra, el Ministerio de Justicia y del derecho<sup>42</sup>, quien presentó el proyecto ante el Congreso de la República para su trámite. Así, se manifestó por sus promotores que este proyecto de ley tenía como finalidad “garantizar la terminación del actuar delictivo de las organizaciones criminales a través de dos estrategias: la primera, dirigida a fortalecer el sistema específico de normas y mecanismos procesales y de investigación, que permitan a los fiscales, jueces y servidores con funciones de policía judicial enfrentar de manera oportuna y eficaz a dichas organizaciones. La segunda, define un procedimiento especial para la sujeción a la justicia de grupos armados organizados, sin que esto signifique en ningún momento, su reconocimiento político o la aplicación de mecanismos de justicia transicional”. No deja de llamar la atención, sin embargo, los datos que se incorporan en la misma con el fin de sustentar la viabilidad de las modificaciones legislativas propuestas. Por ejemplo, que la anhelada eficacia del sistema de procesamiento penal se mida, básicamente, en

---

<sup>41</sup> Fiscal General: Néstor Humberto Martínez Neira.

<sup>42</sup> Ministro de Justicia y del Derecho: Enrique Gil Botero.

capturas o en allanamientos<sup>43</sup>, como si el fin último del sistema penal fuera la privación de la libertad de un ciudadano sin una condena en su contra.

La ley se compone de sesenta artículos divididos en tres títulos. El primero, denominado “Ámbito de aplicación”, con un capítulo único de definiciones legales. El segundo título se denominó “Medidas para el fortalecimiento de la investigación y de la judicialización de los grupos delictivos organizados y de los grupos armados organizados”, con tres capítulos, el primero denominado “Medidas punitivas para combatir las organizaciones criminales”; el segundo se denominó “Herramientas de investigación y judicialización” y un último capítulo de “Disposiciones complementarias”; y el tercer y último título cuyo epígrafe es “procedimiento especial para la sujeción a la justicia de grupos armados organizados”<sup>44</sup>. De lo anterior, centraremos nuestra atención en los dos primeros títulos, en tanto que tienen mayor incidencia en el tema abordado; mientras que el tercer título responde a una decisión política estatal de crear un mecanismo para “someter” a grandes grupos armados organizados.

### **3.2. El texto legal. Ámbito de aplicación. Definiciones**

Inicia el legislador por establecer en el artículo 1, el ámbito de aplicación de la ley para centrarlo en la investigación y judicialización de grupos delictivos organizados (GDO) y grupos armados organizados (GAO). En el artículo 2, se desarrolla una definición de aquellos grupos. Frente a la definición de grupo armado organizado (GAO), se ciñe a criterios más claros, entendiendo por tales: *“Aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”*. Fijando además unos criterios concurrentes, así: **i)** el uso de la violencia armada, bien contra la

---

<sup>43</sup> Proyecto de ley N° 198 de 2018, Senado de la República y N° 227 de 2018, Cámara de Representantes, en Gaceta del Congreso de la República N° 84 del 21 de marzo de 2018, p. 28.

<sup>44</sup> Una reseña general de esta ley, en Arcila Castro, Álvaro Alejandro, “Ley 1908 de 9 de julio de 2018. ‘Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones’”, en Nuevo Foro Penal, No. 91, 2018, pp. 204-216.

fuerza pública, instituciones del Estado, población civil, bienes civiles o “contra otros grupos armados”; **ii**) capacidad de generar un alto nivel de violencia armada; **iii**) organización jerárquica o mando con liderazgo y dirección en sus integrantes para generar dicha violencia armada en el territorio nacional. Además, resulta necesario contar con una calificación previa del Consejo de Seguridad Nacional. Todos estos criterios deben ser concurrentes pues así lo establece claramente su párrafo. Ante la ausencia de uno de ellos, no sería procedente su calificación como GAO.

Posteriormente hace una definición de grupo delictivos organizados (GDO), así: “El grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Dice, además, que los delitos cometidos por estos grupos “no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional”. Esta definición genera varios interrogantes. Lo primero que se puede advertir es que el legislador hace uso de la definición de “*grupo delictivo organizado*” establecida en la convención de Palermo<sup>45</sup>. Y si ello es así, debemos remitirnos allí para establecer qué es un delito grave o cuáles delitos tipifica dicha convención. Pues bien, se estableció en la misma que por delito grave se entenderá “*la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave*”. Así mismo, los delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, son: i) asociación o concierto para delinquir (art. 5); ii) lavado de activos (art. 6); iii) corrupción pública (art. 8) y iv) delitos relacionados con la obstrucción a la justicia (art. 23).

La pregunta que surge es si estos criterios, al igual que en la definición de los GAO deben ser concurrentes, es decir, que además de estar sancionados con pena cuyo máximo sea o exceda de 4 años, se trate de la clase de delitos contemplados en la Convención. La respuesta parece ser

---

<sup>45</sup> Acogida en Colombia mediante la Ley 800 de 2003. Diario Oficial No. 45.131, de 18 de marzo de 2003 “Por medio de la cual se aprueban la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil (2000).

negativa, por el uso de la conjunción disyuntiva “o” utilizada por el legislador. Y si ello es así, la delimitación que parece fijar la ley, en realidad no es tal, pues para el caso colombiano, la pena de prisión de 48 meses o más es la regla general, a excepción de aquellos delitos que se sancionan con pena de multa y algunos querellables. Lo anterior, contrastado con nuestro código penal equivaldría a tener por “delito grave” casi todas las figuras establecidas en nuestro código penal pues, en Colombia, hasta el delito de injuria se castiga con una pena máxima que supera con creces ese baremo. A lo que debemos sumar la eliminación del concepto de transnacionalidad de los delitos (eje de la Convención de Palermo) lo que, por supuesto, amplía desmesuradamente su alcance.

De la lectura del primer título de la ley, se evidencia una de las ya mencionadas respuestas estatales características en nuestro medio, cual es la importación de modelos de “lucha contra el crimen organizado” con, al parecer, poca reflexión sobre los alcances y efectos que dichas medidas, traídas de otras latitudes, puedan generar en el entorno doméstico. Pero además, pone de presente un problema fundamental y es la falta de concreción de la realidad que se pretende describir y regular con aquello que llamamos “*crimen organizado*”, pues, como lo sostiene Sotomayor Acosta, “*la noción de ‘crimen organizado’ ha llegado al discurso criminológico y jurídico penal convertida en una especie de fantasma, esto es, algo contra lo cual se precisa luchar aunque no se tenga del todo claro lo que es*”<sup>46</sup>, por lo que una multiplicidad de situaciones pueden caber dentro de dicho concepto, perdiéndose con ello la facultad de límite que pretende; todo lo anterior con un costo muy alto para las garantías de todos los ciudadanos que podrían verse involucrados en procesos penales etiquetados con este rótulo.

### **3.3. Medidas punitivas: endurecimiento punitivo y creación de nuevos delitos**

Como lo anotábamos previamente, el Estado colombiano modifica constantemente su legislación en materia penal, y en concreto, su ley sustantiva, con tres objetivos recurrentes: **i)** endurecimiento punitivo de los delitos existentes, es decir, en el incremento desmesurado de sus penas, en muchas ocasiones con criterio meramente instrumentales; **ii)** creación de nuevos delitos que juridifican la

---

<sup>46</sup> Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada...”, cit., p. 120.

cotidianidad social y; **iii**) la flexibilización de reglas de imputación de la responsabilidad penal para facilitar la condena. De esta realidad hace parte también la ley 1908 de 2018. Veamos:

El título II, capítulo I de la referida ley se encarga de incorporar al ordenamiento jurídico “medidas punitivas para combatir las organizaciones criminales” y procede a adicionar y modificar varios tipos penales. Así, por ejemplo: el artículo 3 adiciona el artículo 182A a la Ley 599 de 2000<sup>47</sup>, para tipificar el “constreñimiento ilegal por parte de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados”. Adiciona, a través del artículo 4, un inciso final al delito de constreñimiento al sufragante<sup>48</sup>. Modifica el delito de concierto para delinquir<sup>49</sup> a través del artículo 6, para incorporar nuevas formas al agravante contemplado en el inciso segundo de dicha norma. Y suma como agravante al inciso tercero, la condición de servidor público.

---

<sup>47</sup> Artículo 182A: “Los miembros, testaferros o colaboradores de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, que mediante constreñimiento impidan u obstaculicen el avance de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), establecidos en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, así como cualquier otra actividad para la implementación del Acuerdo Final, incurrirán en prisión de cuatro (4) a seis (6) años.”

<sup>48</sup> Inciso final, art. 387: “La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta sea cometida por miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados.”

<sup>49</sup> Art. 340: “Concierto para delinquir: Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos.

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

A través del artículo 7 se adiciona un párrafo al delito de utilización ilegal de uniformes e insignias<sup>50</sup>. Así mismo, el artículo 8, adiciona el numeral 8 al inciso 3 del artículo 365 del código penal<sup>51</sup>. Estas dos variaciones legislativas responden a un criterio de enfoque territorial que procura la consolidación del acuerdo de paz y el cumplimiento de los compromisos establecidos en el mismo por parte del Estado colombiano. Por su parte, el artículo 9 adiciona el artículo 188E al código penal, tipificando el delito de amenazas contra defensores de derechos humanos y servidores públicos<sup>52</sup> y el artículo 10, que modifica el artículo 347 *ibídem*<sup>53</sup>. Lo extraño de estos dos últimos cambios es que regulan la misma acción, otorgándole, sin razón alguna, un tratamiento punitivo distinto.

Aún más polémico es el artículo 6, que adiciona el artículo 340A de la Ley 599 de 2000, “Asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados”<sup>54</sup>. De la

---

<sup>50</sup> Párrafo, art. 346: “Cuando la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.”

<sup>51</sup> Numeral 8, inciso 3, Artículo 365 de la Ley 599 de 2000. “Cuando la conducta sea desarrollada dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).”

<sup>52</sup> Art. 188E: “El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona que ejerza actividades de promoción y protección de los derechos humanos, o a sus familiares, o a cualquier organización dedicada a la defensa de los mismos, o dirigentes políticos, o sindicales comunicándole la intención de causarle un daño constitutivo de uno o más delitos, en razón o con ocasión de la función que desempeñe, incurrirá en prisión de setenta y dos (72) a ciento veintiocho (128) meses y multa de diecisiete punto setenta y siete (17.77) a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena se incurrirá cuando las conductas a las que se refiere el inciso anterior recaigan sobre un servidor público o sus familiares.

PARÁGRAFO. Se entenderá por familiares a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, segundo de afinidad o sobre cónyuge o compañera o compañero permanente o cualquier otra persona que se halle integrada a la unidad doméstica del destinatario de la amenaza.”

<sup>53</sup> Art. 347: “El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá por esta sola conducta, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la amenaza o intimidación recayere sobre un miembro de una organización sindical, un periodista o sus familiares, en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe, la pena se aumentará en una tercera parte.”

<sup>54</sup> Art. 340A: “El que ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos o científicos, ya sea de manera ocasional o permanente, remunerados o no, con el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, incurrirá por esta sola conducta en prisión de seis (6) a diez (10) años e inhabilidad para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por veinte (20) años.

exposición de motivos resultan curiosos los argumentos en su favor. Así, se manifestó por parte de sus promotores que *“(P) arte del problema actual en materia de lucha contra el crimen organizado radica en la compleja red que integran sus miembros, testaferros y colaboradores, a fin de ocultar y maximizar los efectos de sus conductas delictivas. Con todo, se pudo identificar que no solo los sujetos activos asociados a estas estructuras criminales participan o se benefician de la comisión de múltiples delitos, también lo hacen terceros que a través de su profesión, arte u oficio, tienen el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de estas organizaciones”*<sup>55</sup>. Y para sustentarlo, se recurre al artículo 5 de la Convención de Palermo que hace alusión al delito de asociación o concierto para delinquir ya tipificado en nuestra codificación penal. Más aún, si se comprueba que esos “terceros” contribuyen a “los fines ilícitos de estas organizaciones”, ¿no haría parte de la misma? La respuesta parece obvia.

Ahora, al procurar sustentar su constitucionalidad, se señala que: *“(E)l contenido del tipo penal propuesto, en una primera aproximación, plantea una limitación al derecho al trabajo y libertad al ejercicio de una profesión...”*. Por lo que se argumenta que: *“El tipo penal contiene un fin constitucionalmente válido y aporta a su consecución. Esto es, el fortalecimiento de la paz y proteger a la sociedad colombiana de la consolidación y surgimiento de organizaciones criminales. La norma es necesaria porque, precisamente, la persecución penal a aquellas personas que facilitan la operación de organizaciones delictivas y armadas ha sido un reto para el Estado, pues sus comportamientos –en sí mismos– no están tipificados como concierto para delinquir (falta acuerdo previo en muchos casos), y el procesamiento como partícipes, genera penas poco significativas”*. Y manifiesta al final que *“el tipo penal es proporcional, pues no está limitando de manera arbitraria el ejercicio de una profesión u oficio, sino que solamente lo hace cuando la finalidad del sujeto es servir o contribuir a los fines ilícitos de la organización criminal”*<sup>56</sup>.

---

No se incurrirá en la pena prevista en este artículo cuando los servicios consistan en la defensa técnica, sin perjuicio del deber de acreditar sumariamente el origen lícito de los honorarios. En todo caso el Estado garantizará la defensa técnica”.

<sup>55</sup> Proyecto de ley 198 de 2018, Senado de la República; 227 de 2018, Cámara de Representantes, en Gaceta del Congreso de la República, N° 84 del 21 de marzo de 2018, p. 45.

<sup>56</sup> Proyecto de ley 198 de 2018..., cit., p. 45.

No obstante, tal ejercicio analítico constitucional genera grandes dudas. Si se analiza con detalle, los mismos argumentos dados en la exposición de motivos sirven para establecer que es una norma innecesaria, que se puede entender más desde la carencia del Estado para desarrollar de manera eficiente la labor de investigación, persecución y juzgamiento de conductas ya establecidas en nuestra legislación (concierto para delinquir) y apela más a un criterio de prevención general negativo que procura generar intimidación, recelo en el ejercicio de actividades liberales, sin ahondar en los alcances negativos que este tipo penal podría tener en el derecho de defensa de personas que pudieren verse procesadas por su aparente vinculación con estos grupos.

Como puede verse, esta serie de cambios legales tienen como propósito central endurecer y extender el tratamiento punitivo dispensado por el Estado a la “criminalidad organizada”, incrementando las penas existentes y creando nuevas tipicidades, verbos rectores, o circunstancias agravantes cobijadas dentro de los tipos ya existentes. En ellos, es importante resaltar que, como se indicó antes, procuran hacer más fácil la labor del sistema penal, lo que se complementa con una serie de modificaciones en los procedimientos investigativos y judiciales, como se verá a continuación.

### **3.4. Herramientas de investigación y judicialización**

En el capítulo II del título II se incorporan una serie de “Herramientas de investigación y judicialización” dirigidas básicamente a hacer más laxos los tiempos de ejecución de los actos de investigación en contra de los miembros de este tipo de organizaciones y a incrementar con creces el término de detención preventiva para los procesados que pertenezcan a las mismas. Resulta igualmente identificable una constante disminución del control judicial en las decisiones que afectan derechos fundamentales; la implementación de medios de investigación mayormente restrictivos de las garantías ciudadanas dentro del proceso penal; y, de una serie de mecanismos para facilitar la producción de condenas por el sistema.

### **3.4.1. La detención preventiva**

Como se anotó antes, la detención preventiva juega un papel preponderante en nuestro sistema penal. Un claro síntoma de ello son las constantes modificaciones legales que ha sufrido su regulación, como los constantes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Requisitos, fines constitucionales, sustituciones, causales de libertad y en general casi todos los aspectos que le son propios han sido objeto de constantes variaciones y, por supuesto, la ley 1908 no podía ser la excepción. El libro 2, título IV de la ley 906 de 2004 denominado “Régimen de libertad y su restricción” ha sido modificado por la ley 1142 de 2007 con bastante profundidad, tal vez como una respuesta a la pérdida de control sobre su imposición por parte de la Fiscalía General de la Nación, en tanto que dicha decisión se radicó, en el actual proceso penal, en los jueces de control de garantías; también fue modificado por la ley 1453 y 1474 de 2011, extendiendo su duración y haciendo más riguroso el régimen de libertades; por ley 1760 de 2015, como respuesta a una orden dada por la Corte Constitucional al Gobierno Nacional a efectos de regular primordialmente su duración; por ley 1786 de 2016 para impedir una excarcelación masiva de detenidos preventivamente; por ley 1826 de 2017, para viabilizar su imposición con criterios de peligrosidad predelictual; la ley 1851 de 2017, reguló el término de presentación del capturado ante la autoridad competente cuando fuere aprehendido durante la interdicción marítima; la ley 1944 que introdujo el abigeato y abigeato agravado entre aquellos delitos frente a los cuales no procede sustitución de detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria.

La ley 1908 introdujo complejas modificaciones a esta figura, extendiendo considerablemente su duración y haciendo casi imposible el vencimiento de términos pues, los procesados cobijados por dicha ley podrán estar privados de la libertad hasta por tres años cuando se trate de miembros de grupos delictivos organizados (GDO) y hasta por cuatro años, para miembros de grupos armados organizados (GAO), momento en el cual dicha medida podría ser sustituida por otra no privativa de la libertad. Así se establece en los artículos 23, 24 y 25, relativos a la duración de las medidas de aseguramiento, los criterios para determinar el peligro para la comunidad o el proceso y las causales de libertad. Frente a estas últimas, resulta importante resaltar que los términos para el

desarrollo de las actuaciones procesales, se extienden considerablemente. Por ejemplo, para un proceso común<sup>57</sup>, según el Art. 317 de la ley 906 de 2004 que regula las causales de libertad para procesados con detención preventiva, el término con el que cuentan las autoridades para presentar el escrito de acusación después de realizada la imputación es de 60 días; para iniciar el juicio, después de presentado el escrito de acusación, es de 120 días; y para celebrar audiencia de lectura de fallo o su equivalente, después de iniciado el juicio oral, será de 150 días. De no desarrollarse en dicho término, el procesado podrá recobrar su libertad. Ahora, con la modificación realizada por el Art. 25 de la ley 1908 de 2018, en los casos de miembros de GAOS y GDOS, dichos términos pasan a ser de 400 días para presentar el escrito de acusación luego de realizada la imputación de cargos; de 500 días para dar inicio a la audiencia de juicio oral después de presentado el escrito de acusación; y de 500 días más para emitir sentido de fallo, una vez iniciada la audiencia de juicio oral. Es decir, pasamos de prever el desarrollo de una actuación judicial en el proceso penal de 330 días en un proceso penal común, a extender dichos plazos a 1.400 días, para procesos penales donde se juzguen presuntos miembros de este tipo de organizaciones criminales.

De lo anterior se advierte una marcada tendencia a minimizar garantías procesales, extender plazos de detención preventiva, facilitar la aplicación de medidas de aseguramiento privativas de la libertad e imponer talanqueras para su recuperación, convirtiendo esta medida en un largo e inhumano tratamiento que acorrala al ciudadano hasta llevarlo a declinar de su derecho fundamental a tener un juicio justo y con todas las garantías que la constitución y la ley le brindan. Todo lo anterior pone en evidencia la gran relevancia que adquiere la medida de aseguramiento dentro del andamiaje del sistema penal, con la cual se procura entonces imprimir eficacia, acorralando a los procesados sometidos a este suplicio para que, “reflexionando” en su encierro, en las infrahumanas condiciones que brinda la cárcel, decidan “voluntariamente” colaborar con la administración de justicia, bien brindando información que permita procesar a otros ciudadanos o

---

<sup>57</sup> Nos referimos a procesos ordinarios, en los que no se aplique el párrafo 1° del Art. 317 de la ley 906 de 2004, que indica: Los términos dispuestos en los numerales 4, 5 y 6 del presente artículo se incrementarán por el mismo término inicial, cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley [1474](#) de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley [599](#) de 2000.

ahorrándole trabajo por la vía de la aceptación de cargos o la celebración de preacuerdos o negociaciones. Así vista, la medida de aseguramiento actual no se aparta más que en sus métodos del tormento judicial aplicado en las fases sumarias de los procedimientos penales desarrollados hasta el siglo XIX en Europa<sup>58</sup>.

### 3.4.2. Disminución del control judicial

Llama la atención en este aparte, la figura establecida en el artículo 20<sup>59</sup>, que adiciona el artículo 429A de la Ley 906 de 2004, denominada “Cooperación interinstitucional en materia de investigación criminal”, por medio de la cual se pretende la realización del fin constitucional de colaboración armónica entre las instituciones públicas consagrado en la Carta Política. Sin embargo, en realidad envuelve una disminución de garantías constitucionales y legales establecidas en los procedimientos investigativos, como quiera que la Fiscalía General de la Nación podrá, a través de un oficio, obtener elementos materiales probatorios que estuvieren en poder de las autoridades administrativas, recaudadas bajo los ritos propios de las actuaciones disciplinarias, fiscales o sancionatorias (que no los penales) y podrá utilizarlos válidamente en las actuaciones penales. En otras palabras, soslayan procedimientos que han sido creados como garantías moduladoras de la actividad investigativa y persecutoria del Estado, límites legales al ejercicio del *ius puniendi* en protección del procesado, tales como la necesidad de acudir ante el juez de control de garantías para obtener su aval (previo o posterior, o ambos) luego de exponerle las necesidades

---

<sup>58</sup> En ellos se habilitaba a la autoridad competente -el verdugo- para que, ante la presencia de indicios de culpabilidad del procesado, fuera sometido a tratos crueles en contra de su humanidad, todo con el fin de purgar su alma y extraer de este la “verdad”. En nuestros tiempos, tan solo nos apartamos de las formas, más no de finalidad pretendida. Apelamos a la asepsia del sufrimiento, no a su proscripción; cfr. García León, Susana, “La aplicación del tormento judicial en la Nueva España”, en Cuadernos de Historia del Derecho, número extraordinario, Madrid, 2010, pp. 129-145.

<sup>59</sup> Art. 20. Adiciónese el artículo 429A de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: Artículo 429A. Cooperación interinstitucional en materia de investigación criminal. Los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, recopilada o producida por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias y con observancia de los procedimientos propios de las actuaciones disciplinarias, fiscales o sancionatorias, podrán ser utilizados e incorporados a las indagaciones o investigaciones penales correspondientes, sin menoscabar los derechos y procedimientos establecidos en la Constitución Política. Los conceptos, informes, experticias y demás medios de conocimiento obtenidos, recolectados o producidos por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias podrán ser ingresados al juicio por quien los suscribe, por cualquiera de los funcionarios que participó en la actuación administrativa correspondiente o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física.

de la indagación, el respaldo probatorio de los motivos fundados para proceder, y el desarrollo de un test de proporcionalidad que genere un balance positivo a su solicitud.

Más aún, esta norma pareciera revivir la figura de la prueba trasladada (prohibida en la actual ley procesal penal) cuando pregona que “los conceptos, informes, experticias y demás medios de conocimiento obtenidos, recolectados o producidos por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias podrán ser ingresados al juicio por quien los suscribe, por cualquiera de los funcionarios que participó en la actuación administrativa correspondiente o *por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física*”. Pues la defensa verá claramente disminuida su posibilidad de refutar el medio de prueba cuando sea ingresado por quien sólo lo recolectó o recibió, pero no participó en su confección. En otras palabras, este investigador podrá dar cuenta de la existencia del elemento, más no de su forma de producción, de su contenido concreto, o de su alcance, minando por tanto el principio de contradicción.

Así mismo, el artículo 21<sup>60</sup> de la Ley 1908 de 2018, que adicionaba el art. 297 de la ley 906 de 2004, establecía que “La persona que sea capturada será puesta a disposición del juez de control de garantías dentro de un término de 36 horas, el cual será interrumpido con la instalación de la audiencia por parte del juez competente en cumplimiento de lo señalado en el artículo 28 de la Constitución Política”, en contravía con lo definido con antelación por la Corte Constitucional en

---

<sup>60</sup> Art. 21. Adiciónense dos nuevos párrafos al artículo 297 de la Ley 906 de 2004, relativo a los requisitos generales para la legalización de captura, los cuales quedarán así:

Parágrafo 2. La persona que sea capturada será puesta a disposición del juez de control de garantías dentro de un término de 36 horas, el cual será interrumpido con la instalación de la audiencia por parte del juez competente en cumplimiento de lo señalado en el artículo 28 de la Constitución Política.

En todo caso para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo se tendrá en cuenta el criterio de plazo razonable, de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia interamericana.

Parágrafo 3. En la audiencia de legalización de captura el fiscal podrá solicitar la legalización de todos los actos de investigación concomitantes con aquella que requieran control de legalidad posterior. Cuando se trate de tres o más capturados o actividades investigativas a legalizar, el inicio de la audiencia interrumpe los términos previstos en la ley para la legalización.

sentencia C-163 de 2008<sup>61</sup>. De ahí que dicha norma fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia de C-137 del 2019<sup>62</sup>, en la que señaló que “las condiciones de aplicación del artículo 28 superior, en lo que se refiere al término de 36 horas, no admite la posibilidad de un cumplimiento gradual. (...) En este contexto, no es admisible la inclusión de una salvedad genérica a una regla de la Constitución. Con mayor razón, si la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en sostener que el sistema jurídico colombiano proscribe toda prolongación indefinida a la libertad, despojada de un control judicial”.

### **3.4.3. Medios invasivos y reducción de garantías en la investigación**

En este acápite, varias son las muestras que encontramos dentro del texto legal analizado. Así se advierte de los artículos 12<sup>63</sup>, 14<sup>64</sup> y 18<sup>65</sup> de la referida ley, que aumentan el término para el

---

<sup>61</sup> Definió la Corte Constitucional en la sentencia C 163 de 2008, con ponencia del M.P. Jame Córdoba Triviño: Declarar Exequible el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 2° de la Ley 906 de 2004, en el entendido que dentro del término de treinta y seis (36) horas posterior a la captura, se debe realizar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de garantías, o en su caso, del juez de conocimiento.

<sup>62</sup> Sentencia C-137-19 de 27 de marzo de 2019, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>63</sup> Art. 12. Adiciónese el artículo 224A a la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: Artículo 224A. Término para la realización de actividades investigativas de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados. Sin perjuicio de lo establecido en las normas que prevean un término mayor, en el caso de las actividades investigativas que requieran control judicial previo, cuando se trate de las investigaciones que se adelanten contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, la orden del fiscal deberá ser diligenciada en un plazo de seis (6) meses, si se trata de la indagación, y de tres (3) meses, cuando esta se expida con posterioridad a la formulación de imputación.

<sup>64</sup> Art. 14. Adiciónese un párrafo al artículo 236 de la Ley 906 de 2004, relativo a la Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, el cual quedará así:

Parágrafo. Cuando se trate de investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, la Policía Judicial dispondrá de un término de seis (6) meses en etapa de indagación y tres (3) meses en etapa de investigación, para que expertos en informática forense identifiquen, sustraigan, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.

<sup>65</sup> Ar. 18. Adiciónese dos párrafos al artículo 244 de la Ley 906 de 2004, relativo a la Búsqueda selectiva en bases de datos, el cual quedará así:

Parágrafo 1. Los términos para la búsqueda selectiva en base de datos en las investigaciones que se adelanten contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados en etapa de indagación serán de seis (6) meses y en investigación de tres (3) meses, prorrogables hasta por un término igual.

Parágrafo 2. En las investigaciones que se sigan contra Organizaciones Criminales, el Juez de Control de Garantías podrá autorizar el levantamiento de la reserva y el acceso a la totalidad de bases de datos en las cuales pueda encontrarse el indiciado o imputado, cuando así se justifique por las circunstancias del caso y el tipo de conducta punible que se investiga. Esta autorización se concederá por un término igual al contemplado en el

desarrollo de actos de investigación, de treinta días en etapa indagación y quince en etapa investigación, a seis y tres meses en una y otra etapa. Así, por ejemplo, para actos como la recuperación de información dejada al navegar por internet, búsqueda selectiva en base de datos, interceptación de llamadas, entre otros. Con lo anterior, por supuesto, los derechos fundamentales a la intimidad de los ciudadanos se ven mayormente restringidos.

Centremos ahora el estudio en la figura del agente encubierto virtual y el producto financiero encubierto en materia de investigación criminal. Establece el artículo 16<sup>66</sup> de la ley 1908 de 2018 que, para efectos de la figura de agente encubierto “también podrá disponerse que los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados puedan actuar como tal”. Así mismo establece que esta técnica de investigación “podrá utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos cometidos por organizaciones criminales que actúan a través de comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación virtual”, facultando al agente encubierto virtual para “intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos. También obtener imágenes y grabaciones de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el indiciado.” Todo lo anterior, gozando de autorización previa por parte del juez de control de garantías.

---

parágrafo primero, al término del cual, dentro de las treinta y seis horas siguientes al último acto de investigación se debe acudir nuevamente ante el juez de control de garantías, con el fin de solicitar sea impartida legalidad a la totalidad del procedimiento.

<sup>66</sup> Art, 16. Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual. Adiciónese un artículo 242B a la Ley 906 de 2004. Artículo 242B. Operaciones encubiertas en medios de comunicación virtual. La técnica especial de investigación de agente encubierto contemplada en el artículo 242 podrá utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos cometidos por organizaciones criminales que actúan a través de comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación virtual.

El agente encubierto podrá intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos. También obtener imágenes y grabaciones de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre la gente y el indiciado.

Parágrafo. En todo caso, tratándose de este tipo de operaciones encubiertas, se deberá contar con una autorización previa por parte del Juez de Control de Garantías para interferir en las comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, muchas son las situaciones que dicha figura puede generar, por ejemplo, el hecho de intercambiar o enviar archivos ilícitos puede generar su propagación sin límites en la red. Tratándose de archivos videográficos o fotográficos, no podrá contenerse o al menos controlarse el rango de divulgación de los mismos. E inclusive, ese mismo hecho podrá generar una sanción penal para quien los reciba, si se tratara, verbigracia, de pornografía infantil<sup>67</sup>, lo que claramente convertiría al agente encubierto (quien además podrá ser un mismo miembro de la organización criminal) en un agente provocador, con todos los problemas que esta última figura acarrea<sup>68</sup>.

Por su parte, el artículo 22<sup>69</sup> pregonar la reserva de la actuación penal, la cual genera una disminución de garantías procesales en la medida que a los ciudadanos se les impediría conocer en detalle las actuaciones penales que se desarrollan en su contra. Dicha norma, incorporada a través de la ley 1908 de 2018 se dirige a regular solo las investigaciones contra grupos armados organizados (GAO) y grupos de delincuencia organizada (GDO) y, aunque tenía la potencialidad de permear todas las actuaciones judiciales, la Corte Constitucional en sentencia C 559 del 20 de noviembre de 2019, con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo, indicó que dicha limitación del principio de publicidad solo se justifica en razón de la capacidad lesiva de los GAO y los GDO, condicionando su constitucionalidad “a que solo resulta aplicable en los casos en que se tenga noticia de un acto delictivo cometido por los distintos grupos a los que se refiere la ley 1908”; no obstante, dada la ya analizada amplitud del concepto de GDO, dicha restricción de garantías podría extenderse a un buen número de figuras delictivas en la actualidad.

---

<sup>67</sup> Artículo. Pornografía con personas menores de 18 años. “El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

<sup>68</sup> Se entiende por agente provocador a aquel agente (estatal o particular) que se inserta en la cotidianidad de determinada persona o contexto, con el fin estimular en él la iniciación de una acción delictiva determinada, bien porque le facilite los medios, o porque le seduzca a través de una propuesta tentadora. Sobre el tratamiento jurídico penal de esta figura y su discutible legitimidad, cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Consideraciones acerca del 'agent provocateur', en Derecho Penal y Criminología, No. 22, Bogotá, 1984.

<sup>69</sup> Art. 22. Adiciónese el artículo 212B a la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: Artículo 212B. Reserva de la actuación penal. La indagación será reservada. En todo caso, la Fiscalía podrá revelar información sobre la actuación por motivos de interés general.

Así mismo se debe hacer mención a la presunción del origen ilícito de los bienes de una organización delictiva (GAO – GDO) que se incorpora en el art. 30<sup>70</sup> de la ley 1908 de 2018, con la cual se procura liberar a la Fiscalía General de la Nación de la carga de probar el origen de bienes de las personas vinculadas a estas investigaciones, a quienes, de entrada, se les presumirá la génesis ilícita de los mismos. Colofón de este acápite es la sanción incorporada en el art. 30A<sup>71</sup> para condenados por delitos “complejos”, consistente en restringir sus operaciones mensuales en efectivo cuyos montos superen los diez salarios mínimos mensuales legales vigentes y el deber de manejar sus recursos en una cuenta bancaria única, la cual tiene un término de diez (10) años, contados a partir del momento en que el condenado acceda a la libertad, imponiéndole además la

---

<sup>70</sup> Art. 30. Presunción probatoria sobre el origen ilícito de los bienes de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados. Cuando existan elementos de juicio que indiquen que los bienes que pertenecen a los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados se encuentran estrechamente asociados a su actividad delictiva, se presume su origen o destinación en la actividad ilícita.

En cumplimiento de esta presunción, el fiscal delegado deberá adelantar el trámite correspondiente al comiso o extinción de dominio, de acuerdo con las normas establecidas para el efecto en la Ley 906 de 2004 y la Ley 1708 de 2014 y demás normas que las modifiquen.

<sup>71</sup> Art. 30A. Restricción de cuentas bancarias y de operaciones en efectivo. Cuando se conceda libertad condicional o cualquier otro mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por los delitos de: concierto para delinquir, trata de personas, del tráfico de migrantes, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos y sus delitos fuentes, testaferrato y conexos, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, se impondrá al condenado la restricción de realizar operaciones mensuales en efectivo en montos superiores a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes y el deber de manejar sus recursos en una cuenta bancaria única. Esta limitación incluirá la prohibición de manejar recursos de liquidez a través de otros productos financieros distintos a la cuenta bancaria única.

Esta restricción tendrá una duración de diez (10) años contados a partir del momento en que el condenado acceda a la libertad o cualquier otro mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

Para los efectos de este artículo y como requisito para acceder a la libertad condicional o cualquier otro mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, el condenado deberá informar al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la cuenta y la entidad bancaria en la cual manejará sus recursos, así como el monto de sus bienes y patrimonio. Dicha información deberá ser actualizada anualmente por el condenado a través de medios electrónicos, en una base de datos que será administrada por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), la cual deberá informar a las autoridades investigativas y judiciales competentes sobre el incumplimiento de las disposiciones aquí previstas.

Parágrafo. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) reglamentará el detalle de la información que debe ser reportada y actualizada por el condenado y pondrá en funcionamiento la base de datos a la que se hace referencia en el presente artículo.

Parágrafo 2. La superintendencia financiera de Colombia expedirá la regulación necesaria a efectos de garantizar el acceso al sistema financiero de los condenados y el cumplimiento de lo previsto en este artículo respecto a las entidades bajo su supervisión

obligación de informar cuenta bancaria, entidad y monto de su patrimonio inclusive, a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF). Lo que puede resumirse en una pena que se aplica, una vez el condenado ha recobrado su libertad, presentando serios problemas de idoneidad, ponderación, proporcionalidad, además de cierto contenido infamante<sup>72</sup>, en la medida que expone al pos penado a cargar la etiqueta de la pena por diez años más.

#### **3.4.4. Mecanismos para facilitar la condena**

El tercer título de la ley 1908 de 2018 establece un “procedimiento especial para la sujeción a la justicia de grupos armados organizados”. De todas las normas que regulan dicho procedimiento, frente a las que no haremos mención puntual, podemos advertir, como en otras oportunidades, una marcada tendencia en la política estatal por buscar formas de terminación ahora grupal y menos engorrosa de sus causas penales, lo que no resulta ilegítimo *per se*. Sin embargo, los mecanismos elegidos sí pueden resultar cuestionables.

En este novedoso procedimiento especial, se echan por tierra varias garantías procesales recogidas en nuestra Constitución Política. Tiene como base soterrada, el reconocimiento de la incapacidad del Estado para desarrollar investigaciones que logren la judicialización de este tipo de estructuras delictivas y, ante la evidente incapacidad investigativa del Estado, traslada la carga de aportar las pruebas de su culpabilidad a la organización y sus miembros a través del acta de sujeción individual

---

<sup>72</sup> Cañizares-Navarro, Juan, “Las penas infamantes en las postrimerías del antiguo régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal”, en Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, No. 17(1), p. 108: “La doctrina coincidió en definir la categoría de las penas infamantes como aquellos castigos impuestos y ejecutados por un órgano jurisdiccional que iban destinados exclusiva o al menos principalmente a menoscabar el honor de los condenados. Por tanto, la doctrina mostró una opinión unánime sobre esa finalidad de las penas infamantes —disminuir exclusiva o principalmente el honor del condenado—. (...) El nombre de «penas infamantes» fue acuñado y explicado por la doctrina coetánea. Con el fin de explicar el origen y la finalidad de todas las penas existentes en Francia, estos juristas crearon categorías de penas en atención a la finalidad única o principal perseguida con su imposición y ejecución, y cada categoría de pena recibió un nombre. Como la doctrina observó que había un conjunto de penas cuyo denominador común era que su imposición y ejecución pretendía lesionar única o fundamentalmente el honor de los condenados, aquellos juristas buscaron un adjetivo para calificar ese grupo de castigos. El nombre proporcionado a esas penas fue el de «penas infamantes» y el adjetivo «infamante» procede del término «infamia». La infamia era una institución jurídica recogida en el Derecho romano, y la infamia romana siempre fue una consecuencia jurídica cuyos efectos menoscababan el honor de los condenados”.

que “será considerada evidencia suficiente de la comisión de las conductas en ella contenidas y la manifestación de aceptación será suficiente para perfeccionar el allanamiento a cargos”<sup>73</sup>. En esas condiciones deberán adherir al procedimiento, pues se tratan de requisitos insalvables que, de no concurrir, darían al traste con la solicitud. Incorpora un deber imperativo de reconocer los delitos “cometidos en razón y con ocasión a la pertenencia al grupo armado organizado, en desarrollo del objetivo ilícito perseguido por el grupo o que sirvan para facilitarlos”<sup>74</sup>.

Así se demuestra el claro objetivo de maximizar y consolidar un esquema penal eficientista a costa del sacrificio de los derechos ciudadanos, dando prioridad a números que impacten positivamente las cifras del sistema. Las personas que decidieran someterse a este abreviadísimo procedimiento debían declararse miembros de la organización, suscribiendo por anticipado un acta en la que reconocieran, tanto su participación en el grupo, como sus delitos individual y colectivamente considerados, con la que el fiscal, amén de su facultad de investigar otros ilícitos, construiría un escrito de acusación grupal, para que el juez no tenga opción distinta de emitir una condena masiva en contra de estos ciudadanos, sin la necesidad de agotar ninguna otra actuación judicial, salvo “verificar la sujeción” y emitir una condena -sin proceso-.

En resumen, esta ley pone en evidencia lo que ya intuían varios doctrinantes acerca de la creación de *“un modelo diferenciado de derecho penal. Por un lado, el sistema clásico de derecho penal y por otro, el excepcional de lucha contra la criminalidad organizada, caracterizado fundamentalmente por la restricción de algunos principios y garantías, así como por la flexibilización de algunas de las reglas de imputación de la responsabilidad penal, todo en aras de facilitar la prevención y represión de los delitos”*<sup>75</sup>. Materializa planteamientos como los de Jakobs con su derecho penal de enemigo<sup>76</sup>, dispensando un trato diferenciado a aquel que amenaza la seguridad social; anticipa barreras de protección del derecho penal a favor de “los ciudadanos”, socavando garantías constitucionales de todos. O los planteamientos de Silva Sánchez en relación

---

<sup>73</sup> Parágrafo 2. art. 39. Ley 1908 de 2018.

<sup>74</sup> Art. 38. Ley 1908 de 2018.

<sup>75</sup> Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada...”, cit., p. 122.

<sup>76</sup> Jakobs, Günther, “Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en: Derecho Penal del enemigo, Madrid, Civitas, 2006.

con la tercera velocidad del derecho penal, usado entre otros, para luchar contra la “criminalidad organizada” *“que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado”*<sup>77</sup>.

#### **4. Reflexiones finales**

De lo antes dicho se pueden extraer algunas conclusiones sobre el devenir del sistema penal colombiano, que podrían condensarse en las siguientes ideas:

##### **4.1. De las promesas incumplidas a la percepción de ineficacia del sistema penal**

Nuestro sistema penal se sumerge en una constante percepción de ineficacia producto de un círculo vicioso creado por el propio Estado, que descarga gran parte de la gestión de los conflictos sociales en su aparato represivo. Esta sobrecarga se puede atribuir a la juridificación de la cotidianidad social, a través de la constante creación de nuevos tipos penales y al endurecimiento punitivo de los ya existentes, lo que genera una gran demanda de intervención en materia penal, producto de las expectativas que se le generan al ciudadano, quien prontamente se ve defraudado por la falta de gestión de su conflicto.

##### **4.2. Un falso fortalecimiento. Una verdadera restricción de garantías**

Con miras a paliar esta situación, se recurre con constancia por parte del Estado a estrategias que, en principio se muestran menos costosas en términos presupuestales, pero que sí bastante onerosas en términos de libertades y garantías para todos sus ciudadanos. No se invierte en el fortalecimiento del recurso humano y de infraestructura del sistema penal, pero se implementan medidas que procuran efectivizar la actividad investigativa y de juzgamiento, socavando garantías como el

---

<sup>77</sup> Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del derecho penal..., cit., p. 163 y 164. Si bien en los planteamientos de este autor se trata de un derecho penal que debe ser “deseablemente reducido a la mínima expresión” y utilizado en “ámbitos excepcionales y por tiempo limitado” y no, como se plantea en la ley que se analiza, con vocación de permanencia y con deficientes criterios de diferenciación para poder establecer, por ejemplo, quién es el “enemigo”.

control judicial, abreviando los procedimientos judiciales para afectar derechos de los procesados y emitir sentencias condenatorias. Es decir, la eficacia del sistema no se pretende alcanzar fortaleciendo con determinación las instituciones de prosecución penal. Por el contrario, el único sacrificio en este asunto, lo sufren los ciudadanos que ven restringidos o menoscabados sus derechos fundamentales.

### **4.3. Transformación del concepto “justicia”**

Esta serie de estrategias implementadas por el Estado colombiano, van generando una transformación del concepto de justicia en el medio social, la cual tiende a ser identificada con la imposición de la pena (aún más: de la pena privativa de la libertad). Así, los tradicionales fines de la pena se desvanecen, para dar paso a criterios eficientistas que “aceiten la maquinaria”<sup>78</sup> de restricción de la libertad en la que se convierte el sistema penal, en franco desmedro de las libertades y garantías de todos los ciudadanos. La medida de aseguramiento privativa de la libertad adquiere un papel fundamental en la sistemática penal colombiana, ya no por su relevancia en términos de protección de fines constitucionales, sino por sus “propiedades eficientistas”, pues sirve para vender una falsa idea de cumplimiento de los objetivos del sistema penal y, a su vez, para facilitar la producción de condenas por vía de preacuerdos y allanamientos a cargos, es decir, como una forma de lograr condenas sin las dificultades propias de un proceso penal<sup>79</sup>.

### **4.4. Un modelo de “excepción” como modelo general de lucha contra la criminalidad**

Dentro de estas respuestas que pueden descubrirse en nuestra producción legislativa, puede establecerse un constante interés del Estado por relegar ciertas “causas menores” que copan la actividad de los funcionarios judiciales, para entregar su gestión a particulares o diferentes autoridades. De esta manera logra dar la apariencia de otorgar prioridad al control de la criminalidad grave (léase: “criminalidad organizada”). Implementa para su atención, herramientas invasivas de

---

<sup>78</sup> Cfr. Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Las recientes reformas penales en Colombia...”, cit., p. 43.

<sup>79</sup> En este sentido, Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Las recientes reformas penales en Colombia...”, cit., pp. 40-43.

investigación, disminuyendo el control judicial, flexibilizando reglas de imputación de responsabilidad penal, etc. Sin embargo, pronto dichos instrumentos migran para la atención de toda la criminalidad, de forma indiscriminada, restringiendo las libertades y garantías constitucionales de todos los ciudadanos.

#### **4.5. Profundización del modelo eficientista del sistema penal**

Todo lo anterior consolida un sistema penal de corte eficientista que se preocupa más en sus cifras de “lucha contra la criminalidad” que en la solución concreta de las problemáticas sociales que pretende intervenir, lo que agudiza la crisis de legitimidad del sistema penal, que se muestra medianamente eficaz frente a las causas menores, pero ineficaz frente a criminalidades complejas. En últimas, se trata de un modelo de gestión que Brandariz denomina *gerencialismo*<sup>80</sup>, por cuanto en el fondo se trata fundamentalmente de acomodar los objetivos del sistema penal a aquello que efectivamente hace, lo cual facilita entonces la evaluación positiva de su funcionamiento. La construcción de una sociedad justa, con respeto de los ciudadanos hacia sus instituciones se dificulta por las condiciones sociales actuales de necesidades básicas insatisfechas, violencia y criminalidad que exacerbaban un sentimiento de desilusión de los ciudadanos frente al sistema penal, que pasa de ser un sistema de regulación y limitación del ejercicio de la facultad punitiva del Estado, a restringir dramáticamente sus derechos y libertades, generando con ello una deslegitimación de sus medios y sus fines.

#### **4.6. Implementación de una negativa política criminal**

Todo lo anterior ha forjado dentro de nuestras políticas públicas, un indebido tratamiento a los fenómenos de criminalidad que se vienen gestionando a través de una política criminal incoherente, reactiva, inestable, inconsistente, volátil, con una marcada tendencia al endurecimiento punitivo,

---

<sup>80</sup> Cfr. Brandariz, José Ángel, El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 119-120 y, en general, pp. 107-135; sobre el impacto del gerencialismo en la justicia penal latinoamericana, véase a González Guarda, Claudio, “Hacia un modelo organizacional del sistema de justicia criminal en Latinoamérica. La influencia del management y del gerencialismo en esta reconfiguración”, en Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal, No. 11, 2016, págs. 135-170.

irrespetuosa de los derechos fundamentales, que ha venido mostrando un abandono por el fin resocializador de la pena y del derecho penal<sup>81</sup>. Lo que ha sido reconocido por la Corte Constitucional a través de distintos fallos de tutela<sup>82</sup> y, no obstante se han dictado una serie de órdenes con el fin de mitigar esta problemática, a la fecha, lejos de tener mejoras al respecto, el panorama tiende a agudizarse.

## **5. Propuestas**

Este panorama genera varios retos para todos los que se involucran en la estructuración de las políticas de tratamiento de la criminalidad, desde académicos, políticos, legisladores, medios de comunicación y la comunidad en general. Se debe abordar en serio y desde una perspectiva mucho más ponderada, las reflexiones que, frente a esta temática, resultan necesarias realizar. La superación del estado actual del sistema penal colombiano, amerita proponer una serie de medidas, e insistir en otras que han sido pensadas, por lo que consideramos oportuno aventurarnos a ponerlas nuevamente sobre la mesa:

### **5.1. Restringir la facultad de promoción de leyes penales a mínimos actores**

Según la Corte Constitucional, *“La política criminal actual es incoherente e impacta negativamente en las posibilidades de coordinación armónica de las instancias estatales involucradas. Se evaluó la precariedad de los diseños institucionales que, por ejemplo, permiten a múltiples organismos tener iniciativa en la formulación de política criminal, sin la más mínima instancia de coordinación”*<sup>83</sup>. Como quiera que es a través de la leyes –y en especial con las penales- que se regulan las libertades de los ciudadanos, se impactan –positiva o negativamente- sus garantías constitucionales, y es a la vez, por esta vía, que se ejecuta en gran medida –sin ser la única, por supuesto, pero sí la más aflictiva- la política criminal del Estado, se hace imperioso, hoy, limitar la posibilidad de promover proyectos de ley que impacten dicha política a unos mínimos y

---

<sup>81</sup> Comisión Asesora de Política Criminal, Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho y otros, 2012, pp. 40-42.

<sup>82</sup> Al respecto, tutela T 153 de 1998, T 388 de 2013 y muy especialmente, T 762 de 2015.

<sup>83</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 762 de 2015.

legítimos actores<sup>84</sup>, en los que recaiga su diseño y estructuración. Estos actores se deberían limitar a los mínimos que garanticen su coherencia y estabilidad, tales como el Gobierno Nacional a través de su cartera de Justicia y del Derecho, y a los miembros de Senado y Cámara de Representantes que, por antonomasia tienen asignada esta competencia. Con ello, estos limitados actores podrán velar por la consistencia y la armonía de los proyectos de ley dirigidos a materializar esta política pública, así como permitirá asignar labores institucionales distintas frente al proceso de construcción y ejecución de la política criminal.

Esta no es, ni mucho menos, una novísima alternativa. Diferentes estudios han apuntado ya en esta dirección<sup>85</sup> y de hecho en el informe realizado por la Comisión Asesora de Política Criminal<sup>86</sup>, analizado por la Corte Constitucional en las sentencias T 388 de 2013 y T 762 de 2015, se abordó esta temática como un factor institucional que “facilita la concurrencia de propuestas de leyes dispares, incoherentes e incluso contradictorias. En este sentido, se reivindica la necesidad de crear una institución que sea articuladora de la política criminal, desde el proceso mismo de su diseño”<sup>87</sup>. Sin embargo, la pretendida armonización de esfuerzos y perspectivas de los diferentes actores en la estructuración de la política criminal del Estado a través de una institución -como el Consejo Superior de Política Criminal- es, básicamente, una utopía, en la medida que debería mediar en las facultades de las tres ramas del poder público, y, en muchas ocasiones, por supuesto, contrariar sus expectativas; lo que, aunado a las pocas facultades con las que cuenta hace inane su actividad, como hasta ahora ha ocurrido. No obstante, es necesario que las facultades y tareas de cara a la gestión de esta política pública estén claramente delimitadas entre cada una de las ramas del poder público. Así, es probable que exista una mayor estabilidad y coherencia de la política criminal.

---

<sup>84</sup> De acuerdo con los Arts. 150, 155, 156 y 251 numeral 6, de la Constitución Política, pueden presentar proyectos de ley el gobierno nacional, los congresistas (senado y cámara), La Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, en materias relacionadas con sus funciones y el Fiscal General de la Nación, quien participará en el diseño de la política del Estado en materia criminal y podrá presentar proyectos de ley al respecto. Como también “Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país.”

<sup>85</sup> Entre otros, Sotomayor Acosta, Juan Oberto. “Las recientes reformas penales en Colombia...”, cit., p. 60.

<sup>86</sup> Comisión Asesora de Política Criminal, Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal..., cit., pp. 26 y ss.

<sup>87</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 762 de 2015, p. 92.

## 5.2. Ampliación de garantías de protección social en la creación de la ley penal

Ahora bien, como quiera que frente a estos dos actores -Gobierno Nacional y Congreso de la República- también pueden plantearse considerables discrepancias, inconsistencias o conflictos frente al diseño y estructuración de esta política pública, sería propicio insistir en que este tipo de leyes, que delimitan y restringen las libertades ciudadanas, deban tener un trámite especial, que le imprima mayores reflexiones a este tipo de medidas, así como controles adecuados por parte de la Corte Constitucional, como lo tendría -todo ello- si se estableciera el trámite de ley estatutaria para la expedición de leyes penales sustantivas. Es sabido que en distintas oportunidades la Corte Constitucional ha negado esta posibilidad. No obstante, creemos que ante los retos actuales del sistema penal, esta puerta no debe cerrarse por completo. Por el contrario, no son pocas las voces calificadas que abogan por esta herramienta de control al poder legislativo en materia penal<sup>88</sup>.

Lo anterior no es un tema de menor calado, pues podría minimizar la reactividad y la inestabilidad de nuestra política criminal, en tanto que la leyes penales merecerán mayor debate y discusión a través del trámite especial de una ley estatutaria. Con lo que podremos obtener que la argumentación para desarrollar el debate legislativo se enriquezca, se haga más especializada y parta de un análisis profundo de la realidad social empíricamente acreditada. Así mismo, puede resultar exigible que las reflexiones y argumentos que sustenten las modificaciones legislativas en

---

<sup>88</sup> Sentencia T 762 de 2015. Al respecto, el mencionado informe desarrollado por la Comisión Asesora de Política Criminal, manifestó que: “En segundo lugar, como factor institucional, la Comisión manifiesta que en la medida en que la Corte Constitucional ha entendido que las leyes penales son y pueden ser ordinarias, y no estatutarias, a pesar de que comprometen directamente el derecho fundamental a la libertad, la política criminal se torna incoherente. Según la Comisión, lo anterior constituye una falla institucional que promueve la volatilidad y discordancia de la política criminal en tanto permite la expedición de normas que, siendo consideradas a la luz de la contingencia en su más particular acepción, no tienen la vocación de integrar un sistema articulado y coherente de delitos y penas, que muchas veces trastocan.

Así mismo, la Comisión Asesora considera que dar reserva de ley estatutaria a las leyes penales fortalecería institucionalmente a la política criminal desde dos frentes: por un lado, el control previo de la Corte Constitucional podría limitar la incoherencia y la desproporción al interior del sistema penal. Y de otro lado, las exigencias del trámite de una ley estatutaria en el Congreso favorecerían que la legislación penal fuera más estable y se expidiera con un nivel mayor de consenso social y político”. En este mismo sentido, ya antes, Velásquez, Fernando, Manual de derecho penal, parte general, 3ª edición, Medellín, Comlibros, 2007, p. 55; y Sotomayor Acosta, Juan Oberto, Sotomayor Acosta, Juan Oberto. “Las recientes reformas penales en Colombia...”, cit., pp. 59-60.

materia penal, gocen de un estándar más elevado de ejercicios analíticos por parte del legislador e involucren, además, unas bases mínimas que alienten el debate, entre ellas, por supuesto, una base empírica que permita contrastar las medidas propuestas con la realidad que pretende intervenir, y, de otro lado, una serie de herramientas que nos permitan analizar ex ante y ex post, la conveniencia de las medidas adoptadas.

### **5.3. Establecer la obligatoriedad de aplicar un estándar mínimo de constitucionalidad en el trámite de las leyes penales. (T 762/15)**

Una propuesta final y complementaria a las anteriores, está enfocada a dar cumplimiento efectivo a decisiones que se han emitido por la Corte Constitucional, particularmente en la sentencia T 762 de 2015, dirigida a establecer un estándar de constitucionalidad mínimo en el diseño de la política criminal del Estado y, por supuesto, de las leyes penales, procurando con ello un respeto irrestricto por los derechos humanos y una mayor legitimación del derecho penal.

Dicho estándar se orienta a la racionalización de una política pública que genera mucha aflicción en los ciudadanos y, por tanto, debe ser abordada con especial observancia de los parámetros mínimos constitucionales para considerar dicha intervención estatal como legítima. Dentro de este derrotero se establece por parte de la Corte Constitucional que “*(L)a política criminal debe tener un carácter preventivo -uso del derecho penal como última ratio*”, y resalta en este aparte que “*la prevención y la lucha contra la criminalidad no pueden basarse exclusivamente en el derecho penal*”; además, “*La política criminal debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada*” y “*debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados*”, por lo que las penas deben tener la finalidad intrínseca de resocialización, además de la prevención general positiva; por ello, además, deben ser proporcionales a la afectación del daño o la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico tutelado por la norma penal, sin más consideraciones utilitarias o instrumentales como la viabilización de la imposición de detenciones preventivas, en tanto que “*Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales.*” Así, “*La política criminal debe ser coherente*” y “*debe estar sustentada en*

*elementos empíricos*” por lo que es imperativo contar con unos datos “confiables articulados, que permitan la evaluación y la retroalimentación de las medidas adoptadas” para validar *ex post* si la misma fue adecuada e idónea para intervenir en la problemática social que pretende gobernar. Así, dicha política criminal “*debe ser sostenible*” y garante de “*los derechos humanos de los presos*”<sup>89</sup>.

Bajo tal perspectiva, consideramos que el cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte Constitucional en sentencia T 762 de 2015 es un paso absolutamente necesario para la racionalización del uso de la ley penal, y en tal dirección, deben ser adoptadas de manera irrestricta por los intervinientes en el diseño de la política criminal del Estado. Y, para garantizar el cumplimiento de estas órdenes, deben ser tenidas en cuenta por la misma Corte al momento de analizar la constitucionalidad de las leyes penales, cuando sean sometidas a su estudio en virtud de acciones de declaratorias de inexequibilidad, al menos, mientras se procura su trámite especial por vía de ley estatutaria, y ya, en ese anhelado escenario, incluir el cumplimiento de ese estándar mínimo, dentro del estudio previo de constitucionalidad de la ley penal.

En la referida sentencia, la Corte Constitucional tomó varias determinaciones; sin embargo, dentro de las decisiones más relevantes para la propuesta planteada en este acápite, está la orden al Congreso de la República, al Gobierno Nacional a través de su cartera de Justicia y de Derecho y a la Fiscalía General de la Nación, para que en ejercicio de sus competencias y respetando sus funciones legales, den aplicación al “*estándar constitucional mínimo de una política criminal respetuosa de los derechos humanos*” (...), “cuando se propongan, inicien o tramiten proyectos de ley o actos legislativos que incidan en la formulación y diseño de la Política Criminal, en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal y/o en el funcionamiento del Sistema Penitenciario y Carcelario”; así como la orden al Congreso de la República de dar “aplicación a lo dispuesto en los artículos 3º, numeral 6º, y 18 del Decreto 2055 de 2014, en el sentido de contar con el *concepto previo del Comité Técnico Científico del Consejo Superior de Política Criminal*, para iniciar el trámite de proyectos de ley o actos legislativos que incidan en la política criminal y en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal.” Pero contar con dicho concepto no de manera

---

<sup>89</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 762 de 2015 (énfasis textuales).

formal, sino, efectivamente ser tenido en consideración, para alimentar las discusiones y el debate en el trámite de las leyes penales; por otro lado, insta al Presidente de la República a objetar los proyectos de ley o actos legislativos que no superen el mencionado estándar de constitucionalidad mínimo.

Creemos que la aplicación de las propuestas aquí planteadas, como la utilización seria y consciente de este estándar de constitucionalidad mínimo, lograría mitigar en buena medida la problemática actual de nuestro sistema penal, haciendo de este una herramienta para la convivencia pacífica de los ciudadanos en sociedad, garantizando con ello el máximo respeto por los derechos de todos y, especialmente, para los que padecen el ejercicio del *ius puniendi*, mitigando con ello la implantación de un sistema penal efficientista que tienda a restringir libertades, minimizar garantías y crear modelos diferenciales de derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico, para dar paso a la utilización de un derecho penal mínimo, respetuoso de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, sobre todo, de la dignidad humana, lo que redundaría en su beneficio, haciéndolo, por supuesto, legítimo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Arcila Castro, Álvaro Alejandro, “Ley 1908 de 9 de julio de 2018. ‘Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones’”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 91, 2018.

Brandariz, José Ángel, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2014.

Cañizares-Navarro, Juan, “Las penas infamantes en las postrimerías del antiguo régimen francés: tratamiento normativo y doctrinal”, *Foro*, Nueva época, vol. 17, núm. 1, 2014.

Comisión Asesora de Política Criminal, *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho y otros, 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, Doc. 46/13. 30 diciembre 2013.

Consejo Superior de la Judicatura, “Boletín Estadístico: sistema penal acusatorio en Colombia - 11 años”. #1. Año 2017.  
[https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016\\_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14670509/2016_1+BOLET%C3%8DN+SISTEMA+PENAL+ACUSATORIO.pdf/90ce5b45-3aa4-497a-a95c-4b57307e6b01)

Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). “Balance diez años del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia” 2004 – 2014

Díaz y García-Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2011.

García León, Susana, “La aplicación del tormento judicial en la Nueva España”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, número extraordinario, Madrid, 2010.

González Guarda, Claudio, “Hacia un modelo organizacional del sistema de justicia criminal en Latinoamérica. La influencia del *management* y del gerencialismo en esta reconfiguración”, en *Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal*, No. 11, 2016.

Jakobs, Günther, “Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2006.

Larrauri, Elena, “Populismo punitivo...y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, No. 55, Madrid, 2006.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Civitas. 2001.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “El deterioro de la función de garantía del derecho penal actual”, en Velásquez Velásquez, F. [et al.], *Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes, 2013.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en *Estudios Criminais*, No. 31, 2008.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto, “Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano”, en *Estudios Criminais*, No. 34, 2009.

Sotomayor Mogollón, María José, “Ley 1761 de 6 de julio de 2015 por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 86, 2016

Tamayo Arboleda, Fernando, “La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano”, en *Revista Criminalidad*, No. 58 (3), 2016.

Terradillos, Juan, “El derecho penal de la globalización: luces y sombras”, en Capella Hernández, J. R. (Coordinador), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Uribe Barrera, Juan Pablo, “¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?”, en *Nuevo Foro Penal*, No 78, 2013.

Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal, parte general*, 3ª edición, Medellín, Comlibros, 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Consideraciones acerca del 'agent provocateur', en *Derecho Penal y Criminología*, No. 22, Bogotá, 1984.

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional, sentencia T 153 del 28 de abril de 1998. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C814 del 30 de agosto 2004. Magistrados Ponentes Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional, sentencia C 1154 de 15 de noviembre de 2005. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C 454 del 07 de junio de 2006. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C 209 del 21 de marzo de 2007. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C-336-07 de 9 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia C 879 del 10 de septiembre de 2008. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C-131-09 de 24 de febrero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, sentencia C-334-10 de 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, sentencia T 388 del 28 de junio de 2013. Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia C 390 del 26 de junio de 2014. Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, sentencia T 762 del 16 de diciembre de 2015. Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, sentencia C-156-16 de 6 de abril de 2016, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia C 137 19 de 27 de marzo de 2019, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional, en sentencia C 559 del 20 de noviembre de 2019, con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo