

**LA INCIDENCIA DEL POPULISMO PUNITIVO DENTRO DEL PROCESO PENAL 1
COLOMBIANO.**

**THE INCIDENCE OF PUNITIVE POPULISM WITHIN THE COLOMBIAN CRIMINAL
PROCESS.**



Autor:

Sara Porras Ramírez

Facultad de derecho y ciencias políticas

Carrera de derecho

Medellín-Antioquia

2020

**LA INCIDENCIA DEL POPULISMO PUNITIVO DENTRO DEL PROCESO PENAL 2
COLOMBIANO.**

**THE INCIDENCE OF PUNITIVE POPULISM WITHIN THE COLOMBIAN CRIMINAL
PROCESS.**

AUTOR:

Sara Porras Ramírez

Presentado para optar al título de: Abogada

ASESOR:

Miguel Díez Rugeles.

Abogado especialista en derecho penal y procesal penal y Magister.

Director del Semillero de Sistema y Control Penal

Semillero sistema y control penal.

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

Facultad de derecho y ciencias políticas

Carrera de Derecho

Medellín-Antioquia

2020

CONTENIDO

CONTENIDO	3
RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN	6
1. CÓMO FUNCIONA EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA	8
1.2. LA AFECTACIÓN DEL POPULISMO PUNITIVO A LAS GARANTÍAS PROCESALES....	11
1.3. LA FUNCIÓN DEL JUEZ DENTRO DEL PROCESO PENAL	15
2. LA IMPORTANCIA DEL PAPEL QUE JUEGA EL EQUILIBRIO Y LA IGUALDAD DENTRO DEL PROCESO PENAL.....	17
3. UN PROCESO PENAL HUMANO: CÓMO HUMANIZAR EL PROCESO PENAL	19
4. ¿QUIÉN ES VÍCTIMA DENTRO DEL PROCESO PENAL?	22
5. DERECHO PENAL LIBERAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	23
5.1. TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO COMO UNA DERIVCIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.	24
6. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO PENAL.....	25
6.1. ¿QUÉ PASA CUANDO EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN SE USA INDEBIDAMENTE EN MATERIA PENAL?.....	27
7. POPULISMO PUNITIVO.....	29
7.1. LA CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA Y SU RELACIÓN CON EL POPULISMO PUNITIVO ..	31
7.2. ¿CÓMO SE REFLEJA EL POPULISMO PUNITIVO EN COLOMBIA?.....	32
8. LAS SEGUNDAS OPORTUNIDADES COMO FORMA DE DISMINUIR EL IMPACTO NEGATIVO DEL POPULISMO PUNITIVO	33
CONCLUSIONES	35
RECOMENDACIONES.....	38

De acuerdo al método de estudio analítico-cualitativo que se usó a la hora de elaborar la investigación se pudo determinar que en la actualidad y dentro del proceso de socialización y evolución del hombre, los medios de comunicación y las redes sociales se han convertido en un factor fundamental y esencial dentro de la estructura social, generando una dependencia. Esto ha afectado a las entidades e instituciones que nacieron para regular y limitar el desarrollo social el cual permite una buena convivencia. Una de las instituciones afectadas ha sido el sistema penal, que se encarga de limitar el actuar de las personas y que permite diferenciar lo lícito de lo ilícito.

El proceso penal ha tenido varios intentos por ser un proceso humano, lo cual dejó de ser opcional y está pidiendo desesperadamente ser obligatorio y necesario, ya que las personas, al no querer ir más allá de sus conocimientos, al no querer ampliarlos entran en un círculo vicioso de desconocimiento que es fomentado por la desinformación y por la mala manera en la que el medio de comunicación la distribuye, generando así concepciones erróneas de verdad y justicia, conceptos que se consideran derechos y garantías fundamentales de las víctimas dentro del proceso penal. La consecuencia generada es parcializar al sistema, a favor de la víctima, para que dicten condenas ilógicas o innecesarias con la finalidad de calmar la sed social de venganza, lo que se traduce en condenas excesivas que van en contra de la finalidad de la pena desde el punto de vista de la teoría de la teoría retributiva de la pena.

Palabras Clave: Populismo punitivo, medios de comunicación, penas, justicia, control social, imparcialidad, independencia judicial, parcialidad.

According to the analytical-qualitative study method that was used when preparing the research, it was possible to determine that at present and within the process of socialization and evolution of man, the media and social networks have become a fundamental and essential factor within the social structure, generating dependency. This has affected the entities and institutions that were born to regulate and limit social development which allows a good coexistence. One of the institutions affected has been the penal system, which is in charge of limiting the actions of people that allows differentiating the lawful from the illicit.

The criminal process has had several attempts to be a human process, which is no longer optional and is desperately asking to be mandatory and necessary, since people, by not wanting to go beyond their knowledge, by not wanting to expand it, enter a vicious circle of ignorance that is fostered by misinformation and the poor way in which the media distributes it, thus generating erroneous conceptions of truth and justice, concepts that are considered fundamental rights and guarantees of victims within the criminal process. The consequence generated is to bias the system, in favor of the victim so that they dictate illogical or unnecessary sentences in order to quench the social thirst for revenge, they are excessive sentences that go against the purpose of the penalty from the point of view of the theory of the retributive theory of punishment.

Keywords: Punitive populism, penalties, the media, , social control, impartiality, judicial independence, partiality.

La evolución del humanismo se puede percibir desde un punto de vista en el cual es el ser humano le otorga sentido a las instituciones, buscando un reconocimiento y cumplimiento del respeto hacia sus derechos los cuales fundamentan la vida y la realidad social. Este precepto debe ser tenido en cuenta dentro del curso del proceso penal, ya que este debe tener un componente humano.

En el proceso penal se parte de la afirmación de que el ser humano al relacionarse con sus semejantes tiene implícito un proceso de socialización. Dentro de todo el proceso de socialización y de adaptación social, el hombre busca convivir con la política y la religión. Este es un conjunto que permite a los seres humanos ser plurales y tener diversas visiones de la realidad que los rodea. Derivado de sus relaciones, el individuo que convive en una sociedad tiende a generar sentimientos que, en su mayoría, se relacionan con el amor y el odio. De acá puede surgir un ser bondadoso y cooperativo, o un ser competitivo y egoísta; es por ello que, para evitar la consecuencia negativa, es necesario que dicho individuo se relacione en un ambiente de igualdad, a pesar de las diferencias que se generan con la diversidad. Un ejemplo de la puesta en practica del “ambiente de igualdad” se da dentro del ámbito jurídico, más concretamente, para efectos de este trabajo investigativo, en el ámbito del derecho penal sustancial y procesal. Este campo permite la existencia de sistemas e instituciones dentro de la legislación colombiana, los cuales regulan y desarrollan el proceso de socialización.

Parte del mal manejo de los medios de comunicación se relaciona con la información que poseen, como por ejemplo revelar información que se supone debe ser privada. Con esto, se genera en la sociedad un señalamiento o etiquetamiento que termina teniendo como consecuencia una

“condena social” anticipada y desmedida contra la persona del delinciente, así no haya iniciado ⁷ el proceso que es el conducto regular que la ley da a seguir para que sea posible determinar la culpabilidad o inocencia del sospechoso. Con esa etiqueta se obstaculiza el proceso de resocialización del condenado y se afectan los pilares de la finalidad de la pena.

1. CÓMO FUNCIONA EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA 8

El derecho penal en sentido subjetivo es la facultad que tiene el Estado para definir una conducta como punible y establecer la consecuencia jurídica que se deriva de ella; lo cual implica el poder de configurar el proceso; y por último tiene la potestad de determinar cómo se ejecuta la consecuencia jurídica en caso de ser impuesta.

El Código Penal, de conformidad con su artículo 4, nos permite inferir varias funciones de la pena, como lo son la prevención general, prevención especial, retribución justa, reinserción social y protección al condenado. Lo anterior es importante porque está dentro de las normas rectoras contempladas por el artículo 13 del Código Penal, el cual constituye la esencia y orientación del derecho penal, determinando un orden jerárquico en el que se encuentran por encima de las demás.

La ley 906 del 2004 trajo consigo un modelo acusatorio que introdujo un soporte constitucional para que así fuera posible garantizar los derechos de los ciudadanos dentro del transcurso de la acción penal. Adicional a esto, incursionó con la oralidad dentro de las actuaciones de los sujetos procesales y de los jueces otorgándoles a los jueces el deber de garantizar y respetar las formalidades dentro del proceso, buscando así evitar una eventual nulidad.

Decía el Dr. Andrés Felipe Jaramillo en una entrevista para el portal de *Ámbito Jurídico* titulada *“los jueces no miden a las partes con el mismo rasero”* (Jaramillo, 2020), que la igualdad de armas no se aplica dentro de la realidad del proceso, que existen fallas estructurales y formales dentro del sistema penal acusatorio actual. Dicha falla se puede percibir en cuanto a la desigualdad gracias a la persecución que se le hace al delincuente, se le condena socialmente, incluso antes de iniciar el proceso.

En la misma entrevista se trajo a colación uno de los problemas que tiene la política criminal en⁹ Colombia, debido al impacto que han generado los medios de comunicación, el legislador actualmente incluye en sus criterios el sentimentalismo y los efectos emocionales que producen las situaciones que se pueden ver a diario en Colombia, trayendo como consecuencia una legislación basada en el “sensacionalismo punitivo”, la cual trae consigo consecuencias negativas para el proceso como lo son la pérdida de garantías y derechos por parte del delincuente o procesado. Lo anterior se ve reflejado en la creación de nuevos tipos penales y en el endurecimiento de las penas, con lo que se puede llegar a generar una desigualdad con relación a los bienes jurídicos y/o a los individuos que se pretende proteger. (Jaramillo, 2020)

Por su parte, David Matiz Pinilla en *Ámbito Jurídico* (Pinilla, 2019) dijo que, a pesar de lo revolucionario de esta nueva ley, considera que “El sistema penal acusatorio había nacido colapsado” debido a la incapacidad que tiene para administrar justicia y que en realidad no está controlando a la delincuencia. Lo único que se ha logrado con la reforma es conocer la parte perversa del ser humano y la parte retributiva de la pena, según esto solo hay sanciones más drásticas, tratos más crueles y un aumento discriminado de penas.

Es por tal motivo que se hace necesario establecer una relación entre los fines de la pena y el sistema de procesamiento, tal como lo explica la Dra. Teresa Armenta Deu, profesora de la Universidad De Girona “El derecho penal y procesal penal se complementan teniendo en cuenta que persiguen una misma finalidad dentro de ámbito social.

Las condenas del código penal pueden ser compatibles con las finalidades de un proceso penal y de los fines de la pena tales como lo son la retributiva o prevención general, esto no implica una

contradicción, para imponerse una pena no es necesario que haya una acción u omisión dolosa¹⁰ o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso” (Deu, 1995)

Es de vital importancia que dentro del proceso se vean incluidas garantías que tengan la finalidad de respetar los derechos de índole constitucional dentro del proceso penal ya que, de esta manera, es posible asegurar la vigencia de un Estado democrático y de derecho. Es por ello que las garantías penales se deben entender como un “*conjunto de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la constitución*” (Coria, Garantías Constitucionales del Proceso Penal, 2006) . Son estas las herramientas que nos ayudan a limitar el poder punitivo y la acción estatal, generando así seguridad jurídica.

Las garantías procesales obtuvieron su relevancia dentro del proceso debido a la situación que se vive en Colombia. Y es que a pesar de su consagración constitucional, cuando el Estado pretende aplicar la política criminal del enemigo, no las respeta. Sí el Estado deseara implementar una política criminal del enemigo, debería reformular los paradigmas constitucionales de tal manera que no sea necesaria la existencias de esos derechos y garantías. Surge el siguiente interrogante: ¿La única garantía de los límites al poder punitivo es la constitución política? La respuesta es no, debido a que, aunque la ley trae principios, los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad se encuentran vigentes y permean el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo así un impedimento mayor por parte del Estado para implementar a cabalidad una política criminal del enemigo ya que lo anterior implicaría una ruptura de los acuerdos internacionales celebrados y las consecuencias negativas que esto implica para la nación.

La idea de adoptar e implementar un sistema con tendencia acusatoria es que las tareas del proceso se encuentren divididas en cabeza de varios agentes, para de esta manera se garantice la imparcialidad judicial y se garantice la contradicción, garantías indispensables dentro del proceso. Por esta razón, por ejemplo, las atribuciones del ente acusador se limitan en comparación con las que se le atribuían en la ley 600 del año 2000. Con todo y aún en el marco del sistema con tendencia acusatoria, se siguen elevando críticas desde la academia:

“Colombia no consiguió establecer un verdadero sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio. Así las cosas, nuestro ordenamiento a partir del artículo 250 de la Constitución, establece las funciones de la Fiscalía General De La Nación, algunas de las cuales no son congruentes con sus propios fundamentos constitucionales, por tener por objeto la posibilidad de afectar los derechos fundamentales del implicado. De esta manera, el ente acusador, no debería ejercer funciones propia el juez quien se considera un sujeto realmente imparcial y objetivo, para el análisis y decisión de los asuntos que afectan estos derechos” (Vanegas & Merizalde, 2002)

1.2. LA AFECTACIÓN DEL POPULISMO PUNITIVO A LAS GARANTÍAS PROCESALES

“La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. (Corte Constitucional, 2012). La presunción de inocencia se encontraba presente en nuestro ordenamiento jurídico desde la ley 74 de 1968, la cual consagró este principio como una garantía dentro del proceso penal.

La presunción de inocencia forma parte del núcleo central del debido proceso, dando a entender que toda persona se presume inocente hasta tanto se logre demostrar más allá de toda duda razonable en juicio oral y público su responsabilidad penal.

Inicialmente se establece una carga probatoria en cabeza de la Fiscalía General De La Nación, ya que esta es la entidad encargada de demostrar la responsabilidad penal más allá de duda razonable. De esa presunción de inocencia se deriva el principio del *in dubio pro reo*, porque si es esta entidad quien tiene la carga de probar la responsabilidad, ello significa que en los casos donde exista duda, persiste o se mantiene la presunción intacta, por lo que deberá resolverse en favor del procesado.

El problema de la presunción de inocencia es complejo, debido a que los medios de comunicación se inclinan hacia una posición y se parcializan. En relación con lo mencionado se hace necesario hablar sobre las implicaciones que tiene esta posición dentro de las medidas de aseguramiento, ya que se observa como los medios de comunicación divulgan la imposición o no de medidas de aseguramiento como si fueran una condena o absolución de cargos; lo cual es jurídicamente erróneo, porque no se reconoce el carácter preventivo de esta medida ni sus finalidades de salvaguardar el proceso penal y la prevención de futuras conductas delictivas, pero no se puede llegar considerar como una sentencia anticipada, esto conlleva a una mala interpretación por parte de la sociedad y los medios y su consecuencia es el hecho de que se atenta contra la presunción de inocencia.

Si bien la justicia se debe conectar de una manera temporal con la ocurrencia del hecho, en este caso, la medida de aseguramiento se convierte en una imputación de responsabilidad y termina

desembocando en la realidad actual, la cual está conformada por un sistema carcelario

13

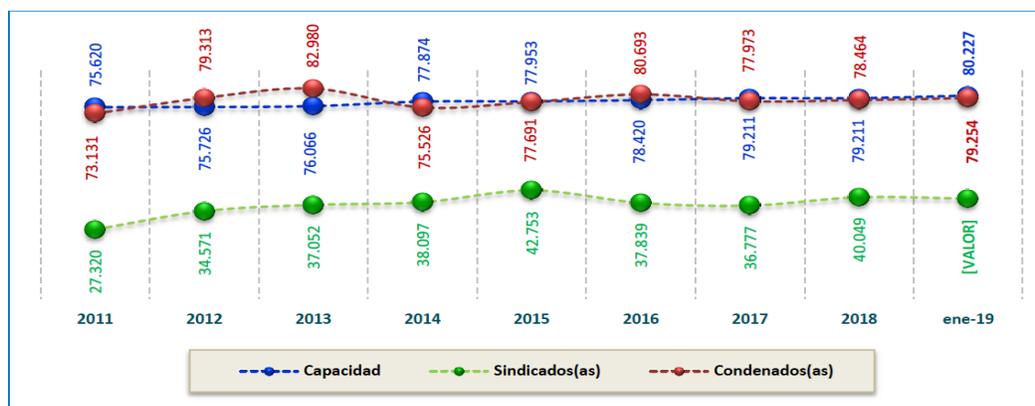
colapsado del que hacen parte condenados y, en una medida considerable, quienes esperan un juicio.

Las cifras del INPEC nos permiten afirmar que un tercio de la población intramural se encuentra procesalmente bajo la condición de “sindicado”, “imputado” o “acusado”; mientras que los dos tercios restantes son efectivamente “condenados”. Lo anterior, es una cifra en principio preocupante porque refleja que un tercio de la población intramural no se encuentra efectivamente “condenada” pero si se encuentra reclusa.

Regional	Población intramural	Sexo		Situación jurídica					
		M	F	Sindicados			Condenados		
				M	F	Total	M	F	Total
Central	41.733	38.847	2.886	11.006	909	11.915	27.841	1.977	29.818
Occidental	22.800	21.231	1.569	7.305	638	7.943	13.926	931	14.857
Norte	14.131	13.791	340	7.387	207	7.594	6.404	133	6.537
Oriente	11.900	11.139	761	4.045	315	4.360	7.094	446	7.540
Noroeste	14.733	13.338	1.395	4.071	635	4.706	9.267	760	10.027
Viejo Caldas	13.472	12.225	1.247	2.552	445	2.997	9.673	802	10.475
Total	118.769	110.571	8.198	36.366	3.149	39.515	74.205	5.049	79.254
Participación		93,1%	6,9%	92,0%	8,0%	100,0%	93,6%	6,4%	100,0%
		100,0%		33,3%			66,7%		

Fuente. GEDIP – Enero 2019

Por otro lado se puede observar como desde el año 2011 hasta principios del año 2019 ha crecido el porcentaje de sindicados. Para el año 2011 era de un 27% aproximadamente, y en enero del 2019 la cifra asciende a un 33,3% .



Fuente. Elaboración Grupo Estadística a partir de datos SISIPEC WEB / GEDIP – Enero 2019 - Años anteriores a 2018, fecha a corte 31 de diciembre.

Lo anterior conecta de manera argumentativa con múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, la cual reconoció en 2015 que el excesivo uso de la detención preventiva ha generado un aumento desproporcional en la población intramural (T-672 de 2015), y mencionó como se ha incumplido con el carácter excepcional de la medida de aseguramiento a un punto tal de que 78% de las conductas tipificadas permiten la imposición de una detención preventiva (C-276 de 2016).

Por ultimo, pero no menos importante, tanto en 1998 como en el 2013, la Corte Constitucional ha recalcado la importancia de distinguir a los sindicados de los condenados y darles un trato diferenciador a los unos de los otros, debido a que el hecho de que coincidan en la misma institución carcelaria deriva en una “contaminación criminal”, que conlleva de por si, entre otras consecuencias, con la clara violación al principio de la presunción de inocencia. (Grupo de Prisiones, Universidad de los Andes, 2019)

Se vulnera el derecho de la presunción de inocencia con la medida de aseguramiento como medida preventiva, porque atenta contra la libertad individual y abre la puerta a una estigmatización que rompe el equilibrio del proceso. Aunque la sentencia C-289 de 2012 dice que el hecho de que una persona esté privada de la libertad preventivamente no le impide gozar de

dicho derecho (Corte Constitucional, 2012), los medios de comunicación, al emitir la noticia 15 de que alguien está detenido preventivamente, lo hace de tal manera que la sociedad comienza a creer que es culpable; con lo cual es la misma sociedad quien estigmatiza al acusado de manera tal que, así se concluya dentro del proceso que es inocente, va a sufrir inconmensurablemente la recriminación de la sociedad. Lo anterior se da debido a que los medios no se preocupan por dar a entender en sus reportajes la realidad jurídico-procesal, sino que simplemente buscan generar sensacionalismo a cualquier precio. Por esta razón, la doctrina hace las siguientes afirmaciones:

“En cuanto a la consideración como inocente, uno de los sectores más importantes en los que debe actuar esta garantía se encuentra en la información que se debe proporcionar sobre el estado del imputado en el proceso, tanto por los sujetos procesales, los poderes públicos en general, como, especialmente, por los agentes de los medios de comunicación. Rige en consecuencia una regla general de no resonancia de los actos investigatorios” (Coria, Garantías Constitucionales del Proceso Penal, 2006)

“Sin embargo, el principio tiene muchos enemigos, entre ellos la arbitrariedad de los funcionarios que tienen que ver con la investigación y el juzgamiento, sin descartar naturalmente a los respectivos agentes del ministerio público, no solo cuando emiten por escrito sus correspondientes conceptos, sino también en sus intervenciones en la audiencia pública” (Jiménez, Derecho Procesal Penal, 1982).

1.3. LA FUNCIÓN DEL JUEZ DENTRO DEL PROCESO PENAL

“El juez no es ni debe ser legislador. Su actividad requiere estructural y esencialmente que sea imparcial, ajeno al conflicto y esté por encima de él” (Landeira López, 1996).

Es tan importante el papel que juega el juez dentro del proceso que existe un principio que habla sobre su independencia e imparcialidad; este último establece que el juez no es parte, es decir, que el juzgador no puede tener un interés personal en el proceso. De ahí que existan unas normas sobre recusaciones e impedimentos. Las decisiones del juez deberían ser tomadas basadas en criterios objetivos, sin prejuicios y si un interés adicional dentro del proceso. Esto nos lleva a una aplicación uniforme de la ley que debería ser así para todas las personas. Según la doctrina kelseniana, la función del juez es un medio para producir derecho, por ende, lleva implícito que su función dentro del proceso penal es ser un director (Kelsen, 1934) .

Junto con otras garantías tales como la oralidad, la separación de las funciones de acusación y juzgamiento y la publicidad, la imparcialidad del juez es una condición connotante dentro del proceso. El juez tiene permitido estudiar las pruebas y argumentos aportados por la fiscalía y la defensa siendo imparcial, lo que implica que tiene la capacidad intelectual para aceptar razones.

“Acorde con los postulados constitucionales de los artículos 29, 228, 230 y 250, la imparcialidad del juez debe mantenerse a toda costa en el diligenciamiento, matiz que se resalta con la clara separación de las funciones de investigación y juzgamiento propia del modelo procesal colombiano implementado con la Ley 906 de 2004, lo cual conlleva a que el funcionario establezca la verdad de lo acontecido con toda la objetividad posible y decida con total equilibrio” (SP3964-2017, 2017). Imparcial es aquel que juzga siendo recto, neutral y equitativo, es por ello que aquel ser imparcial dentro de un litigio no se involucra en la investigación y curso del proceso, solo se debe limitar a escuchar, dirigir y fallar. La imparcialidad del juez no solo radica en la decisión que toma, este debe ser imparcial durante todo el proceso y las actuaciones llevadas en él. *“La imparcialidad el juez se correlaciona con el principio de igualdad de armas”*

(SP3964-2017, 2017), el cual se refiere a las herramientas con las que cuenta aquella persona 17 que comete un delito para así poder controlar el ataque del poder punitivo en contra suya.

La amenaza que tiene la imparcialidad del juez dentro de la realidad del proceso penal colombiano es cuando los medios de comunicación comienzan a dar opiniones y especulaciones, generando en la sociedad sentimientos vengativos, lo cual desencadena en una exigencia de “justicia” que no tiene nada que ver con los preceptos jurídicos creados para regular esta situación. Por el contrario, dicha exigencia responde al contexto en el que el medio de comunicación vendió la historia, la cual se basa exclusivamente en tener un culpable; es por ello que el juez tiene una presión adicional encima; fallar bien, pero, cumplir con las falsas expectativas que la sociedad posee respecto al proceso.

Lo anterior deriva en consecuencias como el equivoco trabajo de juzgamiento, o una persecución mediática encaminada a menospreciar la labor del juez desde una óptica alejada de derecho.

2. LA IMPORTANCIA DEL PAPEL QUE JUEGA EL EQUILIBRIO Y LA IGUALDAD DENTRO DEL PROCESO PENAL

Desafortunadamente, en los últimos años dentro del proceso penal se ha podido evidenciar una disminución de las garantías del procesado consagrados en la constitución, un aumento indiscriminado de penas, pero no se ha producido una disminución de la criminalidad, lo cual deriva en una expansión de la parte punitiva dentro del derecho penal

"Ahora al delincuente, en la mayoría de los casos, se le ve como a una persona que simplemente buscó un atajo. Por ende, es él quien tiene que responder por sus acciones y no la sociedad"

(Sotomayor, 2017)

La idea dentro del proceso es poder garantizar los derechos de los procesados y de las víctimas,¹⁸ sin que el uno o el otro esté en un plano de desigualdad. Para ello es necesario la implementación de un principio que permita tratar a los sujetos procesales en un plano de igualdad ya que esto es lo que genera equilibrio e imparcialidad dentro del proceso

Se trae un mandato de carácter institucional dentro del proceso penal, consagrado en el artículo 13 de la constitución política y el acto legislativo 02 del 2003, considerado como una garantía para el debido proceso y el acceso a la justicia. *“Implica que las partes cuentan con medios procesales homogéneos para acusación y defensa y se garantizan las posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”* (Sentencia C-473, 2016) a esto se le conoce como el principio de igualdad de armas, que para extenderse un poco la Sentencia C-536 de 2008 lo define así: *“El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador. Para esta Corte el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso”* (Sentencia C-536 de 2008) Esto implicaría que si se dan, de manera incondicional, las garantías en favor de la víctima la igualdad de armas y el equilibrio desaparece. El proceso penal clásico protege al procesado como parte débil del proceso, pero el derecho penal del enemigo moderno busca un derecho penal fuerte que elimine dichas garantías.

Dice la Sentencia C-397 de 2007 que la Fiscalía y la defensa tienen dentro del proceso las mismas posibilidades a la hora de acudir ante un juez, cuentan con las mismas herramientas de persuasión, iguales elementos de convicción y ninguna de estas partes tendrá ventajas o desventajas para el convencimiento de las pretensiones, garantizándole al acusador y al acusado un alcance real e igual para ejercer sus derechos mediante el equilibrio de potestades y atribuciones. El eje central radica en que, tanto la Fiscalía como el acusado pueden realizar investigaciones paralelas para poder favorecer sus intereses y simplemente serán una contraparte. Es por este motivo que la ley 906 de 2004 le quitó las potestades jurisdiccionales a la Fiscalía, permitiendo así que se enfrente al procesado en equilibrio. Si se desean respetar y aplicar los conceptos anteriormente mencionados, se debería buscar un punto de equilibrio entre quien podría salir más beneficiado y quien no; pero, la crítica realizada a lo largo de la presente investigación es que, dentro de la situación actual, va más a favor de la víctima lo cual genera un desequilibrio en la balanza que debe existir en el proceso penal; desprotegiendo de esta manera al acusado.

3. UN PROCESO PENAL HUMANO: CÓMO HUMANIZAR EL PROCESO PENAL

De acuerdo con lo sostenido por Hernando Londoño, la humanización se radica en el método del humanista para entender la realidad de los hombres, dejando de lado la verdad que la ley no logra entender, porque no está capacitada para llegar allá, y tratar de entender al hombre directamente.

Se piensa equivocadamente que la mejor forma de prevenir y castigar el delito es aumentando y endureciendo las penas. Lo ideal para cumplir con los fines de la pena no es exiliar al procesado, ni denigrarlo, ni alejarlo; por el contrario, se debe respetar su libertad y dignidad como ser humano para que este comprenda la finalidad y la esencia de su resocialización. En cambio, si se

le colocan penas irrisorias y/o desmedidamente duras, no permiten que se repare el error, y por ende se imposibilita la resocialización. Es el juez quien juega el papel fundamental dentro de la humanización del proceso penal, debido a que, mediante su comportamiento y dirección es quien marca el grado de humanización que posea el proceso. Si el juez entra parcializado a dirigir un proceso, se puede tener la certeza de que será un proceso deshumanizado.

El proceso debe ser humano y comprensivo para el hombre. La idea de humanizar el proceso no puede ser solo mirando a la víctima, los derechos y garantías del delincuente deben ser cuidados y este no debe ser descuidado, lo cual, en muchas ocasiones y gracias a la parcialidad que se le está generando al juez, no está pasando. El proceso penal debe permitir abolir esa idea de que venganza equivale a justicia; en otras palabras, transmitirle a la sociedad la idea de que se debe permitir que el delincuente pueda realizar un proceso de resocialización, y por ende, que la misma sociedad se abstenga de seguirle condenando.

Es necesario fomentar la reconciliación, *“La reconciliación no es olvido, por el contrario, la reconciliación tiene como base el recuerdo como punto de partida para evitar la repetición de lo mismo”* (Sampedro Arrubla, La re-humanización del proceso penal, 2019). *“La reconciliación es potencialidad, como escribe V. Fisas, es un espacio social donde se encuentran la verdad (reconocimiento, honestidad, revelación, claridad), la misericordia (aceptación, gracia, apoyo, compasión, salud), la justicia (igualdad, relaciones justas, corrección, restitución) y la paz (armonía, unidad, bienestar, seguridad, respeto)”* (Sampedro Arrubla, La re-humanización del proceso penal, 2019). Se mira la reconciliación como la no repetición de la conducta delictiva, lo cual es positivo porque conlleva a impulsar a la sociedad a que el delincuente se reconcilie con la esta y se comience a eliminar la condena social.

Para que el proceso penal sea humano es necesario acudir a la figura del garantismo, Ferrajoli, en su teoría del derecho penal mínimo, desarrolla el garantismo como la necesidad de una existencia mínima del derecho penal para poder evitar la violencia social informal, entendida como una reacción punitiva por parte de los ciudadanos, argumentando así la fuerte crítica que él mismo hace a los abolicionistas. La existencia de ese derecho penal siempre debe ir acompañada de una cadena de garantías, para que sea un derecho penal liberal que se adecue a las exigencias de un Estado De Derecho. Esto implica darle límites, prohibiciones y condiciones al derecho penal, en el cual las garantías tienen un nexo funcional.

Un derecho penal garantista es aquel que tiene nociones de derecho penal mínimo, es decir, un derecho penal libre, pero con límites impuestos al poder punitivo del Estado; en el cual se debe aplicar, tanto en materia sustancial como procesal, la definición de derecho penal bajo teoría de la protección y la prevención social para evitar la comisión de delitos. El proceso penal es garantista no solo de la víctima, sino también del procesado. (Ferrajoli, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal)

Cuando el Estado reconoce al hombre como un fin, y no como un medio, le brinda la protección necesaria de posibles abusos del poder por parte del mismo Estado. Esto se hace estableciendo garantías procesales que responden a un proceso penal democrático y liberal por el hecho de que existen ese conjunto de principios y normas rectoras que se aplican en todas las etapas procesales, y así también se da la posibilidad de limitar las etapas de investigación, acusación y juzgamiento.

4. ¿QUIÉN ES VÍCTIMA DENTRO DEL PROCESO PENAL?

22

El concepto de víctima se desarrolla desde dos perspectivas, una desde el estado social y democrático de derecho, y otra desde la óptica del derecho penal, la criminología y la victimología. La víctima desde el estado social y democrático de derecho puede ser entendida como aquella persona o grupo de personas que son afectadas por un hecho criminal. (Sampedro Arrubla, La Re-Humanización del Proceso Penal, 2019)

Por otra parte, la percepción de la víctima desde la óptica del derecho penal, la criminología y la victimología requiere hacer una distinción entre las figuras de víctima y perjudicado, entendiéndose por este último como aquel que sufre de manera económica y moral de las consecuencias del delito; y la figura de la víctima como el sujeto pasivo de la persona que es titular del bien jurídico vulnerado u ofendido. *“Esta distinción entre víctima y perjudicado tiene una especial importancia para la dogmática jurídico-penal que se concreta, por un lado, en que le permite al legislador establecer la gravedad del ilícito en la medida en que la esencialidad del bien y la intensidad de la sanción se determinarán a la vista de la relación entre el bien y el titular del mismo”* (Sampedro Arrubla, La Re-Humanización del Proceso Penal, 2019)

La sentencia C-473 del 2016 habla sobre el alcance de las facultades de las víctimas. La víctima dentro del “nuevo” proceso penal goza de “características especiales, singulares y específicas” (Sentencia C-473, 2016). Para darle garantías al cumplimiento de estas características es necesario separar la investigación y el juicio y así es posible darle paso al sistema de partes. Gracias a la ley 906 de 2004 *“la víctima se define como un interviniente dentro del proceso que goza de medidas de protección, atención y ciertas prerrogativas al interior del trámite. Así*

mismo se consagró a su favor algunas formas de participación directa dentro de la investigación y el juicio” (Sentencia C-473, 2016).

5. DERECHO PENAL LIBERAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El derecho penal liberal está a favor de darle garantías a ambas partes para que se respete el equilibrio y la igualdad que debe haber dentro del proceso. Nace en la época de las luces, donde la escuela clásica llegó a su máximo apogeo y se basó en principios como la libertad, igualdad y fraternidad. Deriva del derecho a la libertad, que es propio del iluminismo bajo el precepto de que no se priva ni se restringe, salvo excepciones que son netamente legales, y este trabajo excepcional le corresponde a las autoridades competentes.

El derecho penal liberal tiene su fundamento en la filosofía humanista que ve al ser humano como un fin en sí mismo y que representa la razón de ser del sistema jurídico; y por ende es obligatorio que sea titular de derechos y garantías.

Por su parte lo que busca el derecho penal del enemigo es adelantar la punibilidad, un resultado, e incluso una conducta que aún no se ha producido; construyendo tipos penales que sean aplicados a hechos futuros. Otro objetivo es el de la pena, ya que es desproporcionada y alta, minimizando las garantías dentro del proceso y buscando sanciones relacionadas con una amenaza potencial, trayendo como consecuencia la separación de la sociedad con el enemigo.

Según esta teoría el enemigo es quien desestabiliza el sistema y está en contra de él, por ello surge la necesidad de que vigilarlos, controlarlos y limitarlos

El derecho penal del enemigo en Colombia comenzó a implementarse con desconocimiento e impulsividades antes de la constitución de 1991 mediante una construcción del modelo penal. En

Colombia se está implementando la política del enemigo desde una perspectiva más negativa 24 por situaciones preocupante como la crisis social, habiendo muchos conflictos sociales que vienen de realidades como la violencia y la pobreza. A esto se le suma el abandono que sienten los ciudadanos por parte del Estado para solucionar sus conflictos.

La efectividad del derecho penal del enemigo deriva de la gravedad del delito, es decir, que sea algo tan grave que vaya en contra de todo presupuesto dentro del contrato social. En el caso colombiano podemos ver enemigos muy claros como lo son el narcotráfico, la corrupción, las bandas criminales, los delitos sexuales contra menores. Aun así existe una persecución a un enemigo que no representa mayor peligrosidad y que pueden ser controlados por el derecho penal sin necesidad de reprimir.

5.1. TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO COMO UNA DERIVACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

“Los grupos sociales crean la desviación estableciendo reglas cuya infracción constituye una desviación, y aplicando estas reglas a personas particulares, que etiquetan como *outsiders* [...] La desviación no es una cualidad de la acción cometida sino la consecuencia de la aplicación —por parte de otros— de reglas y sanciones. El desviado es alguien al que la etiqueta le ha sido puesta con éxito; el comportamiento desviado es el comportamiento etiquetado así por la gente” (Becker, 1963).

A grandes rasgos lo que nos dice la criminología crítica es que el delito es una definición que viene dada por grupos sociales que detentan el poder. Las personas se comportan en sociedad de conformidad con etiquetas sociales, las cuales determinan nuestro comportamiento dentro de las interacciones sociales. Lo que importa es si existe una norma que regule la situación. Las

situaciones sociales determinan el comportamiento de los individuos y sus interacciones

25

dependen de la interpretación de cada persona. En la sociedad existen roles sociales positivos y negativos, pero con independencia de esa calificación, siempre hay demandas de rol, expectativas de comportamiento, y si se defrauda la expectativa, hay una disfunción social.

Estas etiquetas, en concordancia con lo mencionado en el acápite de “Presunción de Inocencia”, evidencia como el hecho de que a los “sindicados” se les otorgue un tratamiento de “condenados”, conlleva a que los medios de comunicación, desde su posición favorable, realicen esta misma conducta, llegando a tal punto de que una medida de aseguramiento sea socialmente estigmatizada como una condena, generando no solo una consecuencia social, sino también una consecuencia interna en el procesado que, aunque jurídicamente sea incorrecta, en la práctica envía un mensaje de condena.

En resumidas cuentas, si no se aplica el precepto de “igualdad entre iguales, desigualdad entre desiguales” y “lo injusto es lo desigual, y lo justo es lo igual” (Aristoteles, 1873), se incurre de manera errónea en un etiquetamiento que deriva en consecuencias internas y externas para el procesado.

6. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO

PENAL.

La libertad de expresión además de ser fundamental e inherente a todas las personas, y puede ser definida como un derecho que le permite a todos comunicar y exteriorizar libremente sus pensamientos, opiniones, conceptos, ideas y creencias a través de cualquier medio que sea pertinente para el efecto, oral, escrito, impreso, artístico, etc., y el derecho derivado de esa garantía, a no ser molestado por dichas expresiones (Sentencia T-1198 de 2004) (Sentencia T-218 de 2009). El problema de este derecho es cuando, con su ejercicio, se vulneran los derechos de otra persona. El ejemplo más claro lo tenemos con quienes están siendo procesados en materia penal, ya que sobre ellos se emiten varios juicios de valor en relación a su responsabilidad; es por ello que ejercer la libertad de expresión es complejo. Un procesado en materia penal no es él solo, está su familia y su entorno; y al vulnerar los derechos de esta persona se vulneran los derechos de las personas relacionadas en ese entorno y tristemente comienzan a ser señalados o marcados por la sociedad a tal punto que pierden una vida o un estilo vida, el cual es complejo recuperar. El peor de los casos es cuando el procesado es inocente, y la libertad de expresión le destruye de tal manera que para la sociedad siempre será culpable, así haya una sentencia absolutoria de por medio. Es por esto que la ejecución de la acción penal goza de derechos y garantías para la protección de esta persona, y de esta manera evitar una vulneración mayor a sus derechos.

“La relación existente entre el Estado y la sociedad se torna pública cuando aparece el medio de comunicación. Este es encargado de efectivizar un derecho fundamental que transformó la existencia de las personas en la modernidad, provocando una visión diferente del concepto de libertad, ya no entendida como simple locomoción o capacidad de trasladarse de un lugar a otro sin restricción alguna, sino como la libertad de poseer, conocer y difundir la información de opinar con relación a su entorno” (Bernal Castro & Moya Vargas, 2015)

6.1. ¿QUÉ PASA CUANDO EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN SE 27

USA INDEBIDAMENTE EN MATERIA PENAL?

“Claus Roxin nos plantea tales circunstancias: por un lado, se pueden provocar daños directos al inculpado, el cuál puede sufrir perjuicios en su salud, vida privada o en los negocios, de tal forma que aunque existiese absolucón tales consecuencias persistirían; por otro lado, los medios de comunicacón pueden falsear la decisi3n judicial, desarrollando campa3nas de prensa en perjuicio o favor del implicado, lo que conllevaría a soluciones mediáticas y desproporcionadas normativamente. En este caso, frente a situaciones concretas se puede establecer una pena mayor o menor a la legalmente establecida o influir directamente en ella; también puede participar en la condena de un inocente o en la absolucón de un culpable”
(Bernal Castro & Moya Vargas, 2015)

Dentro de la comunicacón deben estar instituidos los buenos argumentos, aquellos que se direccionan a un sentido lógico, para así adquirir un alto grado de conocimiento. En varias ocasiones, al procesado le resulta conveniente aplicar el principio de publicidad, para que de esta manera se pueda comprobar que dentro de ese proceso se le están respetando sus derechos y garantías, con la finalidad de generarle una presi3n al Estado para cumplir a cabalidad con su protecci3n.

El principio de publicidad tiene funciones importantes para la sociedad, y si se usa de manera indebida genera efectos nocivos para el derecho y los sujetos procesales; y en el caso del proceso penal, para el procesado.

Un posible inconveniente dentro del uso del principio de publicidad es cuando la informaci3n se maneja de mala manera por parte de los sujetos procesales e intervinientes en relaci3n a la

difusión de la noticia que tiene una connotación judicial. Otra situación que genera un inconveniente con el principio de publicidad es la filtración de información con connotación judicial, la cual se obtiene dentro del ejercicio de la acción penal hacia los medios de comunicación cuando se dan, no solo las entrevistas, sino en general la información que se le suministra al medio de comunicación. Es claro el respeto hacia la regla general que es el principio de publicidad, pero sería necesario proponer, dada la situación actual, una reserva que permita proteger al proceso, porque los medios están tan sedientos de ventas y de dinero que extraen la información sin importarles la veracidad de esta, a un punto tal que tergiversan la información que les dan a su conveniencia, generando en la sociedad un sentimiento de respaldo hacia condenas injustas y desproporcionadas debido a la contaminación generada por la prensa sensacionalista, culminando en un desequilibrio dentro del proceso penal.

La situación más grave es que se puede llegar a generar una reacción social tal que llegue a tener la capacidad de ejercer una presión que desdibuje la imparcialidad del juez. Sí a esto le sumamos la desconfianza que siente la sociedad colombiana hacia el sistema, en algunos casos se podría inferir que el juez, por zozobra de esa desconfianza, se puede dejar llevar por esa presión, y romper así con las garantías que debe ofrecer. El medio de comunicación, en el desarrollo del derecho de la libertad de expresión, debe divulgar la información sin generar desequilibrios que puedan afectar al sistema o a los sujetos e intervinientes del proceso. Esto implica no perjudicar derechos y garantías fundamentales que ofrece el proceso penal, ya que acá no solo hay una afectación para el procesado, sino que también se afectan ciertos derechos de las víctimas como lo es el derecho a no ser revictimizado. Está bien que en ciertas situaciones los medios de comunicación buscan un fin loable con finalidad de esclarecer hechos que marcan y dejan una

huella negativa, pero esto no puede poner en riesgo a la víctima y su nuevo papel dentro del proceso penal. 29

7. POPULISMO PUNITIVO

Whanda Fernández León, en una entrevista con *Ámbito Jurídico*, define al populismo punitivo como la doctrina política que defiende los intereses y deseos del pueblo, logrando así ampliar el derecho penal para entorpecer el sistema e ir en contra de las garantías. (Fernandez Leon, 2012)

“Obedece a una incorrecta practica política que repercute en lo jurídico, entendiendo la política como la rama de la filosofía “que se ocupa de gestionar, de resolver los conflictos colectivos y de crear coherencia social, y su resultado son decisiones obligatorias para todos.” (Guzmán, 2014). Dando a entender que, si bien el populismo punitivo es una acción que mueve masas, va en contra de los preceptos del ordenamiento jurídico Colombiano por el sentimentalismo y venganza que genera en la sociedad, basado en que siempre debe existir un culpable.

El impacto mediático del delito se aprovecha del contexto del mismo y de la realidad social en la que se encuentra en país. Por ende, esto hace que el sistema, yendo en contra de la ley, dé respuesta a las “justas” pero desmedidas reclamaciones de la sociedad.

Inicialmente se les dan alertas a los ciudadanos que generan miedo, para inculcar un sentimentalismo que corroe las fibras más sensibles de la población. Luego, se proponen reformas de política criminal que buscan fortalecer el poder punitivo del Estado, flexibilizando, al mismo tiempo, las garantías de los ciudadanos.

Un problema adicional es que, a través del ejercicio de dicha política criminal se desarrolla una³⁰ normatividad vaga, ambigua, incongruente y alejada de los principios del derecho penal que deriva en consecuencias como el aumento de penas, la creación de nuevos delitos, disminución de beneficios y privatización de la justicia, que acaban por destruir el modelo procesal del sistema penal.

En Colombia las consecuencias del populismo punitivo van desde la inseguridad jurídica hasta el expansionismo y la desproporción de las penas. El motivo es que las penas aumentan de una manera indiscriminada, y esto se junta con la creación de nuevos tipos penales. El medio de comunicación es la herramienta fundamental del populismo punitivo, ya que, a los ojos de la sociedad, ellos son quienes juzgan y condenan mucho antes de que comience el proceso. “*Se consideran un instrumento de poder e influyente dentro de a población*” (Guzmán, 2014). Es por ello que el medio de comunicación en Colombia, a través de su *mala praxis*, deriva en del populismo punitivo, porque desinforma y fomenta la ignorancia, dándoles a los ciudadanos una convicción errónea sobre cómo funciona el sistema penal y sobre cómo se debe fallar. Lo anterior genera consecuencias muy negativas, creando un nuevo código penal basado en el derecho penal del enemigo y en un derecho penal de autor, dejando de lado la esencia del derecho penal en Colombia.

El populismo punitivo llega con discursos nefastos, pero atractivos, argumentando que el derecho penal es muy garantista, y bajo esta premisa busca cuestionar el sistema de límites al ejercicio del poder punitivo, mediante la creación de un derecho penal del enemigo con penas duras como la cadena perpetua. Con el populismo punitivo y su desarrollo al derecho penal del enemigo, se hace necesaria una expansión al derecho penal, la cual ocurre mediante el aumento del derecho penal, más restricciones a nivel procesal y más restricciones en materia de garantías. La

intervención del Estado puede ser por fuera del derecho penal. La intervención penal con la 31 que sueña la sociedad colombiana, a raíz del populismo punitivo, se deriva del derecho penal del enemigo, queriendo más penas y más intervención.

7.1. LA CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA Y SU RELACIÓN CON EL POPULISMO PUNITIVO

Lo ideal es poder determinar qué nos quieren decir los medios de comunicación en cuanto al delito, haciéndose necesario usar un poder represivo para que dichos medios sean cautelares, ya que el populismo punitivo es uno de los tantos problemas de la criminología, y su control y/o límite sería la respuesta a esos problemas. Se supone que con el cambio del sistema inquisitivo al sistema acusatorio se iban a dar una serie de cambios positivos en cuanto al cumplimiento y garantía de los derechos del procesado, ya que el juez de conocimiento se presentaba como una figura dotada de imparcialidad. A veces el objetivo de los medios de comunicación es mostrar la parte violenta del delincuente a la sociedad, lo cual genera intereses políticos y económicos. La criminología mediática se da a través de lo que nos dicen los medios de comunicación sobre los crímenes. También estigmatizan sectores o ciudades que, según los medios de comunicación, es donde más delitos de alto impacto se cometen; pero acá hay una especie de doble moral, porque se estigmatizan son los sectores más pobres de las ciudades, pero los casos que involucren personas de la alta sociedad son los que más sensacionalismo generan. Distinto pasa con delitos cometidos por, o en algunas ocasiones, y en contra de personas pobres ya que, según los medios de comunicación, para ellos es cotidiano, entonces no es necesario mostrarlo, porque creen que es una realidad que todos conocemos, entonces acá también hay desigualdad.

“Cada víctima se muere tantas veces como necesiten los canales de noticia para llenar su tiempo” (Zaffaroni, 2014). 32

La criminología mediática es errónea respecto a derecho, porque se aleja de los análisis, criterios y principios de este simplemente por el hecho de buscar un culpable a cualquier costo y una condena que no corresponde a los preceptos legales, sino que busca saciar la sed de venganza y la aplicación de una “aparente justicia” en desmedidas proporciones.

7.2. ¿CÓMO SE REFLEJA EL POPULISMO PUNITIVO EN COLOMBIA?

Usualmente se refleja con proyectos de ley que van desde la creación de nuevos tipos penales hasta aumentos de las penas¹ e implementación de figuras como la cadena perpetua, lo cual implicaría una reforma, no solo del código penal, que para esos fines sería realizar un código penal del enemigo, sino también una reforma de la constitución, cosa que no es tan viable.

Haciendo un análisis de lo anterior, antes en Colombia era difícil pensar o considerar la pena de muerte o cadena perpetua, hasta la reciente reforma constitucional a través de acto legislativo 01 de 2020 que pretende instalar la pena de prisión perpetua en Colombia para homicidas y abusadores sexuales de niños menores. El medio de comunicación es capaz de generar tal influencia dentro de la sociedad que no solo puede llegar acarrear consecuencias en las decisiones judiciales sino que, efectivamente, ha ejercido una presión de tal magnitud sobre la rama legislativa, que ha desembocado en la creación de un acto legislativo que implicaba una reforma

¹ La ley Rosa Elvira Celis (tipo penal de feminicidio), proyecto de ley nuevos tipos penales de delitos ambientales, penas de hasta 45 años para organizaciones criminales, aumento de penas del delito de violencia intrafamiliar en el artículo 33 de la ley 1142 de 2017.

de carácter constitucional. Por esta razón es que popularmente se le ha catalogado a los medios ³³ de comunicación como “El cuarto poder”. Con esto se genera la consecuencia de implementar una teoría del etiquetamiento para que de esta manera, quien sea condenado, no pueda gozar de derechos y garantías que al fin y al cabo no son beneficios, es lo mínimo que tiene esa persona que está a punto de perder incluso su derecho a elegir y ser elegido.

8. LAS SEGUNDAS OPORTUNIDADES COMO FORMA DE DISMINUIR EL IMPACTO NEGATIVO DEL POPULISMO PUNITIVO

“La privación de la libertad, el rechazo de la sociedad al recluso por los delitos cometidos, la separación de sus seres queridos, la estigmatización frente a la comunidad y a la convivencia en un lugar en donde los valores, principios y leyes se transgreden, donde la moral no es, para la mayoría de los presos, un referente, son realidades incuestionables que viven las personas que ingresan a las cárceles a “pagar” por sus delitos”. (Bahamón, Historias Privadas de la Libertad, 2020)

La sociedad actual pretende resolver todos sus problemas sociales con el código penal; es por ello que muchas personas terminan siendo condenados y posteriormente encarcelados, viviendo las consecuencias de ser un exiliado de la sociedad. La sociedad solo queda saciada con las cárceles y las penas desmedidas; es por ello que una segunda oportunidad para estas personas es un tema que toma una gran relevancia. Los efectos del cautiverio y el aislamiento generan en los reclusos daños psicológicos y comportamientos traumáticos que dificultan enormemente las posibilidades de una verdadera reeducación y reinserción laboral y social luego de haber cumplido sus penas. A

eso se le suma la ambivalencia real en la que la sociedad se considera víctima de los delitos cometidos por sus presos, y estos, a su vez, víctimas de un sistema que los rechaza. 34

Una segunda oportunidad es lo único que le debe la sociedad a quienes han sido marginados por la criminología mediática, la cual ha sido elevada por los medios de comunicación en una de las tantas causas de nuestra precaria y grave situación carcelaria en el país. Esa necesidad de tenerlos marginados ha generado que vivan en condiciones inhumanas que traspasan todas las barreras del respeto por los derechos.

Si se ve el otro lado de la moneda, es decir, el del procesado o condenado, se puede visualizar una tragedia, la cuál es mucho más que un castigo suficiente para sus conductas. Es un drama que se justifica dentro del poder punitivo, porque este cumplió su finalidad: erradicar al enemigo. El problema es que muchas de estas personas están condenadas, pero no fueron quienes cometieron el delito, es decir, son inocentes; y por la presión de los medios hacía el poder punitivo para que este sea efectivo, están purgando condenas y viviendo tragedias innecesariamente. Son pocos los que entran a mirar esas realidades para poder ayudar, porque se nos olvidaron las segundas oportunidades y se condenó a quien era inocente solo por una mera estigmatización.

- El libro de la activista Johana Bahamón fue muy oportuno a la hora de realizar este trabajo, radicando la convicción de que el sistema penal del enemigo que se aplica en Colombia no solo es un error, sino que es la mayor afectación que tiene nuestra sociedad. Con historias reales de quienes han pasado por el sistema y de la propia experiencia de la activista podemos ver cómo en Colombia no se quiere educar, no se quiere resocializar, no se quieren dar oportunidades; simplemente se quiere marginar, erradicar, dejar a un lado a quien bien lo merece a ojos de muchos, pero que en realidad es víctima de su propio desarrollo de vida y de su proceso de socialización dentro de la comunidad.
- Estamos volviendo a los victimarios cosas, entes, dejando de lado su parte humana, por más delitos que se hayan cometido, no estamos haciendo justicia ni estamos encontrando la verdad, porque hoy en día se juzga a quien los medios de comunicación dicen que es culpable y no a quien verdaderamente lo es. Estamos dejando de lado la investigación y el tiempo que nos da la ley penal para realizar cada paso.
- Es evidente que, al avanzar de la sociedad, avanzaron los medios de comunicación. Hoy en día contamos no solo con radio y periódicos, sino también con televisión, internet y dentro de éste las redes sociales que han revolucionado al mundo. Con esta evolución tan solo en cuestión de segundos podemos volver a una persona desconocida en alguien odiado o amado por todos.
- Los medios de comunicación cegaron a las personas y su capacidad de pensamiento para poder tener un panorama abierto y un mejor entendimiento de cada proceso penal que inicia luego de conocerse el hecho aparentemente delictivo por todo un país. Dentro de los titulares de las noticias se puede evidenciar los señalamientos que hacen faltando al principio

constitucional de la presunción de inocencia, que no solo debe ser respetado por quienes³⁶ participen dentro del proceso penal, sino también por toda la sociedad, ya que las consecuencias de ese señalamiento son fatales, incluso para el desarrollo de la presunción de inocencia.

- Pareciera que los medios de comunicación desconocieran sus alcances, y por eso se dieran tales consecuencias en uso de dichos medios (prefiero creer lo anterior a considerar que los medios de comunicación se utilizan buscando influir de manera excesiva, errónea y mal intencionada en el ideario colectivo, causando repercusiones que más allá de estar transmitiendo una imagen cercana a la realidad, tergiversan y manipulan al son de intereses individuales y a veces oscuros).
- El aumento de penas derivado de reformas legislativas puede resultar problemático, teniendo en cuenta lo afirmado por Cesare Beccaria en su obra “De los delitos y de las penas” el fundamento de la pena es lo útil que pueda llegar a ser y esto implica que el fin de la pena no es el sufrimiento y la tortura. . Teniendo en cuenta a Montesquieu, es válido afirmar que *“la pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica”* (Beccaria). Las penas deben ser proporcionales al delito cometido, se deben orientar por criterios de humanidad; lo que hace exitoso a este presupuesto es el hecho de que la pena sea segura, es decir, genera una conciencia colectiva de que una pena será impuesta independientemente de lo alta o cruel que esta pueda llegar a ser; por tal motivo, a veces es mejor tener la certeza de que se impondrá una pena, así sea moderada, que infunda un miedo dentro de la sociedad, y no tener un tipo penal con una condena desmedida, pero con una incertidumbre de si la aplicación de dicha pena será efectiva o no. (Beccaria)

- El hecho de que en Colombia el populismo punitivo se use con fines políticos, hace que³⁷ el medio de comunicación genere un sentimentalismo y, basado en esto pueda hacer su campaña política para conseguir popularidad y una posible victoria. O sea que, según esto, el populismo punitivo en Colombia nació para favorecer a la clase política. Esto lo hacen mediante el discurso de protección a la comunidad, pero como tal no hay propuestas concretas para lograr esos fines, y es por ello que buscan que el medio de comunicación interfiera dentro del proceso penal.

- El mismo gobierno debería hacer programas de ayuda a pos penados, pues es su deber la resocialización del delincuente y esta no solo termina cuando sale de prisión, se extiende a sus primeros pasos en la libertad, precisamente porque es allí donde se puede evitar la comisión de nuevos delitos.
- Podría ayudar el hecho de que a los medios de comunicación se les exija un test de razonabilidad a la hora de hablar de producir una noticia relacionada con un delito.
- Se podría aplicar una teoría reduccionista, la cual busca reducir el derecho penal, implica reconocer y aceptar la existencia del derecho penal y buscar alternativas para su configuración.
- Entre las opciones está que, en algunos delitos, en vez de pena de prisión, su condena sea la reparación de la víctima y a la sociedad (restringir su libertad puede generar efectos contrarios) y con esto darle un espíritu más humanista al proceso. Se le aporta algo positivo a la sociedad y se cumple la finalidad de resocializar. Para este caso los medios deberían tomar una posición de apoyo hacía estas personas y no de destrucción. La idea es que se tenga en cuenta la perspectiva de la prevención general ya que esta dice que no siempre la pena privativa de la libertad resulta necesaria.
- En Colombia no se ha logrado la finalidad de prevenir la comisión de delitos, queriendo decir esto que falló la estrategia consistente en adelantar el poder punitivo, por lo que hay que buscar otros mecanismos. Se debería optar, no solo por la aplicación de un derecho penal mínimo, sino también por fomentar la educación: educar e instruir para no delinquir.

- Velázquez, F. V. (2018). *Fundamentos De Derecho Penal-Parte General*. Bogotá D,c, Colombia: Alternativa Gráfica LTDA.
- Jaramillo, A. F. (06 de Febrero de 2020). "Los jueces no miden a las partes con el mismo rasero". (Á. Jurídico, Entrevistador) Obtenido de *Ámbito Jurídico*:
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/constitucional-y-derechos-humanos/los-jueces-no-miden-las-partes-con-el-mismo>
- Pinilla, D. M. (04 de abril de 2019). El sistema penal nació colapsado. (A. Jurídico, Entrevistador)
- Deu, T. A. (1995). Pena y Proceso: Fines Comunes y Fines Específicos. *Anuario De Derecho Penal y Ciencias penales*, 48, 441-464.
- Coria, D. C. (2006). Garantías Constitucionales del Proceso Penal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-30.pdf>
- Vanegas, A., & Merizalde, F. (2002). *Estado de las garantías en el proceso penal colombiano. Necesidad de una reforma al sistema de enjuiciamiento*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C.
- Corte Constitucional, C-289 (Corte Constitucional 18 de abril de 2012). Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-289-12.htm>
- T-672 de 2015 (Corte Constitucional 2015).
- C-276 de 2016 (Corte Constitucional).
- Grupo de Prisiones, Universidad de los Andes. (2019). *Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia (2017-"018)*. Universidad de los Andes.
- Jiménez, H. L. (1982). *Derecho Procesal Penal*. Bogotá D.C: Temis.
- Ladeira López, R. (1996). El juez y la Justicia Penal-Humanización del proceso y derecho a Castigar. *Revista De La Universidad Católica de Valparaiso*, 211.
- Kelsen, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho*.
- SP3964-2017, 43665 (Sala de Casación Penal 22 de marzo de 2017). Obtenido de Corte Suprema De Justicia: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/JUEZ%20PRINCIPIO%20DE%20IMPARCIALIDAD.pdf>
- Sotomayor, J. O. (2017). Investigadores buscan el equilibrio entre el derecho penal y el constitucional. *Revista universidad EAFIT* 165.
- Sentencia C-473. (2016). *Corte Constitucional*. Obtenido de Corte Constitucional : <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-473-16.htm>
- Sentencia C-536 de 2008 (Corte Constitucional 29 de Mayo de 2008).
- Londoño, H. (2015). *Perspectivas y retos del proceso penal (compilación)*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Sampedro Arrubla, J. A. (2019). La re-humanización del proceso penal. En J. A. Sampedro Arrubla, *La Re-humanización del proceso penal* (pág. 43). Bogotá: Ibañez.
- Ferrajoli, L. (s.f.). Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Trotta.
- Sampedro Arrubla, J. A. (2019). La Re-Humanización del Proceso Penal. En J. A. Sampedro Arrubla, *La Re-Humanización del Proceso Penal* (pág. 50). Bogotá: Ibañez.
- Beccaria, C. (s.f.). De los Delitos y de las Penas. En C. Beccaria. Temis.
- Sentencia C-473. (2016). *Corte Constitucional*. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-473-16.htm>

- Sentencia C-473. (2016). *Corte Constitucional*. Obtenido de Corte Constitucional: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-473-16.htm>
- Becker, H. (1963). *Outsiders; studies in the sociology of deviance*. Chigago, Illinois: Siglo XXI Editora Iberoamericana.
- Sentencia T-1198 de 2004, T-1198/04 (Corte Constitucional 2004).
- Sentencia T-218 de 2009, T218/09 (Corte Constitucional 2009).
- Bernal Castro, C. A., & Moya Vargas, M. F. (2015). *Libertad de Expresión y Proceso Penal*. Bogotá D.C: Universidad Católica De Colombia.
- Fernandez Leon, W. (2012). Populismo Punitivo. (A. Juriídico, Entrevistador)
- Guzmán, D. A. (2014). *El populismo Punitivo: Una Mirada En Colombia*. Bogotá DC, Colombia: Facultad De Derecho-Universidad Manuela Beltrán.
- Bahamón, J. (2020). *Historias Privadas de la Libertad*. Planeta.
- Bahamón, J. (2020). *Historias Privadas de la libertad*. Bogotá D.C: Planeta Colombia S.A.
- Jiménez, H. L. (2016). *El Banquillo De Los Acusados-Prólogo*. Medellín: Ibañez.
- Jiménez, H. L. (1992). *Derecho Procesal Penal*. Bogotá D.C-Colombia: Temis.
- Coria, D. C. (s.f.). *Jurídicas UNAM*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-30.pdf>
- López, R. L. (1996). El juez y la justicia penal- Humanización del proceso y derecho a castigar. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 213.
- Solar, J. M. (2015). *La viabilidad De las Justicias Alternativas en el proceso penal*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Ferrajoli, L. (1985). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Parra, W. J. (2006). El derecho penal y la política criminal de enemigo en colombia. *Derecho y realidad*, 162.
- Carlos Andrés Bernal Castro, M. F. (2015). En C. A. Moya, *Libertad de Expresión y proceso penal* (pág. 81). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- (2015). En C. A. Vargas, *Libertad de expresión y proceso penal* (pág. 107). Bogotá D.C: Universidad Católica De Colombia.
- León, W. F. (30 de Octubre de 2012). Populismo Punitivo. (Á. Jurídico, Entrevistador)
- León, W. F. (30 de Octubre de 2012). Populismo Punitivo. (Á. Jurídico, Entrevistador)
- Pavarini, M. (1983). *Control Y Dominación*. Buenos Aires-Argentina: Siglo Veintiuno Editores Argentina.
- Zuluaga Henao, C. I., & Velez Galvis, E. (2013). *Las víctimas y el reconocimiento de su participación en el proceso penal acusatorio*. Trabajo de grado, Universidad Católica Del Norte y Universidad De Medellín .
- Aristoteles. (1873). *Moral a Nicomano, Libro X, Capitulo III*.
- Zaffaroni, R. E. (27 de Octubre de 2014). *La Criminología mediática-la Cuestión Penal*. Obtenido de YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=HNKlgOS6ics>