

**LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL
COLOMBIANO: LA MATERIALIZACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA Y EL
DEBIDO PROCESO UNA MIRADA DESDE 1789.**

JORGE HERNANDO RODRÍGUEZ LOZANO

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAGISTER EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ, D.C.
2015**

**LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL
COLOMBIANO: LA MATERIALIZACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA Y EL
DEBIDO PROCESO UNA MIRADA DESDE 1789.**

JORGE HERNANDO RODRÍGUEZ LOZANO

**Monografía de grado como uno de los requisitos para optar por el título de
Magister en Derecho Penal**

**Director de monografía
DR. Alfonso Daza González**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAGISTER EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ, D.C.
2015**

DEDICATORIA

A la constancia y el deseo siempre de terminar los proyectos iniciados, a la fe y la constancia.

AGRADECIMIENTOS

A la inquietud académica del Doctor Edmer Leandro López Peña.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	10
1.1. IDENTIFICACIÓN, DEFINICIÓN DEL PROBLEMA Y EXTENSIÓN DEL ESTUDIO.....	10
2. JUSTIFICACIÓN	11
3. OBJETIVOS	12
3.1. OBJETIVO GENERAL.....	12
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
4. HIPOTESIS DEL TRABAJO	13
5. METODOLOGÍA.....	14
CAPITULO 1: LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL DE 1789	15
6. La revolución Francesa y sus antecedentes Históricos.....	15
6.1. Antecedentes políticos y nociones de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.....	15
6.2. El espíritu filosófico de la revolución francesa y el nuevo derecho penal ...	20
6.2.1. La división de poderes.....	20
6.2.2. La ilustración	25
6.2.3. El ius puniedi en la revolución francesa.....	29
7. La Dignidad Humana: El camino hacia el reconocimiento del debido proceso en 1789	30
8. Derechos y garantías del derecho penal en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.....	31
8.1. Derecho a la igualdad.....	31
8.2. Derecho a la libertad.....	32
8.3. La ley como manifestación de la voluntad general: El principio de Legalidad.....	34
8.4. El debido proceso.....	37
8.5. Proporcionalidad de la pena	38
8.6. La presunción de inocencia	40
CAPITULO 2: EL NUEVO PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL IMPACTO LOS NUEVOS IDEALES EN 1948.....	42
9. Antecedentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos	42
9.1. La declaración Universal de Derechos humanos.....	44

9.2.	La ley natural.....	48
10.	Derechos y garantías del derecho penal contemplados en la declaración universal de los derechos humanos.	50
10.1.	Igualdad y protección contras la discriminación	51
10.2.	El derecho a la libertad.....	54
10.2.1.	La detención.....	58
10.2.2.	La prisión arbitraria.....	60
10.3.	Reconocimiento de la personalidad jurídica	61
10.4.	Prohibición de la esclavitud y la trata de personas	62
10.5.	El debido proceso.....	67
CAPITULO 3:	LA CONSTITUCIÓN DE 1991	74
11.	La constitución de 1886 y los derechos humanos	74
12.	La constitución de 1991 y su integración a los derechos humanos.....	76
12.1.	El nuevo concepto de persona.....	77
12.2.	La incorporación de los derechos humanos en el sistema penal colombiano..	78
12.2.1.	La dignidad Humana	78
12.2.2.	El derecho a la igualdad.....	80
12.2.3.	El derecho a la libertad.....	81
12.2.4.	Reconocimiento de la personalidad jurídica.....	85
12.3.	El debido proceso.....	86
12.3.1.	El principio de legalidad.....	93
12.3.2.	El principio de publicidad.....	95
12.3.3.	El principio de juez natural	97
12.3.4.	El principio de favorabilidad	98
12.3.5.	La presunción de inocencia	100
12.3.6.	El derecho de defensa.....	101
12.3.7.	El principio de celeridad	103
12.3.8.	El principio de la doble instancia.....	104
12.3.9.	El principio de prevalencia de las normas sustanciales	105
CAPITULO 4:	La ley 906 de 2004, el juez con función de control de garantías y la materialización de garantías procesales.....	107
12.4.	Principio de la dignidad humana	110

12.5.	Principio de la libertad.....	110
12.6.	Principio de igualdad.....	113
12.7.	Principio de imparcialidad	117
12.8.	Principio de legalidad.....	120
12.9.	Principio de juez natural	123
CONCLUSIONES.....		125
BIBLIOGRAFÍA.....		132

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO: LA MATERIALIZACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA Y EL DEBIDO PROCESO UNA MIRADA DESDE 1789.

“si la pobreza de mi ingenio, mi escasa experiencia de las cosas presentes y las incompletas noticias de las antiguas hacen esta tentativa defectuosa y no de grande utilidad, al menos enseñare el camino a alguno que con más talento, instrucción y juicio realice lo que ahora intento, por lo cual si no consigo elogio, tampoco merecerá censura”.

Nicolás Maquiavelo

INTRODUCCIÓN

A principios del siglo XIX los derechos humanos eran simples ideales y anhelos de la humanidad. A raíz de ello se generó una lucha continua por su reconocimiento. Lo anterior se logró a través de innumerables instrumentos internacionales como Declaraciones, convenios y protocolos e instrumentos nacionales como la constitución política, leyes y decretos que establecieron una amplia gama de derechos humanos o fundamentales. El presente trabajo de grado contiene la descripción de la evolución histórica de los derechos humanos, como manifestación del respecto a la dignidad humana y el debido proceso, desde el panorama de los efectos que han tenido sobre los principales principios del sistema penal colombiano.

El primer capítulo del trabajo presenta el panorama de los derechos humanos en el sistema penal antes y después de la revolución Francesa de 1789. Además el impacto del reconocimiento de la igualdad jurídica y en todo sentido que proclamó la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano e implicó una serie de reconocimientos para las personas y una serie de garantías para el sistema penal.

El segundo capítulo describe la situación de los derechos humanos con posterioridad a la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, así como, los sucesos que dieron paso a la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 realizando un breve recorrido por los derechos y garantías reconocidos en 1789 y su situación actual con el nuevo instrumento internacional.

El tercer capítulo hace el análisis de los derechos humanos, la dignidad humana y el debido proceso, el principio de legalidad, la libertad e igualdad en el sistema penal colombiano luego de la Constitución Política de 1991 realizando una breve comparación de la situación como se venían tratando antes de su adopción en vigencia de la constitución de 1886 y el ahora, frente a un sistema garantista y un Estado social de Derecho que permea el Sistema Penal Colombiano en vigencia de ley 906 de 2004.

Culminado el estudio de los derechos enunciados, en el cuarto capítulo se realiza un análisis a la figura del Juez con Función de Control de Garantías por medio del cual se indaga cual fue el efecto de la creación de esta figura en la Ley 906 de 2004 respecto de los principios y derechos ya estudiados y de sus actuaciones alrededor del proceso penal y respecto del investigado.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. IDENTIFICACIÓN, DEFINICIÓN DEL PROBLEMA Y EXTENSIÓN DEL ESTUDIO.

La dignidad humana y el debido proceso son los principios fundamentales en cualquier sistema penal pues abarcan la mayoría de garantías que se les reconocen a las personas que se ven inmersas en un proceso de esta índole. En Colombia su práctica depende de los administradores de justicia, así como, de cada una de las instituciones que posee el Estado Social de Derecho.

En cada una de las épocas de la historia se puede evidenciar un peldaño de la evolución de cada uno de estos derechos como el caso de la Revolución Francesa de 1789 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; la Declaración Universal de Derechos Humanos y posteriormente la Constitución Política de 1991. Cada uno de estos documentos tiene un común denominador que es el reconocimiento de derechos como la igualdad, la libertad, el debido proceso, la proporcionalidad de la pena y los principios como la presunción de inocencia, la legalidad, la dignidad humana, entre otros.

Cabe entonces preguntarse, qué efectos tienen la inclusión de los preceptos de dignidad humana, igualdad, libertad, legalidad, proporcionalidad de la pena, debido proceso en la Constitución Política de 1991 y sus consecuencias sobre las ley 906 de 2004 en figuras como la del juez con función de control de garantías. Quien es el encargado de mediar sobre el conflicto que se presenta entre el ejercicio del ius puniendi y los principios, garantías y derechos de las personas.

A través del trabajo de grado, se estudiarán los fundamentos jurídicos y filosóficos de cada uno de los preceptos ya mencionados como garantías generales del sistema penal, su concepto, la importancia de esos derechos en relación con otros derechos contemplados, sus antecedentes históricos y su evolución.

Así mismo, la relación que tienen con la figura del Juez con Función de Control de Garantías, ya que como gran novedad en el Sistema Penal en vigencia de ley 906

de 2004 significa el desarrollo de las etapas del debido proceso y las garantías mínimas con las que se dota al involucrado en un proceso para hacer valer sus derechos de legalidad, acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos, entre otras.

2. JUSTIFICACIÓN

El derecho a la dignidad humana y el debido proceso son los derechos fundamentales con más desarrollo jurídico y fundamentación, es así como se han contemplado en documentos de carácter internacional como la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

En Colombia el concepto de Estado social de Derecho se introduce a partir de la Constitución Política de 1991, y con ello el deber del Estado en la protección y garantía de la dignidad humana, el debido proceso, la igualdad, la libertad, la legalidad y por ende, los derechos fundamentales reconocidos a las personas el simple hecho de tener tal calidad.

El derecho a la dignidad humana y el debido proceso son derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1991 y también parte fundamental del Sistema Penal actual. Es deber del Estado procurar su defensa cada vez que estos sean vulnerados. Los funcionarios judiciales y la fuerza pública en ejercicio de su función deben garantizarlos y protegerlos.

En este sentido, se analizará la figura del Juez con Función de Control de Garantías respecto de cada uno de los principios que se asocian con el desarrollo del debido proceso y la materialización de la dignidad humana en el Sistema Penal con Ley 906 de 2004. Lo anterior, por cuanto la función que se le otorga de defensor de las garantías de los procesados generó un cambio con grandes

alcances que permeo cada una de las etapas procesales. De esta forma, el presente trabajo, servirá de guía analítica y crítica de la situación de estos derechos frente a las normativas referentes al tema en el Estado Colombiano actualmente.

La figura del juez con Función de Control de Garantías es indispensable en el Sistema Penal Colombiano y más allá de su imagen tergiversada, implica la materialización de principios de la dignidad humana, el debido proceso, entre otros. Por lo que la ausencia de esta figura sería un retroceso normativo en lo atinente a la protección de los derechos fundamentales.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar cuáles han sido los efectos de la evolución normativa del sistema penal en relación con la materialización de la dignidad humana y el debido proceso con sus principios complementarios desde 1789 hasta la creación de la figura del Juez con función de control de garantías en Ley 906 de 2004.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ❖ Establecer el contexto y los antecedentes del sistema penal en 1789 y la incidencia de la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano respecto de los principios de legalidad, dignidad humana, libertad, igualdad y debido proceso.
- ❖ Definir cuál es la importancia del argumento desarrollado en el sistema penal de 1948 y la declaración universal de los derechos humanos.
- ❖ Establecer cuál es la situación actual de los derechos humanos respecto a la materialización de la dignidad humana y el debido proceso en el sistema penal colombiano en vigencia de la ley 906 de 2004 y la figura del juez con función de control de garantías y su relación con la constitución de 1991.

4. HIPOTESIS DEL TRABAJO

Para resolver el interrogante propuesto en el presente trabajo es importante partir de cuatro momentos históricos que nos permiten dilucidar en la historia como ha sido el tratamiento de algunos preceptos que actualmente se incluyeron como garantías en la Constitución Política de Colombia y el en el sistema penal actual.

En 1879, época en la que se desarrolló la Revolución Francesa se documentó uno de los instrumentos que implican el reconocimiento de prerrogativas al pueblo, esto es el triunfo del principio de legalidad, igualdad, debido proceso, proporcionalidad de la pena, presunción de inocencia y proporcionalidad de la pena que pudo influir de manera significativa en el sistema penal de la época, dónde primaba la arbitrariedad del Rey y de sus gobernantes.

Para Colombia, fue la base para señalar derechos que fueron consignados en la Constitución Política de 1886 que si bien es cierto, contemplo una serie de enunciados provenientes del legado de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano se limitó a enunciarlos y no a garantizarlos como en aquella época revolucionaria donde implicaba el reconocimiento del pueblo y la ley como emanación de su voluntad general.

La situación cambia radicalmente con la promulgación en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pues después de la primera y en especial de la Segunda Guerra Mundial se constituye una preocupación a nivel internacional de la protección de los Derechos Humanos y la no repetición de actos como aquellos. Se instituyen una serie de derechos que garantizan a la humanidad el respeto de su dignidad humana y el debido proceso a través de la concreción del principio de legalidad, igualdad y protección contra la discriminación, reconocimiento de la personalidad jurídica y la abolición de todas las formas de esclavitud y servidumbres humanas. Generando una nueva etapa del reconocimiento de derechos donde a diferencia de lo que sucedía en con la Constitución de 1886, se instauraron como derechos de obligatorio reconocimiento y cumplimiento. De allí que se generara una preocupación por la humanidad y sus derechos.

Mandatos que se incluyen en la Constitución de 1991 como un pliego de garantías que tienen todas las personas en cada evento en el que sean involucrados, de estricto cumplimiento y se establecen acciones para concretarlas. Esto se configuraba un hecho innovador respecto de la época de 1886 pues la facultad de exigirle al Estado su cumplimiento evidenciaba una nueva forma de interacción Gobernantes-Pueblo, el “Estado Social de Derecho”.

Estamentos que inspiraron la promulgación de leyes como la ley 600 de 2000 y la ley 906 de 2004. En primer lugar, la ley 600 instituyó la figura de la detención donde se evidencian principios y en segundo lugar, con ley 906 se crea la figura del Juez con Función de Control de Garantías que se constituye como el principal garante de la protección de la libertad y los derechos fundamentales de los involucrados en el proceso penal.

5. METODOLOGÍA

La presente investigación torna un nivel Descriptivo-Analítico. Es Descriptiva porque identifica, describe y analiza los principios de legalidad, dignidad humana, debido proceso, igualdad, libertad, en cuatro etapas de la historia: 1789 y la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la Constitución Política de 1886, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la promulgación de la constitución Política de Colombia con sus efectos sobre la promulgación de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Es analítica, en la medida que con cada etapa histórica estudiada se revisa cual fue la situación de cada uno de los principios y derechos reconocidos y se elaboran comparaciones que permiten dilucidar el nivel de progreso de cada uno.

CAPITULO 1: LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PENAL DE 1789

6. La revolución Francesa y sus antecedentes Históricos

La revolución francesa es uno de los eventos históricos más importantes, ya que fue el momento en el cual se separa la época donde los grandes reyes y la nobleza eran los protagonistas del gobierno al tiempo en el que el pueblo se gobierna así mismo, pero con representantes elegidos democráticamente. Fue un proceso muy largo, por medio del cual se logró instaurar en Francia un gobierno republicano democrático que sustituyó el gobierno monárquico; se está en presencia de una sociedad con grandes conflictos que generan inestabilidad y en razón a ello, múltiples enfrentamientos. En la revolución, aparecen conceptos como las constituciones, las elecciones y las facciones políticas que posteriormente desarrollarían los partidos políticos, basados en documentos de gran relevancia que cimentaron sus ideales posteriores, entre los que conviene resaltar:

- a. La carta magna de 1215: Al respecto del debido proceso señaló que es un principio legal que da la obligación al Estado de proteger y respetar todos los derechos que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico que otorga a todas las personas herramientas y garantías mínimas que aseguran un trato justo y equitativo dentro del proceso, así quedo señalado en su artículo 20: “Ningún hombre libre podrá ser multado por una pequeña falta, sino según el grado de la falta; y por un gran crimen, en proporción a la gravedad de él; salvas las cosas que posee juntamente con el fundo que tiene; y si fuere comerciante, salvo su mercadería. Y un villano podrá ser multado de la misma manera, salvo su aparejo de carro, si cayere bajo nuestra clemencia; y ninguna de las dichas multas será adjudicada sino por el juramento de hombres buenos del vecindario (por un jurado)”. Lo que implica la oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones o peticiones frente a una autoridad legítima como lo es el juez. “El debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las

personas del estado. Cuando el gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley”. (BUSTAMANTE BUSTAMANTE, pág. 30, 2012)

El debido proceso¹ se ha convertido en un límite a las leyes y los procedimientos legales razón por la cual los jueces y legisladores deben definir y garantizar los principios fundamentales como la imparcialidad, justicia y libertad. Esta interpretación del debido proceso se expresa a veces como el deber del gobierno de actuar imparcialmente con los ciudadanos que solicitan se les administre justicia y materializa el deber de no abusar físicamente de ellos.

b. Petition of rights 1628:

Es un documento constitucional de origen inglés que estableció garantías concretas para los súbditos de aquella época, garantías que el rey no podía vulnerar en ningún caso. Promulgada el 7 de junio de 1628, la petición contenía restricciones sobre impuestos no establecidos por el parlamento, acantonamiento forzado de soldados en casas particulares, encarcelamiento sin causa y restricciones en el uso de la ley marcial.

Sobre el debido proceso declaró: “IV. Y en el vigésimo octavo año del reinado de Estuardo Tercero, fue declarado y promulgado por la autoridad del parlamento, que ningún hombre de cualquier Estado o condición será expulsado de su vivienda o de sus tierras, ni arrestado, ni encarcelado, ni desheredado, ni condenado a muerte sin haber tenido la oportunidad de declarar conforme al proceso legal debido”. De allí que ningún individuo libre debe ser encarcelado o detenido sin pruebas.

¹ “El desarrollo de este principio ha supuesto una ampliación de sus primeros significados llegándose a identificar, en algunos casos con la propia función jurisdiccional o, incluso, con la propia idea del Estado de Derecho”. (ESPARZA LEIBAR, I. *El principio del debido proceso*, Bosch, Barcelona, págs.228 y ss. (1995)

c. Habeas corpus act 1679

Se incorpora 1679 en Inglaterra, a su constitución la Habeas Corpus Act no fue un instrumento reconocido de derechos ya que es el más efectivo mecanismo de protección procesal de derecho a la libertad de persona humana y se estableció como una garantía de los ingleses contra las detenciones arbitrarias de los reyes.

Donde se extracta lo siguiente:

“Considerando que los alguaciles, carceleros y otros funcionarios, bajo cuya custodia ha sido detenido algún súbdito de un Rey por asuntos criminales o supuestamente criminales, se retrasan mucho en complementar los mandamientos de Habeas Corpus que se les dirigen, oponiéndose con un seudónimo o varios al Habeas Corpus e incluso más, y con otros trucos para evitar la obediencia debida a tales mandamientos, en contra de su deber y de las conocidas leyes del país, por lo cual muchos súbditos del Rey han sido, y todavía pudieran ser en adelante, retenidos en prisión en casos en los que, según la ley, podían prestar fianza, para su mayor molestia y vejación” (REY CANTOR, 2007, pág. 59)

El Habeas Corpus como garantía fue el primer aporte al Derecho Procesal Constitucional aceptado por el parlamento, que fue jerarquizado después por las Constituciones Políticas y posteriormente en los Tratados internacionales que reconocen y protegen los Derechos Humanos.

d. Bill of Rights 1776

El Bill Of Rights se arriba a una Revolución Gloriosa comprendida en los años 1688 a 1689, esto dio pie para deponer al Rey y adoptar un Bill Of Rights, el cual fue aceptado por Inglaterra, Guillermo de Orange y su esposa María II Estuardo. En sentido general, este documento establece que las leyes están por encima del rey y de igual forma, recuerda que tanto el rey como el parlamento tienen unos deberes y obligaciones que deben acatar. Su importancia radica en los límites que le impuso al poder absoluto que hasta ese momento ostentaba el monarca.

Los puntos más destacados del Bill of Rights incluyen como lo señala SCHWARTZ:

- “1. Las elecciones del parlamento serán libres.
 2. Los parlamentarios tendrán libertad de expresión dentro y fuera del parlamento.
 3. El rey no puede suspender una ley que haya sido votada por el parlamento.
 4. El rey no puede crear ejércitos propios.
 5. El rey no puede levantar impuestos por su cuenta.
 6. En los juicios no se impondrán castigos excesivos.
 7. Los nombres de los miembros del jurado se darán a conocer públicamente”.
- (pág.40, 1971)

Unos años más tarde, con la Revolución Francesa se proclama la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dada en 1789 como consecuencia de las luchas por la igualdad ante la ley, las contradicciones económicas, sociales y políticas entre la nobleza, el clero y el tercer estado, y de este frente al monarca absoluto. Este evento histórico, impulsado por los aportes de los pensadores ilustrados de la época con ideales que implicaban el sometimiento del monarca no a las leyes ordinarias sino a las leyes morales y los pactos establecidos entre los vasallos y por otro lado de la corriente iluminista con tres bases sobresalientes: el deísmo, el racionalismo y el iusnaturalismo. El deísmo desconoce a la iglesia y prescinde del dogma, la revelación y el culto y solo tiene tolerancia en el campo ideológico, el racionalismo es admitir la ley hecha por los hombres tiene fuerza y potencia suficiente para tener en cuenta la realidad política y el iusnaturalismo es racional.

Los Derechos humanos surgen como normas de carácter jurídico en el transcurso del Siglo XVII en los Estados, como una limitación del poder de los mismos en

relación con sus súbditos, destacando la primera forma de libertad reconocida, el de la libertad de opción religiosa.

6.1. Antecedentes políticos y nociones de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Entre 1789 y 1799, cuando Napoleón Bonaparte alcanzo el poder, Francia tuvo una gran etapa de inestabilidad tanto a nivel social como político marcados por eventos traumáticos, confusos y violentos.

Si bien es cierto, los gobiernos monárquicos se caracterizaron por su estabilidad en la medida que los reyes permanecían por largos periodos en el trono y eran sucedidos sin inconveniente por sus hijos, en la época de la revolución francesa, los gobiernos empezaron a durar periodos muy cortos. La disputa por el poder se volvió un aspecto cotidiano que lo único que traía consigo era oleadas de violencia y guerras, tal es el caso de épocas como “el gran miedo” y la “época del terror”.

La revolución francesa dejo muchos legados, uno de los más importantes fue la transformación política que consistió principalmente en la proclamación de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley y en la consolidación de la república.

Antes de la revolución francesa, es decir, el tiempo que se conoce como antiguo régimen las diferencias que existían entre las personas se veía de forma normal y se aceptaban los privilegios a los nobles. Cada localidad se caracterizaba por estar a cargo de un señor feudal el cual tenía un título de nobleza y con el cual se mostraba superior a los campesinos. El señor feudal acrecentaba su riqueza a costa de los campesinos ya que se les cobraba por vivir en las tierras, por cultivarlas, incluso un peaje de paso y el campesino no solo tenía que vivir con estas dificultades, sino que además, periódicamente recibía la visita de funcionarios de la nobleza que los despojaban de sus cosechas, con lo que se pagaba un impuesto llamado talla.

La justicia penal del Antiguo Régimen como se ha denominado, se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional como consecuencia de la

multiplicidad de leyes que eran emitidas, los privilegios de los que gozaba la clase noble y principalmente, por el derecho que propugnaba el rey o sus representantes que castigaban sin observar procedimiento regular alguno. Las órdenes del rey constituían toda una forma represiva de una mal llamada "Justicia Regular". El Soberano, directa o indirectamente, reclama, decide y ordena ejecutar los castigos. Este sistema tiene como fundamento, el entonces vigente "crimen majestatis" y en razón a ello, cualquier acción, por más insignificante que fuera implicaba un delito en potencia. De allí que el derecho a castigar fuese considerado como un aspecto subjetivo que tenía el soberano para confrontar a sus enemigos.

Fue a mediados del siglo XVIII, cuando filósofos, juristas, magistrados, políticos, protestan y tratan de modificar el sistema represivo y arbitrario que los había está rigiendo. Su objetivo fundamental era someter a un control estricto las disposiciones normativas de la época y que tanto agravio les habían causado. Se trató de estructurar una nueva actitud política conveniente para poner en marcha una nueva manera de ejercer el derecho de castigar.

Esta nueva actitud encuentra su apoyo en teorías como el contrato social de Rousseau, mediante la cual se avaló la necesidad de ceder un poco de su libertad al poder público para lograr un acuerdo que los favoreciera a todos. De esta manera, se entiende que el ciudadano ha aceptado todas las leyes de la sociedad, aun aquellas que le imponen sanciones por determinados actos. Quien viola el pacto se convierte en el enemigo de toda la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone.

6.2. El espíritu filosófico de la revolución francesa y el nuevo derecho penal

Después de hechos como la toma de la bastilla, el aumento del desprestigio del rey Luis XVI y la destitución de Necker personaje estimado por el pueblo en la medida que fue de los primeros en proponer que un equilibrio en la sociedad podía lograrse si el Estado ejercía su función asistencial plenamente, por ello afirmaba

que “Corresponde al gobierno, intérprete y depositario de la armonía social, a él corresponde hacer para esta clase desheredada todo lo que el orden y la justicia permitan”, se vio la necesidad de legitimar los nuevos derechos adquiridos, lo que se lograría mediante la designada para ello que era la Asamblea Nacional Constituyente.

Mediante los Decretos 4 y 11 del mes agosto de 1789 se decretaron los derechos y deberes, tanto de los feudales como censales. Los que se refieren a la mano muerta real y personal y a todos, son abolidos sin indemnización alguna y las tasas de redención serán fijadas por la misma asamblea.

Entre los cambios que se incluyeron se destacaron:

- a. Todas las justicias señoriales son suprimidas sin ninguna indemnización. (Art. 1, Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano)
- b. Todos los diezmos y censos bajo cualquier denominación son abolidos.
- c. Todas las rentas raíces perpetuas de cualquier clase serán redimibles. A futuro no existirá ningún censo redimible.
- d. La justicia se volverá gratuita.
- e. Los derechos fortuitos de los curas reales son suprimidos.
- f. Los ciudadanos, sin distinción de nacimiento podrán ser admitidos a todos los oficios sin posibilidad de deshonor alguna. Como consecuencia de la igualdad jurídica cualquier hombre puede acceder a cargos y honores, eliminando así, los entes privilegiados y no privilegiados.
- g. Se declaró obligatorio para todos el pago de impuestos
- h. Se declaró la libertad de cultivo y de cercar los campos. Cambio que en muchos casos eliminó tradiciones beneficiosas para los campesinos.

El segundo paso, fue la extinción de la propiedad sobre los bienes eclesiásticos para mitigar el déficit de hacienda y fueron declarados propiedad nacional y puestos a la venta mediante subasta pública (Noviembre de 1789). Hechos que fueron aprovechados en gran medida por los burgueses y campesinos acomodados, quienes compraron las propiedades.

Se crea un nuevo sistema fiscal en el que todos deben pagar al Estado basado en tres grandes impuestos:

- a. Sobre la renta de la tierra.
- b. Del dinero.
- c. Del comercio y la industria.

Una vez abolidos los privilegios, declarada la igualdad ante los impuestos y suprimidos los diezmos, la asamblea constituyente procedió a elaborar “la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano” dada a conocer el 27 de Agosto de 1789” por medio del cual se adoptaron los postulados de libertad igualdad y fraternidad como lema del pueblo.

En este documento se resumió todos los preceptos instaurados por la ilustración a través de sus mayores expositores como lo fueron Locke, Rousseau, Voltaire, Montesquieu, entre otros. Uno de los principales logros fue el reconocimiento de una máxima del derecho público francés: “el principio de que toda soberanía reside esencialmente en la nación” (LAMADRID, Pág., 289). “La nación”, decía chevallier que reemplazaba jurídicamente al rey. A partir de esta declaración cada una de las constituciones del mundo empezó a incluir las garantías individuales del hombre.

La declaración en su estructura consta de 17 artículos. En los cuales se consignan principios fundamentales del individuo como persona y como ciudadano, además, la igualdad de todos ante la ley, promulgada en los siguientes términos: “Todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden ser fundadas en el interés común (Art. 1). La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre como lo son la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (Art.2) y que la soberanía es exclusiva de la Nación (Art.3). Los límites solo los establece la ley (Art. 4). La ley solo puede prohibir los actos que

perjudiquen a la sociedad (Art. 5). El debido proceso y la igualdad ante la justicia son otros de los principios consagrados en la declaración”. (GALVIS, 1996, pág. 8)

Su objetivo principal fue proclamar “en presencia y bajo los auspicios del ser supremo” “Los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”. Estos últimos entendidos como un producto de la línea iusnaturalista continental que da lugar al postulado de derechos naturales como derechos individuales “por nacimiento” que no se pierden por el pacto social y que son sagrados para toda autoridad. (OSUNA, Pág.63, 2001). Otro concepto jurídico burgués incorporado fue el Habeas corpus institución que desarrolla la seguridad jurídica y el orden público evidenciado en el artículo 7 que da garantías a los ciudadanos frente a las detenciones arbitrarias. Es un documento avanzado para su época pues fue una declaración de derechos humanos y civiles bastante acertada en sus concesiones.

Preconizaba la igualdad ante la justicia: todos los nobles, plebeyos, católicos protestantes tenían derecho a litigar ante los mismos tribunales, la igualdad de impuestos y todos los franceses al cumplir 25 años sin distinción alguna gozaban de los derechos de ciudadanía.

De esta manera, se instaura una sociedad donde prima la igualdad ante la ley, con una constitución que dicta los lineamientos de la política como una ideología que determina el poder político. Se establece la igualdad en los fines y la democracia y en palabras de Joel Flores citando a SIEYES “El orden instaurado por la igualdad ante la ley otorga a cualquier individuo el mismo derecho. Con ello rompe con los sistemas de exclusión ciudadana de las sociedades anteriores. Sin embargo, se trata de un orden social contradictorio, pues la igualdad que se establece se refiere únicamente a los fines; es decir, al ejercicio de los cargos públicos o de cualquier otro oficio” (2013).

La declaración de 1789 es la primera materialización de la soberanía y los principios de libertad e igualdad como fundamentos de la naturaleza humana. La igualdad política afirmada en 1789 es algo derivado del reconocimiento de la

igualdad civil: es el reconocimiento del individuo como ciudadano (Rosanvallon, 1992). Se tiene entonces que el individuo caracterizado como ciudadano ahora miembro de la nación, independientemente de cualquier estructura económica o política, lo que contribuyó a cimentar las bases de la libertad y la igualdad que eran tan aclamados como derechos del hombre. Por su parte, Rogers Brubaker establece que el éxito de la revolución francesa se dio gracias a cuatro revoluciones que fueron: la revolución burguesa, la revolución democrática, la revolución nacional y la revolución burocrática. Las cuales pueden sintetizar la evolución del concepto de ciudadanía. (1992). La revolución, logró la construcción de un estado o una revolución burocrática como lo llamó Brubaker que eliminó toda clase de obstáculos para ejercer las acciones del estado. Y es que en la época de la monarquía y el absolutismo no era posible el ejercicio de los derechos políticos y mucho menos pensar en los sociales, pues, más allá de atribuir facultades a las personas, lo importante como dice Rawls era aprovecharse de la cantidad de bienes culturales y materiales básicos para extraer mayor libertad con respecto a quienes no tienen ningún bien.

6.2.1. La división de poderes

Montesquieu es una de las figuras más importantes en la historia de los derechos humanos y gran influencia en Europa y América, ya que fue uno de los promotores de ideas de libertad política frente al absolutismo y la concentración de poderes del Estado, como lo manifestó en el espíritu de las leyes: “toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos, ni está definida la división de poderes, no tiene constitución”, texto que le mereció el honor de ser incluido en el artículo 16 de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano. (2003, pág. 226).

La discusión respecto a la división de poderes es relacionada con la libertad política, siendo pertinente señalar que para Montesquieu las leyes no son únicamente las leyes estrictas establecidas, sino las “las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas” (MONTESQUIEU, 1997). Señalaba, que la acumulación de poder político conducía al abuso y la corrupción, por ello, es

necesario que el Estado este repartido entre varios organismos y personas, cada uno con diferentes funciones. A diferencia de su contemporáneo Locke, Montesquieu si hace una aclaración sobre cuáles son los poderes y cual su función específica: la rama judicial que actúa como órgano dirimente de los conflictos suscitados entre los particulares, el poder legislativo que es el encargado de desarrollar las leyes y el poder ejecutivo, que aplica tales leyes. Sin embargo, estos postulados no serían viables si no se aceptara la idea de que la ley está por encima de los tres poderes.

El propósito de los escritos de MONTESQUIEU, se encaminaba principalmente a despojar al Rey (Monarca) del poder que tenía para legislar, incluyendo su monopolio sobre el ius puniendi para poder asignarle esta competencia al pueblo, y la ley atribuirle a los jurisconsultos que la usarían con independencia e imparcialidad.

6.2.2. La ilustración

El iluminismo o filosofía de la ilustración señala BIDART CAMPOS es la versión castellana de la palabra alemana “aufklärung” y puede traducirse como “época de las luces”. (pág. 198). Pero ¿Qué es la ilustración? Es un movimiento que se originó a partir del renacimiento caracterizado por criticar todas las instituciones sociales, económicas y políticas del régimen absolutista.

En la medida que el rey Luis XVI perdía popularidad y cobraban importancia los descontentos, fue cobrando fuerza en las personas la idea de cambiar de forma radical la forma de gobierno. Se culpaba al gobierno de la crisis y se justificaba la intervención de otras personas en la elaboración de la reforma respectiva. Si el siglo XVII vio la culminación de la monarquía absoluta de la que Luis XIV fue la encarnación perfecta, al XVIII se le identifica con el absolutismo ilustrado (DOMINGUEZ, 1990, págs. 3- 4)

Respecto al gobierno, se debían adquirir nuevos compromisos por parte de este como lo era la relación directa con el pueblo, es decir, que fueran más oídos,

como lo decía Kant “querer negarle la libertad de expresión, al pueblo no solo es arrebatarse toda la pretensión de derechos respecto a supremo mandatario..., sino también privar a éste... de aquello que el modificaría si los supiera y le pone en contradicción consigo mismo”. Razón por la cual prohibir el uso público de la razón es un atropello directo a los derechos de los ciudadanos y un camino directo a la tiranía.

Cualquiera que sea el estudio que se realice respecto de esta época va a arrojar el mismo resultado y esto es la “Libertad” como camino hacia la autonomía del ciudadano. La libertad, la igualdad ante las leyes y el individualismo logran la modificación de una sociedad tal fue el caso de la libertad de expresión, la libertad de prensa etc. Es así como se ubica a la persona como sujeto central de las políticas y cambia el derecho penal convirtiéndolo en una regulación argumentada de garantías del individuo frente al poder político.

A partir del momento en que se establecen principios como el de legalidad, el delito y el castigo deben estar previamente establecidos por la ley, lo cual implica una garantía individual que tiene la ley penal, desde época la máxima penal “NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE PRAEIVIA LEGE POENALI” “no hay delito ni pena sin una ley previa que así lo establezca”. Es así que la conducta punible debe estar previamente determinada por la ley.

La situación se modificó radicalmente con la elaboración técnica de autores como Beccaria, Bentham y los legisladores que redactaron el primer y segundo código penal francés de la época, entre sus aportes encontramos:

- a. Beccaria escribió en 1764 una de las obras más importantes en la evolución del derecho penal llamada “De los delitos y las penas” donde consigno principios fundamentales como el de legalidad respecto del delito y la pena. Consideraba que las penas que se imponían para los delitos debían ser proporcionales a las acciones que las originaban, rechazaba la crueldad de las penas de la época, así como la tortura, y proponía algo innovador para la época que era la

abolición de la pena de muerte, salvo en los delitos que pudiesen poner en peligro la seguridad de la Nación.

Más allá del principio de legalidad, empieza a tomar importancia un nuevo principio que es el de la necesidad de la pena, pues para él, la pena no debía ir más allá de la necesidad de preservar el vínculo entre los hombres, pues de otro modo sería rigor innecesario que desvirtuaría la ley penal y provocaría la corrupción en la sociedad como lo señalaba Montesquieu. (CANTARO; SIERRA, 2005, pág. 135).

La nueva concepción del concepto de criminal hace referencia al que perturba a la sociedad. La idea de criminal se asocia a la persona que rompe el pacto establecido con la sociedad, lo que abre las puertas a una nueva generación de la teoría del crimen y la penalidad.

Los filósofos políticos del siglo XVIII tienen el crédito de haber sustituido las penas corporales y capitales por la pena de prisión. En un principio, se tenía como una medida temporal y se realizaba en órdenes monásticas y casas de corrección en países Europeos. El tema de las prisiones era un tema del diario vivir en la Revolución francesa: “Hospitales y cárceles son dos grandes temas de discusión en los salones parisinos en los círculos ilustrados. Se ha convertido en algo escandaloso el que las prisiones sean lo que son: una escuela del vicio y del crimen, y lugares tan desprovistos de higiene que ellos se muere uno” (BENTHAN, 1979, pág. 16)

David Garland afirma que estas instituciones contribuyeron al surgimiento del capitalismo moderno y fueron la base de un moderno sistema penitenciario, Al respecto, Rusche y Kirchheimer manifestaron que las primeras prisiones se establecieron al igual que sus precursores institucionales, para “explotar la mano de obra” y “adiestrar las nuevas reservas laborales” (1999, pág. 207). Así mismo, Rosa del Olmo confirma lo ya expuesto al decir que las casas correccionales, aunque tenían como función principal la de enseñar la disciplina del trabajo, también sirvieron como medios para producir bienes a bajos costos.

Gracias a Beccaria se pudieron sentar las bases que sirvieron para construir una sociedad penal guiada por el ideal de estructurar un sistema de garantía a los sujetos involucrados, que al mismo tiempo legitimaran la actividad represiva del Estado.

b. Jeremías Bentham, es uno de los representantes del utilitarismo más importante de la época tanto por sus teorías penales como sus ideas acerca de la ejecución de la pena. A diferencia de las ideas contractuales que manejaba Beccaria, en su obra “Teoría de las penas y las recompensas” sostiene que la pena debe ser útil y por eso su finalidad debe ser la prevención general, que es lo único que podría legitimarlo. Las penas desde el punto de vista de la utilidad no busca la expiación ni retribución.

Otro teorizador que avalaba la prevención general era Feurbach quien sostenía que “siendo el fin del Estado constituir y mantener el orden en base a la vigencia del derecho se impone evitar por todos los medios posibles transgresiones a éste. La amenaza de pena y la seguridad de su cumplimiento, que en nada limitan la libertad jurídica, persiguen vencer los intentos de ataque a la ley, mediante la coacción psíquica interna que ejercen los hombres” (TERRAGNI, 2000, pág. Pág. 99). En su concepto, las infracciones no se cometerían si las personas al saber que su acción va a seguir un mal que es la pena contienen ese impulso de cometerla.

Como lo manifestaba Foucault en su obra “vigilar y castigar”:

“El castigo tendera, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en la conciencia abstracta; se pide su eficacia a fatalidad, no a su intensidad visible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen; la mecánica ejemplar del castigo cambia sus engranajes” (1998, pág. 16 y 17)

El pensamiento penal en la época iluminista, es pues, de tendencia utilitarista e iusnaturalista, sin perjuicio de que algunos autores se polarizaran hacia una teoría en específico. Mediante el Estado, se tratan de cambiar las estructuras del derecho penal, el delito y la pena. Se vio la necesidad de mejorar la situación de los reos, así como, el estudio de la pena y la función que debía cumplir a su aplicación.

6.2.3. El ius puniedi en la Revolución Francesa

La legislación penal del antiguo régimen se caracterizaba por la relación tan cercana que tenían los conceptos de delito y pecado. Era un nexo totalmente justificado para la época en la medida que la iglesia tenía el poder sobre cada una de las instituciones políticas existentes, de allí que se tuviera la concepción de que el rey cumplía mandatos divinos y la ciencia estaba a la orden de la religión (VON LIZST, 1914, pág. 355). En esta época es la iglesia la que se encarga de determinar qué es lo que está bien o mal, este último denominado también “pecado”.

Uno de los precursores del cambio de ideología respecto de la pena fue el Marqués de Beccaria quien en su libro de los “delitos y las penas” forjó una nueva tendencia que afectaba directamente al castigo, pues a su parecer la pena no servía de nada sino estaba acompañado por la certidumbre del castigo. Propugnaba por la abolición de los castigos excesivos y la pena de muerte. Allí se encuentra el fundamento del interés general y el principio de legalidad por cuanto la ley es la única que puede establecer penas como consecuencia de los delitos y esta tarea no reside en nadie más que el legislador que según el contractualismo de la época representaba a la sociedad unida por un pacto social.

El derecho penal de la época era un derecho de orígenes eminentemente romanos y se caracterizaba por los excesos de las leyes penales. Los monarcas en su afán de hacerse respetar implementaron penas rigurosas. El proceso era puramente inquisitorial “el delincuente un pecador, la confesión la reina de las pruebas conseguida mediante la tortura. El noble no podía ser sometido a tortura

salvo en delitos a su majestad divina o humana” (TERRAGNI, 2000, pág. 85). Es un periodo marcado por las siguientes características:

- a. Las leyes son oscuras
- b. Exceso de las penas: son afflictivas y crueles
- c. Discrecionalidad de los jueces: el principio de legalidad es inocuo en su aplicación ya que la defensa que se realiza se basa en la conciencia general y el sentimiento popular
- d. El derecho penal existe exclusivamente para proteger los bienes del estado y la religión.

7. La Dignidad Humana: El camino hacia el reconocimiento del debido proceso en 1789

En la actualidad, muchas personas consideran que es un hecho natural que tengan derechos y herramientas jurídicas para materializarlos. También es muy usual que recurran a la justicia cuando alguno de sus derechos ha sido vulnerado y exigir a esta que los garantice en una situación de conflicto.

Sin embargo, muy lejos del trato que se le ha dado en épocas precedentes. Hasta el siglo XVII en las sociedades orientales y occidentales era un pensamiento común que las personas no eran iguales entre sí; que su nacimiento las dividía en determinadas condiciones sociales y que, en razón a ello no todos tenían los mismos derechos. La realidad cotidiana era que unos tenían más privilegios que otros. Incluso llegó a verse de forma muy natural que algunos hombres no fueran libres como el caso de los esclavos a quienes no les era reconocido ningún derecho, ni siquiera podían disponer de su persona.

En esa época la dignidad humana entendida como aquel merecimiento de trato especial que tiene cada persona por el solo hecho de serlo, no existía, las garantías de protección a la persona humana eran prerrogativas que no estaba siquiera en un ideal ni en la normativa penal ni en ningún otro ámbito.

Así mismo, el debido proceso debe entenderse como un principio de derecho sustantivo y procesal, según el cual la persona adquiere una serie de garantías las cuales propenden por establecer un orden justo y equitativo dentro de cada uno de los procesos a su conocimiento y la posibilidad de poder manifestar sus peticiones ante la autoridad jurisdiccional competente.

Estos dos derechos no cambiaron su concepción sino hasta la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, aquel momento, en que se reconoció que tanto la dignidad humana como el debido proceso conllevaban al respeto de la persona y eran derechos que les pertenecían por el solo hecho de serlo.

Paralelo a los cambios económicos, se dieron cambios políticos de gran relevancia. Entre los más destacados se encuentran los hechos por el nuevo modelo de estado denominado “Estado de Derecho” ya que fue el resultado de una gran revolución desarrollada por la Asamblea Nacional Constituyente que se conformaba por los Estados durante esa época.

Con todo lo anterior ya establecido, puede observarse que es un principio fundamental y esencial que permea la administración de justicia y hace que las garantías judiciales se materialicen y se dirijan a la protección de la igualdad, respeto de los derechos fundamentales, la dignidad humana, entre otras garantías procesales. Este se consagra en tratados internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que contempla la igualdad ante la Ley en su Artículo 2 cuando señala que “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.”

8. Derechos y garantías del derecho penal en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

8.1. Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad es citado en el artículo primero de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano así: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. De esta forma, podemos encontrar como características más notables de este derecho las siguientes:

- a. El principio de igualdad ante la ley se aplicó de manera general, salvo en los eventos que la ley en virtud del interés general permitiera un trato diferente.
- b. Se suavizaron las penas para la mayor parte de delitos, salvo los que iban en contra de la divinidad, las buenas costumbres y la moral. Los delitos podían ser contra la majestad, los demás ciudadanos, la propiedad, los que implicaban falsedad y contra la honestidad.
- c. En materia procesal era indispensable que el delito fuera plenamente probado y se debía tener más de un testimonio. La sentencia emitida debía ser debidamente motivada.
- d. y, por último, la confesión daba al reo la posibilidad de disminuir la pena.

Para Cesar de Beccaria la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal era fundamental. Todos los habitantes, sin distinción de ninguna índole deben estar sometidos a las mismas penas; muy dicente es el siguiente párrafo de su texto “De los Delitos y las Penas”: “El soberano, que representa a la misma sociedad, no puede formar sino leyes generales que obliguen a todos los hombres”; y agrega: “Toda distinción, sea en los hombres, sea en las riquezas, para que sea legítima supone una anterior igualdad fundada sobre las leyes, que consideran a todos los súbditos como igualmente dependientes de ellas”

8.2. Derecho a la libertad

Desde los tiempos más remotos de la humanidad, la libertad ha estado presente en la filosofía de todos los pueblos para oponerse a las formas más diversas de aniquilamiento o restricciones. Sin duda, la defensa de la libertad se manifiesta en todas las épocas y en todas las civilizaciones y culturas. En buena medida, los

conflictos armados han tenido que ver, en la mayor parte de los casos, con la custodia de la libertad.

El artículo primero de la sección sexta de las enmiendas habla de la libertad en cuanto a lo penal, En el párrafo segundo se dispuso que:

“El privilegio de hábeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión”. Esta disposición se refiere, como puede verse, a la no suspensión del hábeas corpus, salvo cuando se esté frente a una rebelión o a una invasión. No se trata, por tanto, de una norma que consagre un derecho fundamental, sino que limita la posibilidad de suspender un medio de defensa de la libertad personal como lo es el hábeas corpus.

El castigo más grave para el ser humano es la privación de su libertad por causas legales, como la detención, y por causas ilegales, como el secuestro o las detenciones arbitrarias.

Por otro lado La aparición temprana de los derechos en materia tributaria en el constitucionalismo del siglo XVIII se debe, seguramente, al hecho de que los dos sectores en que más ejercía el poder de forma despótica el Estado del antiguo régimen eran el Derecho Penal y el “Derecho” —si así se le podía llamar— Tributario; es decir, la arbitrariedad se consumaba mayormente sobre la libertad de las personas y sobre sus bienes materiales.

Para Cesar de Beccaria, que considera la pena capital como injusta, innecesaria e ineficaz, aunque la entiende legítima solo en situaciones muy extremas. Sobre este tema discurre de la siguiente manera: “no es, pues, la pena de muerte un derecho, ya que he demostrado que no puede serlo, sino una guerra de la nación con un ciudadano, porque juzga necesario o útil la destrucción de un ser: pero si demuestro que la muerte no es útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad”; “no obstante, cuando no opere un tranquilo reinado de las leyes”, se justifica en dos eventos excepcionales: “cuando la nación recobra o pierde su libertad, o en el tiempo de la anarquía, cuando los desórdenes mismos hacen el

papel de leyes”. “El delito es concebido como un fenómeno natural, un hecho social, explicado a partir de una triple serie de causas, como ya se indicó: endógenas, físicas y sociales; esta consideración del actuar criminal como perteneciente al mundo empírico, suponía el rechazo del punto de partida de los clásicos: la libertad de voluntad. Si el delito es un hecho atinente a la esfera real o material, no puede sustraerse a la ley de la causalidad, la que determina también el comportamiento individual”. Con base en lo anterior, los positivistas pudieron llamar la atención sobre el hombre que delinque, lo que había sido olvidado por los clásicos.

En el artículo 4 define los alcances de la libertad y los artículos 10 y 11 reconocen el derecho de libertades del pensamiento opinión, de expresión y religiosa en el siguiente texto:

“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sobre los que garantiza a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley” (art. 4).

“La libertad es el único derecho que se encuentra definido en la Declaración, aunque sea de forma negativa: aparece como la facultad de hacer “todo lo que no dañe a los demás”.

8.3. La ley como manifestación de la voluntad general: El principio de Legalidad

El hombre de épocas pasadas, a diferencia del actual, se encontraba en incapacidad de darle una explicación científica o racional a los eventos que se presentaban en su diario vivir, pues desconocía leyes como la de causalidad. Y no debe olvidarse que el pensamiento del hombre primitivo estaba dominado por la idea de retribución (reembolso que se realiza a una persona por las acciones que desarrolla) y no por la ley de la causalidad (causa-efecto)

Cuando este Beccaria escribe su obra De los delitos y las penas (1764) e inicia un movimiento que conllevó cambios al mundo contemporáneo, le hace frente a

un derecho penal que era de tinte absolutista, que consideraba la pena como un medio expiatorio, que concebían la pena de muerte y la tortura como medios punitivos, la posibilidad de hacer analogías a criterios totalmente subjetivos. En fin, un derecho penal que para nada respetaba la Dignidad Humana y el Debido Proceso.

El principio de legalidad de los delitos y de las penas se concibe como aquel que desarrolla la ley penal sin margen de incertidumbre, así se desprende de las siguientes palabras: “solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”

Se postula la prohibición de la interpretación judicial. Como consecuencia de lo anterior, el juez tenía restricciones respecto a su interpretación en pasajes normativos claros y de fácil comprensión con ello se buscaba sacar del ordenamiento jurídico la arbitrariedad propia del régimen absolutista y garantizar la seguridad jurídica.

De igual forma contemplado en la Declaración de los Derechos del hombre y el Ciudadano señala que: “Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.”

Las leyes tienen por finalidad conducir a los hombres más fácilmente a su perfección como individuos y como ciudadanos o miembros de la sociedad. El fin primario es el bien común, aunque eso implica algún sacrificio o limitación circunstancial en la vida de las personas. Por ser tan trascendente la razón de ser de las leyes, obligan siempre en conciencia.

Sea lo primero que no faltan quienes se figuran que las leyes no tienen fuerza ninguna de obligar a los transgresores en el fuero de la conciencia, sino que su obligación se reduce a aceptar como justos los castigos que los príncipes y magistrados decretan a los violadores.

La ley divina y la ley humana convienen en algo y en algo difieren. Difieren, porque la ley divina, así como solo por Dios es dada, así también por nadie más puede ser quitada o abrogada la ley humana, en cambio, como puesta por el hombre, puede ser quitada o anulada por él.

La ley escrita es la norma que han de tener en cuenta los gobernantes, para juzgar de los actos de los súbditos. También ellos, como miembros que son de la comunidad, que se dirige unida a un mismo fin, han de atenerse a lo establecido en las leyes, que ellos, con la delegación de poder recibido del pueblo, han asociado.

Sea lo primero que no faltan quienes se figuran que las leyes no tienen fuerza ninguna de obligar a los transgresores en el fuero de la conciencia, sino que su obligación se reduce a aceptar como justos los castigos que los príncipes y magistrados decretan a los violadores.

Los oficiales del rey deben juzgar conforme a las leyes existentes. En las leyes que miran al rey como a los otros, el rey está obligado como ellos, y peca no cumpliéndolas, no por virtud de la ley misma, si ella la dictó, sino por ley de la naturaleza; porque haría injuria a los demás.

El rey que obra fuera de la ley no pecara a veces mortalmente, porque como se obliga por sus propias leyes, lo que en otros es mortal es acaso en el venial. Como si el papa, que es el que pone los ayunos, no ayunara algún día.

El rey no debe obrar en contra de las leyes escritas, y peca si lo hace. El rey, que no puede obrar contra una ley que dio, puede, en cambio, dispensarla. La sentencia dada contra las leyes vigentes no obliga. Va contra el derecho de la naturaleza la condenación del inocente. (VITORIA, págs.125-129)

8.4. El debido proceso

El debido proceso es uno de los derechos fundamentales generales presentes en cualquier constitución que merezca tal apelativo. Pues bien el debido proceso conoce una larga tradición en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo y, en general, como un principio básico de la organización de cualquier sociedad. (PULIDO, pág. 333)

Sin embargo, para el tiempo que se instituyó la Santa Inquisición los obispos, eran instituidos como jueces y representantes del Papa los cuales fallaban las causas a plena discreción sin tener un procedimiento legítimo. Se vulneraban todos los derechos con fundamento en la fe, condenando muchas veces a inocentes. Época que tuvo su final con la conquista de Napoleón a España. Ya en 1215 con la Carta Magna de Inglaterra, momento en el que Juan sin tierra otorga a los nobles garantías fundamentales, entre las que se enuncia el “Due Process of law” citando en su artículo 5 que “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”. De allí que se consagrara un derecho que protegía la libertad de la persona antes de que se iniciara cualquier proceso judicial en su contra.

Posteriormente, en 1628 a través de la Petición de Derechos se ratificaron los derechos y garantías reconocidas con la Carta Magna y en 1689 con el Bill of Rights se tornaron como facultades obligatorias a los parlamentarios que debían reconocerse para desarrollar sus funciones adecuadamente y en concordancia con el principio de legalidad ya reconocido en el Habeas Corpus Act.

La Revolución Francesa significó un aporte fundamental al reconocimiento de esta garantía pues para esa época lo que predominaba era la sumisión de las leyes al querer de la Nobleza y el Rey, dando como resultado la Proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. El hombre rechazó toda

institución y credo que no se acomodara a la razón, la cual debía estar libre de prejuicios y supersticiones pues esta era la causa y efecto de las instituciones sociales y políticas, cuya finalidad había pervertido la naturaleza humana al fomentar pasiones y torcer su juicio.

Reconoce en su articulado los siguientes presupuestos:

1. “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene”. (Art. 5)
2. “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.” (Art. 6)
3. “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.” (Art. 7)
4. “La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicado legalmente. (...)” (Art. 8)

El reconocimiento del Debido Proceso generó un ambiente de esperanza en la población, ya que significaba el paso a una nueva época y el reconocimiento de sus derechos en un eventual proceso. Lo que dejaba en el olvido aquella época donde se juzgaba respecto de su ubicación en la escala económica de la sociedad.

8.5. Proporcionalidad de la pena

El principio de proporcionalidad es un concepto que ha venido apareciendo cada vez con mayor ahínco en la historia del derecho, como criterio esencial para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador. Es un principio fundamental dentro del Estado que implica que las penas deben guardar relación con el daño causado por el delito.

El Sistema Penal de la época anterior a la Revolución Francesa, se caracterizaba por la acusación secreta, el procedimiento escrito no contradictorio, el reo no poseía recursos de defensa adecuados y las presunciones religiosas aceptadas permitían probar casi cualquier acusación emitida en su contra. Así mismo, los jueces contaban con un amplio margen de discrecionalidad que les permitía aplicar la ley penal en razón a que:

- a. Los textos legales no determinaban de forma precisa cual era la pena aplicable a cada delito. Por lo que se dejaba a criterio del juez la imposición de la misma basado en las particularidades del caso y las circunstancias agravantes y atenuantes.
- b. Los jueces basándose en la doctrina legal podían interpretar los casos legalmente penados ya que los tipos penales no se definían de forma exhaustiva. Incluso se permitía el uso de la analogía a eventos que no hubiese previsto el legislador.
- c. Los jueces no estaban sometidos al imperio de la ley o a los fundamentos de hecho o derecho que fundamentaban la sentencia emitida.

Con el fin de contrarrestar cada uno de estos eventos y luego de una larga lucha es proclamada la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, mediante la cual en lo referente al principio de proporcionalidad de la pena señalaba que:

“La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene” (Art. 5)

“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.” (Art. 7)

Postulados que se relacionan íntimamente con el debido proceso concretaron el reconocimiento de otra prerrogativa más a los involucrados en los procesos penales de la época. Enunciados que obligaron a los jueces a desarrollar sus funciones de formas humanista y en concordancia con el principio de la Dignidad Humana y la Legalidad.

8.6. La presunción de inocencia

La presunción de inocencia es una de las garantías fundamentales en el proceso penal que se relaciona muy estrechamente con el debido proceso y la dignidad humanas, pues, de cierta forma, su materialización lleva al reconocimiento de estos derechos.

Uno de sus primeros señalamientos en la historia de realizo en el sexto recopilación de Justiniano, donde se estableció como regla general de la evidencia la máxima jurídica “ei incumbit probatio qui dicit, qui negat-no” lo que implicaba que la prueba recaía en quien afirmaba y no quien negaba. Esto es, en el proceso penal, la inversión de la prueba sobre el acusador, que cuenta con el precedente de que el acusado es inocente. Es un instrumento jurídico creado por el cardenal francés y jurista Jean Lemoine a favor del acusado.

Es un derecho que, tiene sus orígenes en la Carta Magna de 1257 y es en el artículo 9 de la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 donde por primera vez se positiviza la “presunción de inocencia” en los siguientes términos: tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable (...) (todo hombre se presume inocente hasta que la ley no lo declare culpable). Mediante esta declaración triunfan los ideales propuestos por el

Marqués de Beccaria, que había publicado en su obra “de los delitos y las penas” una de las mayores críticas al sistema penal de la época por no otorgar las garantías necesarias, ya que el acusado desde el primer momento era considerado culpable de tal forma que solo quedaba probar su inocencia. (GOMEZ CASTRO, 2004, pág. 35).

Dispone el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que “Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

Es claro que toda persona se presume inocente hasta que se declare mediante sentencia en firme su responsabilidad. Se debe enfatizar en el hecho de que se presume la inocencia respecto de lo que habiéndose aceptado puede llegar a ser materia de prueba. La presunción de inocencia se proyecta como un lineamiento que se debe seguir en el proceso, pero como regla de enjuiciamiento, su campo específico es el de la decisión sobre el hecho (ISA GOMEZ; ORAÁ, pág. 221). Se considera, pues, una garantía de libertad de la cual se extraen importantes consecuencias respecto a las etapas procesales a las que se somete el imputado.

Esta época afectó el orden público y social. Representó el hundimiento de viejos sistemas de gobierno e instituciones. Sentó las bases de nuevos principios que pueden apreciarse en el cuerpo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano como lo fueron la dignidad humana, el debido proceso, el principio de legalidad, proporcionalidad de la pena, presunción de inocencia y se reconoció la máxima de la ley como manifestación de la voluntad general. Principios y derechos que van a ser objeto de discusiones, complementaciones y la base de la proclamación de otro gran instrumento que en materia de derechos humanos ha sido fundamental: La Declaración Universal de Derechos Humanos.

CAPITULO 2: EL NUEVO PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL IMPACTO LOS NUEVOS IDEALES EN 1948

9. Antecedentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Los derechos humanos han evolucionado al paso que la humanidad lo ha hecho porque son parte de un conjunto de ideas político, filosófico, morales etc. Con anterioridad al Siglo XVII, no se concibe la idea del reconocimiento de derechos, más que todo se puede hablar de privilegios a ciertas clases sociales como es el caso de la Carta Neuchatel de 1214, la carta magna de 1215, las disposiciones de Oxford de 1258, el Código de Magnus Erikson de 1350 y la pragmática de los Reyes Católicos de 1480. Como ya se ha venido mencionando, con el inicio del llamado iluminismo o siglo de las luces, surgen otros instrumentos como lo son la Petition of Rights de 1628, el Habeas Corpus Act de 1679, el Bill of Rights de 1776.

Con la constitución de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, se constituye el principio de Internacionalización de los Derechos Humanos, lo que implicaba que su protección no era exclusiva del derecho interno de los Estados, sino que la comunidad internacional también tomaría parte en ello. De esta forma, a partir de 1945 se crean instituciones y organismos especializados. Lo anterior conlleva la adopción de una serie de declaraciones y tratados internacionales que van a consagrar derechos y libertades fundamentales del ser humano y establecen herramientas de protección y defensa.

El reconocimiento de los Derechos Humanos encuentra en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas un antecedente importante, ratificado por 51 países miembros, ya que contempla los principios fundamentales que posteriormente vendrían a detallarse en otras declaraciones y convenciones futuras.

El proyecto elaborado por la secretaria de la ONU señalaba que el preámbulo debía referirse a las cuatro libertades proclamadas por el Presidente Roosevelt: 1. Vivir libres del terror, 2. De la miseria, 3. Con la libertad de palabra y 4. Libertad de creencia. Respecto a los derechos humanos la secretaria señaló que:

- a. No puede haber paz en el mundo si no se respetan los derechos humanos y las libertades fundamentales del ser humano.
- b. La persona humana no sólo tiene derechos en la sociedad, sino también tiene obligaciones.
- c. Cada persona es a la vez tanto ciudadano de su país, como del mundo.
- d. No se puede hablar de dignidad o libertad para los seres humanos si no se eliminan las guerras o las amenazas de conflicto.

Así mismo, contribuyeron en la cimentación de ideales en la futura Declaración el acta de abolición que finalizó con la esclavitud en el Imperio Británico en 1833; el presidente de los Estados Unidos, Abraham Lincoln, liberó a todos los esclavos de la zona con la Proclamación de la Emancipación en 1863; la conferencia de Berlín en África aprueba un acta anti-esclavitud en 1885 y de la misma forma en 5 años más tarde en Bruselas. En 1919, se firma el tratado de Versalles, por primera vez la comunidad internacional considera establecer y responsabilizar a los dirigentes que hayan incurrido en violaciones contra los derechos humanos. En 1946, se realiza en Nuremberg, Alemania, los Juicios contra los crímenes Nazis ocurridos durante la guerra. Los acusados fueron procesados por los siguientes cargos: a) Crímenes contra la paz, b) Crímenes de Guerra, c) Crímenes contra la humanidad y d) Conspiración en cometer cualquiera de los crímenes anteriormente enunciados.

Por otro lado, los horrores causados por el Nacional Socialismo y el Holocausto Nazi crearon las condiciones necesarias para que se llegara a reconocer en el derecho internacional los Derechos Humanos sin distinciones de ningún tipo se entendió que hubo un conflicto injusto y se vio la necesidad por parte de las naciones, en cuanto al esfuerzo que debía realizarse para evitar que eventos tan horribles volvieran a desarrollarse y que atentaran contra la humanidad y cada

uno de sus derechos. Es así, que se genera el camino propicio para el desarrollo en 1948 y posterior proclamación de la Declaración Universal de los derechos humanos.

Ya en el ámbito penal señala Rey Cantor lo siguiente:

“Considerando que los alguaciles, carceleros y otros funcionarios, bajo cuya custodia ha sido detenido algún súbdito de un Rey por asuntos criminales o supuestamente criminales, se retrasan mucho en complementar los mandamientos de Habeas Corpus que se les dirigen, oponiéndose con un seudónimo o varios al Habeas Corpus e incluso más, y con otros trucos para evitar la obediencia debida a tales mandamientos, en contra de su deber y de las conocidas leyes del país, por lo cual muchos súbditos del Rey han sido, y todavía pudieran ser en adelante, retenidos en prisión en casos en los que, según la ley, podían prestar fianza, para su mayor molestia y vejación” (Pág.59)

9.1. La declaración Universal de Derechos humanos

Basándose en la naturaleza del hombre como ser que ha sido y es el protagonista principal en el desarrollo de la historia, se concibe la idea de protegerlo en su calidad de persona y de ente socio-político diferente al Estado al que pertenece. Esta última, sustentada por la UNESCO que se materializó en la Declaración Universal de los Derechos del hombre. Su antecedente más importante fue la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 que surgió con motivo de la revolución francesa. Así mismo, tiene su fundamento ideológico en el Derecho Natural entendido como aquel derecho superior y anterior al Estado.

Un hecho que sin duda marco un parámetro fundamental para la estructuración de la declaración universal de los derechos humanos y un llamado en especial para la comunidad internacional fue la primera Guerra Mundial. Como consecuencia la Sociedad de naciones impulsó los convenios de Ginebra sobre seguridad, respeto y derechos mínimos de los prisioneros de guerra y en 1948 tras la segunda Guerra

Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” como un conjunto de normas y principios que garantizaban el respeto de la persona frente a los derechos públicos. Entre otros antecedentes se encuentran, el convenio de Ginebra de 1927 que prohibió toda forma de esclavitud; los “códigos de Malinas” que abarcan la moral internacional de 1937; relaciones sociales de 1927; relaciones familiares 1957 y el código de moral política de 1957, los cuales fueron intentos parciales de generar conciencia mínima referente al respeto por persona en su calidad de ser humano, habitualmente ignorado por los estados.

Para Habermas “El concepto de derechos humanos no tiene un origen moral, sino una acuñación específica del concepto moderno de derechos subjetivos, esto es, de una terminología jurídica. Los derechos humanos tienen originariamente una naturaleza jurídica”. Según Habermas, la supuesta moralidad de los derechos humanos no proviene de su contenido ni de su estructura, sino de su validez, “que trasciende los ordenamientos jurídicos de los estados nacionales” (HABERMAS, 1997, pág. 81). Sostiene Habermas que “el sistema de derecho no puede ser atribuido ni a una versión moral de los derechos fundamentales ni a una versión ética de la soberanía popular, porque la autonomía privada de los ciudadanos no antepone al subordinarse a su autonomía política”.

Se incluyeron conceptos como el de dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, fraternidad, felicidad, justicia, paz o tolerancia hacen parte del orden filosófico mas no del jurídico. De esta forma se da una proyección de los derechos humanos que no depende del estado y no da intereses de clase, etnias o grupos. Con los derechos humanos, la pareja ESTADO- DERECHO comienza a separarse, para unirse a la globalización jurídica pluralista, creando una nueva pareja llamada por *De Sousa Santos*, “la pareja derecho-comunidad política”, que según el mismo autor puede “llenar el vacío dejado por la política socialista”. (BOAVENTURA DE SOUSSA, pág. 345)

Si bien los conceptos clave de las normas sobre derechos humanos fueron claramente definidos a mediados de los años 60, la implementación de esas

normas siguió quedando casi por completo a criterio de cada uno de los gobiernos nacionales.

El preámbulo de la declaración universal de derechos humanos es una de las herramientas más útiles para entender cuál fue el motivo de su promulgación y es que allí se contemplan las directrices en cuanto a la concepción de derechos humanos. En primer lugar, las cuatro libertades destacadas por Franklin D. Roosevelt que son libertad de palabra y pensamiento; libertad de religión; libertad ante la necesidad (Derechos económicos, sociales y culturales) y libertad ante el miedo. Otro aspecto fundamental es la conexión que se presenta entre “un régimen de derecho” y la protección efectiva de los derechos humanos. (ORAÁ; GOMEZ ISA, Pág.51)

La Declaración Universal de Derechos Humanos es el reconocimiento de que somos acreedores a más derechos de los que creíamos. La declaración afirma la progresividad reconocida como básica. Es decir, como lo afirma Nikken, del “fenómeno en virtud del cual el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere a número y contenido de los derechos protegidos como en lo que toca a la eficacia y vigor de los procedimientos”.

Si bien los conceptos clave de las normas sobre derechos humanos fueron claramente definidos a mediados de los años 60, la implementación de esas normas siguió quedando casi por completo a criterio de cada uno de los gobiernos nacionales.

Dentro de la Comisión que desarrolló la Declaración Universal de Derechos Humanos se creó un Comité formado por ocho miembros, que serían Eleanor Roosevelt, René Cassin, Charles Malik, Peng Chun Chang, Hernán Santa Cruz (Chile), Alexandre Bogomolov, Lord Dukeston y William Hodgson, entre otros. Fue también de especial relevancia la intervención de John Peters Humphrey, de Canadá, director de la División de Derechos Humanos de la ONU. La declaración Universal de los Derechos humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea

General en su Resolución 217A el 10 de diciembre de 1948. La Comisión inició un largo camino que culminó con el documento que se convirtió en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Roosevelt, a quien se atribuyó la inspiración del documento, se refirió a la Declaración como la Carta Magna internacional para toda la humanidad. Fue adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

La importancia que ha tenido la Declaración Universal de los Derechos Humanos es invaluable y aunque no reviste obligatoriedad o es vinculante para los Estados, la cual dio origen a lo que en la actualidad se conoce como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preceptos que fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1976.

El jurista Español José Castán Tobeñas señala como características principales de la Declaración las siguientes:

1. Su fundamentación en el principio filosófico jurídico de la dignidad humana, de que se derivan los postulados de libertad, igualdad y fraternidad.
2. Que además de los derechos y libertades clásicos, tanto civiles como políticos, la Declaración da entrada a los nuevos derechos humanos de sentido económico, social cultural.
3. La preocupación política y democrática, en la que la “voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esa voluntad se expresara mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente por sufragio universal e igual, y por voto secreto; y otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.
4. La extensión de la protección de los aludidos derechos del hombre, trasladada ahora del plano estatal al internacional, y
5. El propósito de que la Declaración llegue a ser vinculo para los Estados miembros de la Organización de las Naciones que se comprometan a asegurar, en cooperación con las Organización, el respeto universal y efectivo

de los derechos y libertades fundamentales del hombre. (1976, págs.110 y 111).

Otras declaraciones han sido proclamadas con base en los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos como lo son: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el pacto internacional de derechos civiles y políticos (1996); la convención interamericana de derechos humanos (1969), entre otras; de lo cual se puede concluir que es algo intrínseco e inherente a la persona y que los derechos humanos se fundan en el reconocimiento de la dignidad humana.

9.2. La ley natural

La noción de ley natural tiene su mayor florecimiento con la idea de derecho natural desarrollada durante los siglos XVII y XVIII. Es una doctrina independiente del Estado de derecho que se deriva, según la teoría indicada, de la razón y de la “naturaleza” del hombre. No es un concepto, propio de la revolución francesa y del iluminismo ya que el tema se había tratado en la antigüedad clásica por filósofos como Sócrates, Platón etc.; ya en la edad media, autores como Tomás de Aquino la consideraban como una derivación de la ley divina. Fue en la época de las revoluciones burguesas cuando las ideas de derecho natural alcanzan su mayor difusión. Los partidarios de esta doctrina la utilizaron para criticar el feudalismo y explicar el carácter racional de la sociedad burguesa como fue el caso de Grocio, Spinoza, Locke, Rousseau, Montesquieu, Holbach, Kant, Radishchev, entre otros. En la filosofía burguesa del siglo XX, como resultado del avance de corrientes idealistas subjetivas como como el neokantismo y el positivismo se hace tentativo formar una nueva base idealista objetiva, una “nueva ontología” como la “ontología trascendental” de Husserl; “ontología crítica” de Nicolai Hartman; “ontología fundamental” de Heidegger. (ROSENTAL; LUDIN, 2004, pág. 346)

Para Pufendorf existen dos orígenes del derecho natural a saber: en primer lugar, del amor propio que induce al hombre a la búsqueda de su bienestar y a la

conservación de la vida; en segundo lugar, del estado indigencia en que el hombre se encuentra con relación a la naturaleza. En virtud de su naturaleza racional, el derecho natural es la respuesta que el hombre da a los problemas que le plantean el amor propio y la conservación de la vida. “Todos los seres humanos deben tener sentimientos de sociabilidad, es decir, estar inclinados, en la medida de sus posibilidades, a mantener con los demás una sociedad en paz, de conformidad con la constitución y con la finalidad del género humano sin excepción (...) Todas las acciones conducentes a favorecer la sociabilidad y todas las prohibiciones que permitan su preservación deben considerarse fundadas en el derecho natural” (PUFERNDORF, pág. 178). Otros autores como Christian Thomas, plantean que el fundamento de la vida en sociedad descansa en el racionalismo y la naturaleza humana. El derecho natural no es producto de la creación humano y por lo tanto, se atribuye en esencia a la naturaleza humana.

La razón y los derechos naturales fueron postulados de las corrientes demoliberales, para quienes el ser humano, por su misma esencia, es titular de derechos que anteceden al estado. Ya lo expresaba John Locke cuando afirmaba que “el estado de naturaleza tiene una ley natural por la que se gobierna y esa ley obliga a todos. La razón que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones” (LOCKE, 1973, pág.6)

Los derechos naturales y la razón son criterios desarrollados por los filósofos de corriente demoliberales de la época para quienes el ser humano, por la simple razón de ser hombre es titular de derechos fundamentales anteriores al Estado. John Locke en su obra “Del gobierno civil” afirma que “El estado de naturaleza tiene una ley natural por la que se gobierna y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuanto seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones” (LOCKE, 1973, pág. 6). De esta forma, queda claro que los derechos que facilitan la vida en sociedad son en consecuencia la vida, la libertad y la propiedad que se genera por el trabajo. Entre otros, se encuentra la facultad

de sancionar al opresor mediante castigos proporcionales a la trasgresión y el sometimiento a las leyes emanadas del poder legislativo establecido con el consentimiento de todos.

Queda establecido que, son aquellos principios inherentes a la razón y propios de la naturaleza humana y que se oponen al derecho positivo o escrito, que para obtener el atributo de legalidad debe desarrollar los principios que constituyen el derecho natural. Caracterizados por ser inalienables e imprescriptibles, es decir: en primer lugar, que los principios allí contemplados no son susceptibles de ser enajenados por ningún medio, no se transmite como si se vendiese una propiedad, y en segundo lugar, no pueden prescribirse o dejar de tener valor en ningún momento.

En la Declaración Universal de Derechos humanos se hace énfasis en las tres corrientes lusnaturalistas más importantes que son: “La primera, que todos los seres humanos “nacieron libres e iguales en dignidad y derechos”. La segunda, que todos los miembros de la familia humana tienen unos derechos “iguales e inalienables” cuyo reconocimiento es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. La tercera, que esos derechos deben ser protegidos por un régimen jurídico, “a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” contenida en el preámbulo. Como se observa en la declaración universal de derechos humanos son bienes circunstanciales al hombre... no atribuye a los estados la competencia de crear, establecer o constituir derechos, sino la de reconocerlos y protegerlos.” (GARIZABAL, 1997, pág. 15)

10. Derechos y garantías del derecho penal contemplados en la declaración universal de los derechos humanos.

El derecho penal ha sido concebido de tal forma que se pretende evitar la violencia social. Es decir, proteger a la sociedad del conflicto y los bienes jurídicos tutelados esenciales para el ser humano, por esta razón, es que muchos de los derechos contemplados en la Declaración Universal de Derechos humanos se

materializan en el sistema penal como garantías para el procesado, las víctimas y demás intervinientes en éste.

Hoy la causa de los derechos humanos, implica una lucha porque estos sean reconocidos, consagrados y practicados. Al respecto, señala la Organización de las Naciones Unidas que "(...) la negación de los derechos humanos no es solo una tragedia individual y personal, sino que además crea condiciones de intranquilidad social y política al lanzar semillas de violencia y de conflicto entre las sociedades y las naciones y en el seno de cada una de ellas". De allí que podamos afirmar que el reconocimiento de estos permite la convivencia armoniosa y se constituyen en atributo fundamental de los seres humanos.

10.1. Igualdad y protección contras la discriminación

Es común incluir los conceptos de igualdad y protección contra la discriminación en una misma categoría. Sin embargo, el derecho a la igualdad se entiende más que todo en lo referente al trato que se les da a las personas frente a la ley y la no discriminación debe entenderse en un sentido más amplio, en tanto que, implica la exclusión de la arbitrariedad en cualquier clase de trato. En consecuencia el derecho a la igualdad y a la no discriminación se trata de un derecho que implica que el legislador debe excluir toda diferencia de trato irracional o no justificado haciendo especial énfasis en aquellas desigualdades cualificadas que afecten de forma significativa a la persona humana.

El concepto de igualdad implica que los hombres gozan de una misma posición dentro de la sociedad –logro atribuible a la revolución francesa- y posee diferente contenido a lo largo de la historia. La concepción burguesa la entendía como una igualdad puramente jurídica de los ciudadanos frente a la ley, pero se mantienen eventos como la explotación del hombre por el hombre, la desigualdad de bienes y la política, además, en el ámbito laboral no tienen ningún derecho reconocido. Por su parte, el Marxismo, parte de una igualdad económica, política y cultural y distribución de los bienes sociales que se hace imposible sin extinguir la propiedad privada sin acabar con las clases explotadoras. La igualdad autentica se da por

primera vez con la victoria del socialismo en la medida que ofreció posibilidades ilimitadas a cada persona de desarrollar sus habilidades de acuerdo a sus aptitudes y habilidades, sin implicar una nivelación de todas las personas como se concebía en épocas anteriores.

Como lo señalaba Jhon Locke la igualdad deriva del hecho de que todos los hombres son iguales por naturaleza: “son criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades” (2002, pág. 36). Sin embargo, es un hecho que en la naturaleza se produzcan casos que generen desigualdad ya sea por la misma causa humana o un hecho de la naturaleza. Pensamiento que toma igual importancia para la época de 1948, pues de allí que muchos de sus postulados de incluyeran en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La igualdad puede ser vista desde dos puntos de vista: la igualdad ante la ley y desde el punto de la vivencia (GALVIS, pág. 28). La primera fue desarrollada por las corrientes demoliberales que impulsaron estos ideales en la conformación del Estado democrático. Se accede a la igualdad por imperio de la ley, es decir, se accede a ella por medio de un acuerdo originario de un contrato social como la manifestaba ROUSSEAU en sus teorías contractualistas; de acuerdo con la sociología la igualdad es la semejanza en condición social, derechos, responsabilidades y oportunidades se trata de un principio ideal que se desarrolla respecto de la interacción del individuo con las leyes.

Desde el punto de vista de la vivencia, es la convicción de la existencia del otro y la creencia en la alteridad, ya que en esta medida se reconoce la dignidad que percibe en sí mismo. Es por ello que entendemos la importancia del otro ser en el desarrollo de la existencia personal. Esta vivencia de la igualdad es aquella que permite legitimar ontológicamente la noción política de la igualdad ante la ley.

La universalidad en la titularidad de los derechos supone así mismo, la eliminación de toda clase de discriminación. Y para asegurar esa igualdad tan ampliamente pregonada en las declaraciones sobre derechos humanos es necesario establecer

una prohibición legal de toda discriminación que atente contra el ser humano. (DE LA MORA GOMEZ; DE JESUS GONZALEZ, pág. 21)

Derechos que no son ajenos y muchos menos nuevos en el desarrollo histórico de los derechos humanos son la igualdad y la protección contra la discriminación. Ya se ha mencionado anteriormente, que la preocupación más grande en la lucha por el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona y basados en los eventos de la época fue tratar de incluir a las personas como un ente del Estado y que mejor forma que decretar la igualdad en todo sentido ante la ley, en derechos, en dignidad etc. Que fuera capaz de soslayar las consecuencias de la época como lo era los privilegios de la clase noble comparada con la clase campesina. La Declaración Universal de Derechos Humanos no es ajena a esta lucha y es por ello que la incluye en los siguientes artículos:

“Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad, derechos y, dotadas como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2: Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción de alguna raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, o posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (...)

Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”

Las naciones Unidas se han comprometido a alcanzar la igualdad de derechos para hombres y mujeres ya sea en sentido formal por medio de las leyes y en sentido material en la práctica. Es el objetivo de muchos documentos internacionales como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos, la

convención de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, y en otros jurídicamente obligatorios para la comunidad internacional.

El derecho a la igualdad puede concebirse en dos dimensiones una autónoma y otra abierta. Respecto a la primera, señala el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos civiles y económicos que es un derecho que está garantizado en sí mismo y no en un contexto de amenaza hacia otro derecho o libertad. La segunda dimensión, implica su indeterminación ante los posibles derechos que se protejan por ejemplo “el principio de igualdad o no discriminación jamás implicará determinar si dicha distinción está cubierta o no por la disposición discriminatoria” (BAYEFSKY, pág. 5). La igualdad y la no discriminación son principios básicos de las normas internacionales de derechos humanos que deben ser acatados por la comunidad internacional y nacional sin ninguna excusa.

10.2. El derecho a la libertad

Para hablar de libertad es importante hacer algunas precisiones teóricas pues aunque es un concepto que se evidencia en cada uno de los instrumentos nacionales e internacionales acerca de derechos humanos tiene muchos puntos de vista para ser abordados. Entre estos, los que nos dejó la revolución francesa de donde podemos extraer la libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de culto etc. Y un argumento más para enfatizar que no es un concepto jurídico abstracto, pues como se señaló anteriormente acompaña al ser humano en todas sus manifestaciones. Como lo manifiesta Hobbes, es la ausencia de oposición entendida como los impedimentos externos que pueda tener la persona y se aplica tanto a las criaturas irracionales como racionales. De esta forma, un hombre libre es aquel que en “aquellas cosas de que es capaz por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea” (1994, pág. 171).

Para los griegos y romanos antiguos la libertad no se concebía como la libertad de los hombres particulares, sino la que tenían respecto al Estado, que coincide con la que el hombre tiene en un Estado en el cual no existen las leyes civiles. Para los atenienses, el concepto de libertad también es bastante particular, pues, no

implicaba la capacidad de oposición de las personas al Estado sino la capacidad que los representantes de este último tenían de resistir o de invadir otros pueblos.

Otra manifestación importante de la libertad es la que tiene que ver con la autonomía. Y no es otra cosa, que la capacidad de autodeterminación que le pertenece al ser humano y que gobierna cada uno de sus actos y decisiones. Por consiguiente, como lo expresa GALVIS ORTIZ, en su texto “actuar con autonomía es tener clara la percepción de los objetivos, de los fines y de las limitaciones. Es actuar en el espacio de la libertad”. Este concepto implica que el ser humano es capaz de normarse así mismo, es decir, presentarse a los demás como dueño y señor de sus actos.

La libertad está contemplada en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos así: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Son los atributos fundamentales que se le reconocieron a la persona después de una larga lucha histórica por ello y actualmente sería inadmisibles que se vulneraran. Sin embargo, el panorama es otro, pues un sinnúmero de vulneraciones a derechos humanos en el diario vivir de muchas personas.

Así mismo, el artículo 18 del pacto internacional de derechos civiles y económicos y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contemplan otra dimensión del derecho a la libertad como lo es la “Libertad de conciencia”. En estos instrumentos se contempla la posibilidad de las personas de poder elegir y valorar cada uno de sus actos y omisiones que por su juicio se comprometen. Es aquella que le permite a todas las personas hacer valoraciones morales de los actos que desarrollan, sin que exista una presión externa que les guíe como sucedía antaño en la época anterior a la revolución francesa. Solo en el siglo XVIII fue cuando gracias a pensadores como Voltaire, D’Alembert y Diderot que la defensa del derecho natural empezó a guiarse por la propia conciencia. Es de enfatizar que los escritos de estos autores racionalistas por lo general iban en contra de los ideales que propiciaba el cristianismo. (DIEZ ALEGRIA, 1996).

De igual forma fue reconocida en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, adoptada en 1789 por la Asamblea Nacional de Francia, donde señalaba el artículo 10 que “Nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso las religiosas, siempre que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley”. Sin embargo, la Revolución Francesa trajo consigo muchas vulneraciones a este derecho con las diferentes actitudes intolerantes desarrolladas.

Se contemplaron también el derecho a la libertad religiosa, que era el que toda persona tenía de creer y manifestar cualquier actitud interna y la libertad de cultos. En Colombia, es caracterizado por ser fundamental, inalienable, tutelable, intangible, etc. Y el derecho a la libertad de reunión que señalaba John Stuart Mill como la “libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás”. Durante mucho tiempo, la reunión fue el recurso principal para hacerse oír por una pluralidad de sus semejantes o como lo manifestaba Stein “el medio más importante para influir sobre la opinión pública”. (1973, pág. 146).

Respecto a la igualdad, todas las personas somos iguales en derechos y ante la ley. Lo que implica, que no se pueden tener tratamientos diferentes en la administración de justicia por causa de la religión, color de piel, sexo, tendencias sexuales, etc., de las personas, aspecto económico.

Sobre la igualdad, Esteban Echeverría la igualdad consiste en que los derechos y deberes sean igualmente admitidos y declarados por todos, en que nadie pueda substraerse a la acción de la ley que los formula, en que cada hombre participe igualmente del goce proporcional a su inteligencia y trabajo. Todo privilegio es un atentado a la igualdad.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

El derecho a un trato igualitario y a la no discriminación puede evidenciarse en los siguientes escenarios:

- a. El derecho a la no exclusión o restricción por causa de la raza, color, origen nacional o étnico, religión, opinión política u otra, edad, o cualquier otra condición que afecte los derechos fundamentales.
- b. El derecho y trato igualitario de hombres y mujeres en todos los escenarios.
- c. El derecho a la libre locomoción de las personas y el acceso a la educación sin tratos discriminatorios.
- d. El derecho al trabajo y a recibir salarios que contribuyan a un mínimo vital adecuado y digno.
- e. El derecho a una remuneración real y proporcionada con el tiempo y la labor realizada.
- f. El derecho a un servicio de salud digno y eficaz
- g. El derecho a un medio ambiente sano
- h. El derecho a participar en la toma de decisiones sociales, políticas y culturales que puedan afectarles en su diario vivir.

Según el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

Este artículo es correlativo al número 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala la igualdad de derechos de las personas en el ámbito del reconocimiento legal. De esta forma se protegen grupos minoritarios vulnerables como lo son las poblaciones indígenas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos es la materialización de los principios contemplados en la Carta de las Naciones Unidas y señala unos objetivos que se sustentan en su artículo primero:

- El mantenimiento de la paz internacional: Implica la protección de la integridad territorial o soberanía de los Estados frente a la agresión y la intervención de otros países.
- El fomento de relaciones de amistad basados en principios de igualdad, de soberanía y de libre determinación de los pueblos.

En la Declaración Universal no se evidencia un desarrollo al derecho a la libertad como lo hacen otros instrumentos internacionales como la Convención Americana; sin embargo, se introducen dos nuevos conceptos a partir de los cuales se empiezan a analizar los casos que se presentan: la detención y la prisión arbitrarias.

10.2.1. La detención

Es una figura de origen romano. Sin embargo, no es sino hasta el siglo XVIII que se consolida como pena privativa de la libertad, esto es, el internamiento de un sujeto en un establecimiento penitenciario. (MIR PUIG, pág. 675). Antes del siglo XVI, la prisión era concebida como un medio para custodiar a quienes estaban por ser juzgados y la cárcel no se dirigía al castigo sino “ad continendos homines” lo que implicaba un “lugar” para asegurar el cuerpo del procesado hasta que su sentencia de culpabilidad fuera decidida.

Hacia el fin de la Edad Media, comenzó el final del feudalismo y por ende el auge de nuevas ideas de las que destacan G. Rusche y O. Kirschheimer en 1984 que:

“La pena como tal no existe, existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales...Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas. Resulta, por consiguiente, necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o la elusión de castigos específicos y la intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal. Una interpretación de este tipo no significa que los fines de la pena deban ser ignorados, sino más

bien, entender que constituyen un factor condicionante negativo. En tanto la sociedad cree que la posibilidad de aplicación de una pena puede alejar al individuo del delito, son adoptados aquellos métodos que generan un efecto atemorizador sobre el potencial delincuente. Si se acepta esta premisa se confirma la validez de la doctrina que establece que las penas disuasivas constituyen un mal necesario, una carga sobre los bienes socialmente protegidos. Sin embargo, si consideramos las diferenciaciones existentes en la estructura actual de la sociedad moderna, este principio significa que la lucha contra el delito en los estratos menos privilegiados debe ser de una naturaleza tal que pueda producir una disminución aún mayor de sus condiciones actuales de existencia. Es obvio que esta condición negativa, este aspecto teleológico de la selección de las penas, encontrará formas concretas en las transformaciones de la estructura social" (pág.3, 4).

Lentamente la forma de cárcel heredada de la Edad Media, comienza a sufrir una transformación respecto a las funciones que señalaba Ulpiano en su época. Como resultado se vieron la importancia desde el punto de vista del control social de los posibles transgresores del orden público establecido.

La detención como medida de aseguramiento aparece en Colombia con el código de procedimiento penal de 1938 en su artículo 379 que fue modificado por el decreto 1358 de 1964 con el artículo 49 que señalaba que:

“Cuando la infracción por la que se procede tuviere medida privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o participe de la infracción que se investiga o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en ella”

En esa época su única finalidad era la de garantizar los efectos posteriores de la persecución de la justicia como asegurar la comparecencia del delincuente y de

esa forma proteger a los testigos que debían declarar en el proceso o los demás intervinientes.

El decreto 409 de 1971 señalaba que “Cuando la infracción por la que se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad según el artículo 236 de este código o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o participe del hecho que se investiga”. Así mismo, el decreto 181 de 1981 establecían que las medidas de aseguramiento aplicarían siempre que se pudiese inferir razonablemente que el procesado era autor o cómplice del hecho.

Con el decreto 2700 de 1991 se conservaban las mismas causas para proferir la medida de aseguramiento de la detención dispuesta en el decreto 050 de 1987 y ya se hablaba de la detención domiciliaria. Ya en el 2000 con la ley 600 se contemplaba en los siguientes casos: “cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años; por una serie de delitos mencionados en el numeral segundo del artículo 357; cuando contra el sindicato estuviere vigente sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión. (Art. 357). Con la ley 906 de 2004 se establecen los mismos presupuestos y se contempla la sustitución de la detención”.

10.2.2. La prisión arbitraria

Se considera como un delito contra la libertad individual de las personas y puede llevarse a cabo de cuatro formas:

- a. Privación ilegal de la libertad: la conducta consiste en privar a otra persona de su libertad. Conducta realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones.

Al respecto la corte suprema de justicia en Auto de 14 de febrero de 1950 señaló que: “...para que haya detención arbitraria es menester que el funcionario o empleado público prive de la libertad personal a una persona, abusando de sus

funciones; y no abusa de éstas quien no las está ejerciendo cuando comete el delito...El hecho supone que el funcionario o empleado público esté obrando dentro del radio de su legítima competencia, pero que la extralimita en perjuicio de la libertad individual. En estos casos solo podrá haber lugar al delito de secuestro, que es la detención injusta de una persona cometida por particular”.

Es un delito eminentemente doloso en la medida que es necesario que se hubiere cometido con intención, descartando los eventos en los cuales se evidencian simples errores o descuidos.

- b. Prolongación ilícita de la privación de la libertad: la conducta consiste en prolongar ilícitamente la conducta de un individuo. La privación de la libertad la realiza un servidor público en ejercicio de sus funciones y las causas que lo originan son fundadas en la ley. Sin embargo, aparecen motivos que dan el derecho a recobrar la libertad pero el funcionario judicial lo impide.
- c. Detención arbitraria especial: se configura cuando el servidor público sin cumplir los requisitos normativos establecidos recibe a una persona con el fin de privarla de la libertad o imponerle una medida de seguridad.
- d. Desconocimiento del habeas corpus: implica que la autoridad o servidor público no reconoce tal actuación y se niega mediante una acción positiva a otorgarle su libertad de nuevo.

10.3. Reconocimiento de la personalidad jurídica

La personalidad jurídica, es también, considerada como un atributo esencial de la persona, razón por la cual también se incluye en el artículo 6 de la DUDH citando que “Todo ser humano, tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Por medio de esta, se le permite ser sujeto de derechos y obligaciones que les otorga el ordenamiento jurídico y la ley para ser ciudadano y participar en todos los asuntos del estado, mediante el ejercicio del sufragio y las demás formas de participación que se consagran ya sea en la constitución o la ley.

En virtud de esta prerrogativa se reconoce el ser humano como ser político, actor y beneficiario del proceso de consolidación del Estado y se le atribuye también su calidad de constituyente primario. Razón por la cual no se puede concebir formas punitivas que consistan en la pérdida de la personalidad jurídica.

En el sistema penal, es permitido suspender el ejercicio de los derechos políticos solamente durante el periodo de cumplimiento de la pena. Pero nunca conllevarán a la pérdida definitiva de este derecho.

10.4. Prohibición de la esclavitud y la trata de personas

La primera aproximación de esclavitud en un acuerdo internacional aparece reseñada en la Convención sobre la Esclavitud aprobada por la Sociedad de las Naciones el 25 de septiembre de 1926. Allí se define la esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (art. 1, párr. 1). A continuación se define la trata de esclavos como “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderlo o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderlo o cambiarlo, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos” (art. 1, párr. 2). La Convención también se refiere al trabajo forzoso y establece que “el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de pública utilidad”, y que los Estados Partes deben evitar “que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud” (art. 5).

La esclavitud de uno u otra clase ha existido desde épocas remotas, entendida como una forma de avasallamiento y apropiación de la fuerza de trabajo por parte de sus semejantes. En un principio, las poblaciones conquistadas o las personas condenadas por no sufragar sus deudas eran utilizadas como esclavos por los babilonios, egipcios, griegos, persas y romanos. Ya en la Edad Media, aparecieron redes de pistas árabes destinadas a trasladar a los esclavos desde el centro de África: la red sahariana, la del Nilo y la de los grandes lagos. Con el descubrimiento de América por los occidentales, se establece la trata de negros a

gran escala. Los españoles y los portugueses, que se reparten el Nuevo Mundo ya en 1493, desean explotar estas regiones. Pero en algunas de ellas, y en particular en las Antillas, las poblaciones habían quedado diezmadas por las guerras, las enfermedades importadas de Europa y los malos tratos. Ahora bien, la explotación de las tierras americanas, de las minas de oro y de plata requería una mano de obra abundante, robusta y, de ser posible, barata. Bartolomé de Las Casas, conmovido por los malos tratos que se infligían a los indios, recomendaba ir a África para buscar esclavos africanos, por considerar que tenían una naturaleza más robusta.

Durante el siglo siguiente, los ingleses se lanzan a su vez en la carrera por las colonias americanas, seguidos por la mayoría de las naciones europeas: Holanda, Dinamarca, Francia. Colbert reglamenta la esclavitud promulgando el primer Código Negro en 1685, una manera de oficializar la esclavitud. Así, se puede decir que la esclavitud, que afectó a la comunidad india primero y a la africana después, cambió de índole.

La trata de negros, se desarrolla muy rápidamente. Este comercio lo que produjo fue la captura y venta de hombres, mujeres y niños. Así mismo, la deportación de millones de personas ininidad de veces y la muerte de ellos en los navíos que los transportaban.

La esclavitud ha existido desde los primeros tiempos de la humanidad. El primer instrumento internacional que señalo como legal esta práctica fue la Declaración de 1815 relativa a la abolición universal de la trata de esclavos (la "Declaración de 1815"). El movimiento abolicionista se inició con objeto de poner término a la trata de esclavos en el Atlántico y libertar a los esclavos en las colonias de países europeos y en los Estados Unidos de América. Se han realizado aproximadamente 300 Tratados relativos a la prohibición de la esclavitud, sin embargo, no han logrado acabar con este mal de la sociedad.

La Sociedad de las Naciones, predecesora de las Naciones Unidas, persiguió activamente la abolición de la esclavitud, razón por la cual después de la Primera Guerra Mundial la principal preocupación fue la eliminación de la esclavitud y las prácticas relacionadas con ella. Después de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas siguieron con ello y, como consecuencia, se estableció un principio fundamental en el derecho internacional que es la “prohibición de la esclavitud y de las prácticas relacionadas con ella forma parte del derecho internacional consuetudinario, y las normas pertinentes tienen el carácter de jus cogens”.

“La Corte Internacional de Justicia ha determinado que la protección contra la esclavitud es uno de los dos ejemplos de “obligaciones erga omnes” dimanantes de la normativa de los derechos humanos, o de obligaciones que tiene un Estado con la comunidad internacional en su conjunto. Por consiguiente, la práctica de la esclavitud ha sido reconocida universalmente como crimen de lesa humanidad, y el derecho a no ser sometido a esclavitud se considera tan fundamental “que todas las naciones están legitimadas para denunciar a los Estados infractores ante la Corte de Justicia”. La esclavitud, las prácticas relacionadas con ella y el trabajo forzoso constituyen: a) Un “crimen de guerra” cuando son practicados por un Estado beligerante contra los nacionales de otro Estado beligerante; b) Un “crimen de lesa humanidad” cuando son practicados por funcionarios públicos contra cualquier persona independientemente de las circunstancias y la nacionalidad de ésta; c) Un delito internacional común cuando son practicados por funcionarios públicos o particulares contra cualquier persona.”

Como lo señala David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud:

“La Carta Internacional de Derechos Humanos prestó un sólido apoyo jurídico a las prohibiciones enunciadas en la Convención sobre la Esclavitud y la Convención suplementaria. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas

sus formas” (art. 4). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a trabajar, «que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado» (párrafo 1 del artículo 6). Además, los artículos 5, 7 y 8 del Pacto establecen determinadas condiciones y derechos que deben ser observados y protegidos por los Estados Partes, como un salario equitativo e igual remuneración por trabajo de igual valor, el derecho a fundar sindicatos y el correspondiente derecho de afiliación.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 8 una prohibición de la esclavitud y servidumbre similar a la que figura en la Declaración Universal. La importancia asignada por el Pacto a la disposición sobre la esclavitud se refleja en su categoría de derecho que no puede ser derogado con arreglo al párrafo 2 del artículo 4. El artículo 8 también contiene una disposición que prohíbe la ejecución de un trabajo forzoso u obligatorio, a reserva de algunas excepciones limitadas.

El inciso c) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define la “esclavitud” como un crimen de lesa humanidad incluido en el ámbito de competencia de la Corte. La referencia más reciente a la esclavitud en un instrumento internacional figura en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo sobre la trata) que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que tipifica como delito la trata de personas “con fines de explotación”, incluyendo, “como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”

Principalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos propugno, como lo menciona J.A. Carrillo Salcedo, porque no se ignorara el proceso de humanización que se generó a nivel internacional, con el principio constitucional de los derechos humanos que se añade al de soberanía de los estados, relativizándolo. Así, el artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. Y a su vez, el artículo 5 de la misma declaración preceptúa que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Según La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos y Degradantes, entiende por tortura: “todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Rousseau con respecto a la esclavitud afirma que renunciar a la libertad es renunciar a la condición de hombre, a los derechos de la humanidad y a sus mismos deberes (2009, pág.8), de igual forma autores como Grocio señalan que uno de los orígenes de la esclavitud es la guerra. Según él, el vencedor de la guerra tiene que matar al vencido, sin embargo, existe la posibilidad de que rescate su vida a costa de la libertad. Pero es de entenderse que de ningún modo este derecho de matar proviene del Estado de Guerra. Diferentes organizaciones incluyen bajo este paraguas explicativo acciones como: experimentos biomédicos

con presos, mutilación genital y castración, reducción del régimen alimenticio, encierro en celdas solitarias, utilización de instrumentos que causen dolor, etc.

La esclavitud y la trata de personas han sido una prácticas que históricamente se ha desarrollado en todo el mundo, por lo que la comunidad internacional ha propugnado por su prohibición a través de múltiples instrumentos internacionales, en pro de la protección de los derechos humanos, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, de 1956, y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949.

Es una de las prácticas que se consideran excluyentes de la dignidad del ser humano, el derecho a la vida, la libertad y la seguridad jurídica, son igualmente contempladas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 4 así: Nadie estará sometido a esclavitud, ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. De igual forma es señalado en su artículo 5 que “Nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes”

10.5. El debido proceso

Es concebido como aquella función que cumple el Estado cuando administra justicia y consiste en ejercer la potestad soberana de resolver controversias, aplicar sanciones o determinar situaciones jurídicas. A diferencia de la función legislativa que es la representación popular que hace las leyes, señala sus alcances y está asignada a una autoridad independiente que es la Judicial. La función judicial consiste en juzgar con fuerza de verdad legal y hacer ejecutar lo juzgado (MADRID-MALO GARIZABAL, pág. 142). Se caracteriza por ser universal, permanente y se aplica a todos los habitantes del territorio nacional salvo algunas excepciones de derecho internacional.

Por su parte, la función estatal de administrar justicia se ejerce mediante el proceso, entendido como aquel conjunto de actos sucesivos que tienen como finalidad resolver un conflicto. Desde la Edad Media, los juristas han visto en ese un conjunto en el cual se entrelazan las actuaciones de tres sujetos; el juzgador, el actor, y el demandado o imputado (VESCOVI, 1984, pág. 103). Por medio de este, el juez aplica la normativa al caso en concreto y lo somete a un juicio con el fin de mantener el orden jurídico y la vida en sociedad.

Señalado en la Declaración Universal de Derechos Humanos así:

“Artículo 10: Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

En virtud del debido proceso toda persona tiene derecho a ser oída públicamente por el tribunal competente, independiente e imparcial y establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y el esclarecimiento de sus obligaciones ya sea de carácter civil o las que atañen a la esfera penal. Los principios del debido proceso son inalienables e irrenunciables.

Para garantizar el debido proceso es necesario observar las siguientes reglas que permitan proteger los derechos fundamentales:

1. Dar a conocer de forma clara y detallada, en un idioma que comprenda, la naturaleza y causas y de su acusación.
2. Informarles de los medios y el tiempo que tiene para establecer o asumir su defensa y que puede nombrar un defensor si así lo desea.
3. Estar presente en el proceso o actuar por medio de apoderado.
4. Conocer los derechos que le asisten para nombrar a un abogado por su cuenta o uno de oficio.
5. No declarar en contra de sí mismo.
6. Derecho a una segunda instancia ante un tribunal de rango superior.
7. Derecho a ser indemnizado por errores judiciales

De igual forma, en la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre:

Artículo XVIII: Toda persona puede recurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra los actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo XXVI: se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y publica, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes y a que no se impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.

La convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Artículo 8. Garantías judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación

penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometida nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

“Artículo 9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, (...)”

Todo lo anterior nos lleva a concluir que nadie podrá ser procesado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho que se le impute, ante el juez autorizado previamente y observando las formalidades de cada proceso. Cabe mencionar que es un gran logro en la historia, pues como se analizó en el capítulo anterior las normas vigentes eran aquellas que los nobles y la realeza imponían con toda la arbitrariedad en muchos casos. Desde este momento se habla de la sujeción a principio de legalidad que resguarda a todos los ciudadanos para que se respeten sus derechos y se impongan sanciones únicamente por las conductas que el legislador haya señalado como punibles.

A partir de allí, se tiene como una de las máximas en derecho penal y el punto de división entre la época del llamado oscurantismo a la época del iluminismo a la ilustración conocido como “nulla poena, sine lege”. Es el pueblo el que determina los derechos y obligaciones que lo rigen, en consecuencia, los ciudadanos y todos los poderes públicos, como se ha dicho, están sometidos a las leyes, que son creadas por el soberano, el pueblo, pues así se ha entendido a nivel universal desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y Colombia, acogiendo los planteamientos allí previstos, ha dispuesto en nuestra normatividad constitucional y penal el principio de legalidad. (ORDUZ BARRETO, pág.102)

El Debido proceso penal son aquellas etapas indispensables en los procesos que permiten una adecuada administración de justicia y protege los derechos pertenecientes a la esfera subjetiva de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada para que no se les vulneren; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente

Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto:

- Las partes intervinientes en el proceso pueden hacer valer sus pretensiones y así mismo excepcionarlas.
- El proceso debe desarrollarse en las condiciones más adecuadas con el fin de conservar un orden jurídico justo y equitativo.

Así mismo, deriva un principio importante como lo es el de la doble instancia que está dirigido exclusivamente al imputado. Si bien se le confiere la posibilidad de recurrir la sentencia penal adversa a otros sujetos en el proceso, estos no poseen el goce de dicha garantía, sino sólo un derecho establecido en el ámbito interno del Estado, con un alcance limitado a la discrecionalidad del legislador. El profesor Liebman señalaba al respecto que “el objeto de la cognición del juez de segundo grado es directamente la controversia ya decidida por el primer juez, no ya solamente la sentencia por éste pronunciada y las censuras hechas valer contra ella, o dicho en otros términos, el control de la decisión apelada es solamente un modo de proceder al nuevo examen de la controversia, se entiende en el ámbito de la apelación que se ha propuesto. En todo caso, la sentencia que se pronunciará en apelación será la nueva decisión de la causa, que absorberá y sustituirá en todo caso a la del primer grado”. Lo que desde un punto de vista general garantiza el desarrollo de principios como el de legalidad y de defensa.

El reconocimiento de los Derechos Humanos ha surgido de las diferentes interpretaciones de lo que somos los Seres Humanos y lo que deberíamos ser social y políticamente. De esta forma concebimos los derechos como facultades y libertades, lo que implica de igual forma unos límites y exigencias al poder de cada Estado que debe garantizar su protección y aplicación. La importancia del desarrollo de este instrumento radica en el desarrollo que de los principios y derechos fundamentales realizó con respecto a los que ya se habían esgrimido con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Pues basados en los antecedentes de carácter político y social se logró enunciar un nuevo listado mucho más exhaustivo pero manteniendo las prerrogativas

fundamentales de 1789. Significo una complementación y un reconocimiento a nivel internacional de los Derechos Humanos y muchos países la incluyen en su bloque normativo como es el caso Colombiano que se estudiará en el capítulo posterior.

CAPITULO 3: LA CONSTITUCIÓN DE 1991

11. La constitución de 1886 y los derechos humanos

La Constitución de 1886 fue la carta que rigió al ámbito constitucional Colombiano desde finales del siglo XIX hasta finales del siglo XX cuando fue derogada por la Constitución de 1991. Nace en la época de presidencia de Rafael Núñez con apoyo del movimiento político de la Regeneración.

La constitución de 1886 estableció los siguientes principios: República Unitaria, poder ejecutivo fuerte, periodo presidencial de seis años. Sujeción de los Gobernadores al Gobierno Central. Reconocimiento de la Religión Católica como la oficial de Colombia,... Se estimuló la Unidad Nacional, fortaleciendo el principio de autoridad, libertad y orden; así mismo, se consolidaron las relaciones con la iglesia católica. (OCAMPO LOPEZ, pág. 13, 2004). Suprimió ciertas libertades como las de prensa y asociación, concediéndole al ejecutivo poderes casi absolutos con la figura del estado de sitio. En cuanto al centralismo, la constitución consagraba el carácter unitario de la Nación, en la que residía la soberanía, le permitía modificar el nombre de Estados por Departamentos, ordenaba la legislación penal, civil, comercial etc.

Respecto a los derechos individuales como lo señala Jorge Orlando Melo desaparecieron algunas formulaciones genéricas de la constitución de 1863 como la libertad de expresión, imprenta, pensamiento y movimiento, para ser reemplazadas por fórmulas más restrictivas. La modificación más significativa fue el restablecimiento de la pena de muerte por traición a la patria, patricidio, asesinato, incendio, entre otros.

Si bien la carta de 1886 se presentó como una forma de reacción contra “el desorden” de la federación, sus inicios fueron dolorosos y en cierta manera, contradictorios con el propósito de reafirmar el orden y la autoridad que la habían justificado.

Dada la precariedad y las distintas problemáticas que se suscitaron en 1886 se vieron necesarias varias reformas antes de llegar a la constitución de 1991 como son:

- a. Acto Legislativo 9 de 1905: Dispuso que la Constitución podía ser reformada “Una Asamblea Nacional convocada expresamente para este objeto por el Congreso o por el Gobierno Ejecutivo”. Preveía que de llegar a reunirse la referida Asamblea, cesaría el periodo Constitucional del congreso y la Asamblea ejercería las funciones legislativas.
- b. Acto legislativo 1 de 1910: Expreso que “Las funciones que ejercerá la Asamblea Nacional, en sustitución del Congreso y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 6' del Acto Legislativo 9 de 17 de abril de 1905, son todas aquellas que por la Constitución y las leyes corresponde ejercer al Congreso y a cada una de sus cámaras”.
- c. Acto legislativo 3 de 1910: institucionalizó la prohibición de aprehender a cualquier miembro del Congreso. El artículo 21 decía así: Ningún miembro del Congreso podrá ser aprehendido ni llamado a juicio civil o criminal sin permiso de la cámara a que pertenezca durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte días después de estas. En caso de flagrante delito podrá ser detenido el delincuente, y será puesto inmediatamente a disposición de la cámara respectiva. Este precepto fue modificado luego por el Acto Legislativo de 1936, que permite hacer comparecer a un parlamentario en juicio civil, lo cual en 1910 era prohibido. Además disminuyo el tiempo presidencial a 4 años.
- d. La reforma Constitucional de 1936: Durante el gobierno de Alfonso López Pumarejo y con un Congreso liberal, ante la abstención del partido conservador, se impulsó la Revolución en Marcha, para modernizar el Estado y promover el desarrollo industrial del país. Esas transformaciones se compendian en la reforma constitucional de 1936, contenida en el Acto Legislativo 1 de 5 de agosto de dicho año, que incorporó la función social de la propiedad, la intervención del Estado y el ingreso en nuestra Carta de nuevos derechos sociales.

- e. Plebiscito de 1957: Se aprobó por el pueblo la igualdad de derechos políticos entre hombres y mujeres; los ministros del despacho serán de libre nombramiento y remoción del presidente; responsabilidad del gobierno entre conservadores y liberales, entre otros.
- f. La reforma Constitucional de 1968: Adelantada bajo la presidencia de Lleras Restrepo con el fin de aumentar el control político del congreso sobre el gobierno, mantuvo los poderes extraordinarios del presidente en situaciones de crisis políticas, económicas- sociales.

En la constitución de 1886 podemos ver que los derechos fundamentales en cuanto a lo penal no eran determinados, teniendo en cuenta que ya existía una regulación internacional y nacional la cual no se administraba o tenía en cuenta en el momento de un juicio previo y por ende existían ciertas violaciones a los derechos fundamentales y los principios constitucionales otorgados por la ley al ser humano al momento de cometer un delito o existir una contravención hacia este.

Podemos observar que el contexto que se manejaba en ese entonces era más dirigido a lo constitucional y no había mucha influencia en la dogmática jurídico penal.

12. La constitución de 1991 y su integración a los derechos humanos.

La constitución de 1991 tiene un rasgo fundamental cual es la ordenación de toda la normativa constitucional a la persona humana. Es decir, su reconocimiento por encima de todas las estructuras sobre las cuales se ha desarrollado el hombre y la civilización.

La constitución es de carácter personalista en la medida que en todo su articulado reconoce la dignidad humana como fundamento único de sus derechos, rechazando cualquier como se señala en el artículo 5 de la Constitución política cuando el Estado Colombiano “reconoce sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” y de allí el punto de partida para rechazar toda clase de teorías “Transpersonales” o como la denomina Radbruch “la cultura

transpersonal de las obras”(1994, pág. 80) que considera ir más allá de la persona y le exige una conexión con algo más grande o significativa como sería el caso del Estado como ente superior.

12.1. El nuevo concepto de persona

La constitución de 1991 como se ha mencionado incluye un concepto de gran importancia que es la nueva dimensión del concepto de persona, pues como se cita en el artículo 5 de la misma “la primacía de los derechos inalienables de la persona” es el punto de partida de un movimiento que aunque sonaba innovador para la época no era más que la aplicación de lo ya determinado por la declaración universal de derechos humanos de 1948. Aunque con un ligero cambio pues las circunstancias político-sociales de la época eran totalmente diferentes a las de aquella época de su promulgación.

De esta forma, antes de hacer un análisis del impacto que tuvo el concepto jurídico de persona en la constitución de 1991 es necesario precisar cuál es su definición o tener por lo menos una aproximación teórica. El Pacto de San José compara el concepto de persona con el de ser humano y se puede decir, que concuerda con lo señalado por el código civil en su artículo 74 pues son personas “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

En las sociedad Romana no todo hombre era reconocido como persona se actuaba en razón de la premisa “Toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona”. Lo anterior en razón a que, el hombre es aquel que tiene mente racional, en tanto que la persona, es el hombre considerado en su status, de modo que quien no tiene ese status no es persona (CASADIEGOS, 2003, pág. 191) y no es susceptible de derechos y obligaciones. Respecto al status, se decía que era una cualidad de la que gozaban todos los hombres y se manifestaba como una condición en la que se encontraba un hombre en determinada situación, que principalmente son dos:

- a. Estado Natural: en palabras de JUSTINIANO, aquel en el que una persona no se rige por algún lineamiento o normativa. La única guía de sus actos es la conciencia, es decir, sus propios actos y principios.
- b. Estado civil: es el relacionado con la interacción de la persona frente a la civitas. Así mismo, surgen otros estados como el libertatis o libertad o civitatis referente a la ciudadanía en los cuales se encontraba un ciudadano Romano también.

Solamente cuando el cristianismo empieza a expandirse y tomar auge, el estatus de persona se identifica con el hombre a partir del momento en que la esclavitud empieza a desaparecer. La distinción entre hombres-personas y hombres-cosas comienzan a desaparecer de la sociedad. Actualmente, la diferencia que ocurría con los juristas romanos y los filósofos positivistas, en el ámbito internacional de los derechos humanos hombre y persona son considerados lo mismo.

12.2. La incorporación de los derechos humanos en el sistema penal colombiano

12.2.1. La dignidad Humana

A través de los años se ha visto que la dignidad humana se ha convertido en uno de los principales derechos a reconocer al ser humano. Aunque no se le dio la atención que merecida en algunas épocas, la preocupación de la persona como sujeto de derechos no es un aporte novedoso que haya hecho la Declaración Universal de Derechos del Hombre o los diferentes instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos. Es un tema que ha evolucionado en diferentes periodos como lo ha hecho el hombre en las diferentes etapas históricas.

En la etapa de la Edad Media o antigüedad el concepto de dignidad humana no tenía ninguna importancia. Fue con el pasar de los años y los diferentes eventos como las guerras, conquistas y el auge del cristianismo cuando empieza a tomar relevancia. Aunado a ello, la revolución francesa marca el punto de partida en su reconocimiento, pues, fueron los postulados de los ilustrados de la época quienes con sus ideales cimentaron las ideas de fraternidad, igualdad y libertad, que más adelante se relacionarían con la dignidad humana. Posteriormente, con la

Declaración de Derechos Humanos se eleva este concepto a rango internacional y se contempla en otros documentos internacionales como lo son la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Como canck afirma “la dignidad denota, la cara externa de la función social de una persona que evoca el respeto, y encarna el carisma y la estima que preside en el cargo, rango o personalidad”. La dignidad o “Dignitas” no solamente es aplicada a los seres humanos, también, se aplica a las instituciones. Fue Cicerón el primero en distinguir dos perspectivas de la Dignitas, por un lado su contenido moral y de otro lado, su aspecto político, aspecto fundamental en la Edad Media para distinguir a los hombres de los animales.

En la época del renacimiento también ocupó un papel protagonista en los escritos de autores humanistas de la época. Pico de la Mirandola manifestaba que la raíz de la dignidad humana en la persona, es la capacidad de elegir lo que quiere ser (1998) y por su parte, Fenan Pérez de Oliva en su “Dialogo de la dignidad del hombre” partiendo desde una visión un poco más religiosa y tomándolo como la más grande creación de Dios, subrayaba que el hombre tiene la libertad de ser lo que quisiera (1982). El desarrollo posterior de este concepto, contemplo la importancia de la racionalidad del hombre y se dejaron de lado los aspectos religiosos y humanistas de sus autores, pasando a ser un elemento central la autonomía del hombre.

En la ilustración, el concepto de dignidad humana tuvo un rasgo más filosófico y fue incluida en teorías como la propuesta por Emmanuel Kant que afirmaba que el hombre no podía considerarse como una cosa o un simple medio, sino que debía entenderse como un fin en sí mismo. De allí que también afirmara siches que “el pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, o lo que es igual, diciéndolo en una expresión negativa, la cual tal vez resulta más clara el hombre no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios” (MASIA CLAVEL, pág. 2005). Luego de las grandes luchas por su reconocimiento, por fin se tenía a

la persona como sujetos de derechos y se le reconocía su autonomía respecto de sus actos.

Es de mencionar que, el sistema interamericano de derechos humanos no es el único que ha incluido en su cuerpo normativo el concepto de dignidad humana. En otros países también se ha adoptado como lo es la carta árabe de derechos humanos de 1994, el convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos o carta de Banjul de 1981.

12.2.2. El derecho a la igualdad

La igualdad dentro de la estructura de la constitución política de 1991 se concibe con una doble dimensión, es decir, como principio y como derecho fundamental; como principio, hace referencia a la relación que tiene con los poderes públicos y en este caso se restringe su libertad de acción; y como derecho otorga a los ciudadanos poder para imponer a los órganos del Estado determinados comportamientos, vinculados con la fuerza normativa, que son exigibles judicialmente, y cuya tutela se encomienda al juez constitucional. (GOMEZ SERRANO, pág. 190).

La constitución política de Colombia, en su preámbulo enuncia el principio de igualdad con los demás fines del Estado y como derecho fundamental cuando dice: "... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz...". Lo anterior en procura de fortalecer el sistema económico, político y social justo que se desarrollan en su cuerpo normativo y que gozan de poder vinculante.

La cláusula general de igualdad implica lo siguiente:

- i. La igualdad ante la ley como presupuesto de la organización social que implica un tratamiento simétrico para todos los ciudadanos y se concreta en una igualdad formal, es decir, una igualdad jurídica. Por esta razón, no le es

permitido a los poderes públicos la arbitrariedad en sus funciones e implica una sujeción absoluta a la ley mediante una aplicación recta e imparcial. (BOBBIO, 1993, pág. 6)

- ii. El derecho a la igualdad de trato, es decir, que las autoridades deben brindar la misma protección a los ciudadanos, todos los poderes públicos, tanto los que crean derecho como los que lo aplican, están vinculados por este mandato de coherencia en la respuesta ante los presupuestos de hecho semejantes y comparables. (GOMEZ SERRANO, pág. 192)

Respecto del legislador, se materializa la “igualdad ante la ley”

- iii. El derecho a la no discriminación

Según la corte constitucional en sentencia T-442 de 1992 el derecho a la igualdad implica siempre criterios de diferenciación: “La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los “términos de comparación”. Cuáles sean estos o las características que los distinguen no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado tertium comparationis, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre mas no arbitraria, y solo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad”

12.2.3. El derecho a la libertad

El derecho a la libertad más que un derecho fundamental que se ha incorporado en un sinnúmero de instrumentos internacionales, es el triunfo de la humanidad en cuanto al respeto de sus garantías personales, además, el anhelo de muchas personas que se encontraban privadas de la libertad en circunstancias inhumanas y sin una correcta administración de justicia.

Es fundamental señalar que los primeros pronunciamientos en materia penal fueron los establecidos en la “Declaración Universal de Derechos Humanos” cuando cimiento la estructuración de conceptos como la detención y la prisión arbitraria. Sin embargo, no es sino hasta 1996 con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se establecieron los principios básicos de la libertad en su articulado así:

El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contiene cinco numerales encaminados a la protección del derecho a la libertad, los cuales establecen:

“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”

De lo anterior es posible concluir que se constituyen avances al derecho a la libertad los siguientes:

1. La persona privada de la libertad tiene el derecho de saber la causal por la cual es detenido. En el caso colombiano consignado en los derechos del capturado de la ley 600 de 2000 en su artículo 349 y la Ley 906 de 2004 en su artículo 303.
2. La privación de la libertad es una medida de carácter excepcional. Se incluye en el cuerpo normativo de la Ley 906 de 2004 mediante su artículo 308, donde se establecen los criterios para establecer los eventos en que debe imponerse esta medida de aseguramiento.

Establece una serie de posibilidades que permiten otorgar garantías para obtener la libertad, que aseguran la participación del procesado materializando de esta forma el derecho a la libertad y el derecho a la administración de justicia.

3. Se contempla la figura de la reparación como un derecho de las personas que han sido detenidas sin los presupuestos legales establecidos. Esta acción se incluye en la constitución de 1991 garantizando mediante su artículo 90 la reparación patrimonial por acciones u omisiones de autoridades públicas que desencadenen daños antijurídicos causados por conductas dolosas o gravemente culposas.

La constitución de 1991 establece en su artículo 28 el derecho a la libertad como derecho fundamental, adoptando cada uno de los principios establecidos en las declaraciones precedentes y convenios internacionales, además, estableció un término de 36 horas para poner a la persona privada de la libertad a disposición de la autoridad judicial competente. Desarrollando este derecho la Corte Constitucional señaló en sentencia T-403 de 1992 que La libertad de culto y expresión no pueden ser limitadas por la ley así “Las libertades culto y expresión

no consagran una competencia legislativa que puede restringir su práctica, lo que si sucede con otros derechos fundamentales como el derecho de petición, la libertad de escoger profesión u oficio y el derecho de asilo. Ello significa que al legislador no le es dado limitar por vía legal ciertos derechos colocados por el constituyente fuera de la órbita de acción de las autoridades. Desde luego, si las libertades de culto y expresión dan lugar a la conformación de una reunión pública, esta última en cuanto tal en los términos del artículo 37 de la constitución política de Colombia queda sujeta a las limitaciones que de manera expresa establezca la ley”

La normativa constitucional señala tres requisitos esenciales para privar de la libertad a una persona:

1. Debe existir mandamiento escrito de una autoridad competente: señalaba el Acto Legislativo 03 de 2003 mediante el cual se introdujo el Sistema Acusatorio en Colombia las autoridades competentes son el Juez de Control de Garantías y en su momento cuando aún regía la Ley 600 de 2000 el Fiscal Delegado.

En la constitución de 1991 se establecen dos excepciones en las cuales autoridades no judiciales pueden realizar detenciones sin mandamiento escrito: La primera de ella es el caso de la flagrancia, cuando la persona es sorprendida en el momento de la comisión de una conducta punible, o con instrumentos que permitan inferir su participación, así mismo, actualmente se contempla la posibilidad del testigo silente (cámaras, grabaciones); y la segunda, es el evento de la captura administrativa o también llamada por la jurisprudencia constitucional como aprehensión material que se usa cuando es necesario verificar hechos necesarios para que la policía desarrolle sus actividades investigativas que conllevan a preservar el orden público.

Es necesario advertir que la Corte Constitucional en sentencia C- 024 de 1994 estableció unos requisitos para la captura administrativa, entre los que se destacan:

- a. Motivos fundados: Se entienden como el conjunto de hechos o situaciones que permiten concluir que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autor o participe de la conducta punible desde un criterio objetivo.
 - b. No es posible exigir la orden judicial.
 - c. Su único objetivo es verificar los hechos relacionados con los motivos de la aprehensión o identidad del detenido.
 - d. Es de carácter temporal, por lo que no puede sobrepasar las 36 horas.
 - e. Debe ser proporcionada.
 - f. Se puede exigir el Habeas Corpus como una garantía de control.
 - g. Se respetan los derechos de igualdad y no discriminación.
 - h. Los funcionarios no pueden realizar registros domiciliarios sin una orden judicial previa.
2. Formalidades legales: se tienen como tales los requisitos sustanciales y las normas procesales contemplados en la regulación penal para privar la libertad.
 3. La existencia de un motivo fundado: esta exigencia se relaciona con el principio de legalidad en materia penal, ya que se busca que la conducta por la cual se realiza la captura administrativa debe estar previamente tipificada en la ley.

12.2.4. Reconocimiento de la personalidad jurídica

Al respecto la corte constitucional en sentencia c-109 de 1995 “considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones, sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujetos de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica esta implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica.” (C-109 de marzo 15 de 1995, MP: Alejandro Martínez Caballero)

12.3. El debido proceso

Este es uno de los derechos fundamentales generales presente en todas las constituciones de América Latina, donde se consagra varios derechos fundamentales generales como: derecho de la libertad, derecho a la igualdad, derecho a la protección, derecho a una organización y derecho al debido proceso. El debido proceso es un principio básico de la organización de cualquier sociedad.

En la tradición occidental, de corte judeo-cristiana, sus antecedentes podrían remontarse a episodios de épocas tan lejanas como, por ejemplo, la celeberrima conversación entre Dios y Abraham en el juicio contra Sodoma y Gomorra -en donde ya aparecen los principios del juez imparcial, la intermediación procesal, el derecho de contradicción, y los principios de justicia, legalidad y equidad-, o los principios para la administración de justicia que pueden leerse en el Antiguo Testamento y que ordenan que los juicios sean justos, proscriben de ellos cualquier forma de corrupción, y no se tienen en cuenta los principios de legalidad y de intermediación e igualdad.

Desde estos antecedentes hasta el día de hoy el debido proceso ha tenido muchas variaciones, sin embargo este principio y derecho fundamental es la pieza estructural de dos dimensiones importantes del Estado como: el Estado de Derecho y el Estado Democrático.

“El debido proceso constituye un postulado básico del Estado de Derecho, traducido en la facultad del ciudadano de exigir tanto en la actuación judicial como administrativa, el respeto irrestricto de las normas y ritos propios de la actuación por parte del Estado en cada caso concreto de aplicación de la ley sustancial, traducido en los términos del artículo 29 de la C.P., al proceso o juicio conforme a las leyes preexistentes al acto imputado, ante juez o tribunal competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio; así entonces, el debido proceso es la máxima expresión de las garantías fundamentales y cualquier vulneración a las mismas pueden ser alegadas por vía de violación al debido proceso en un sentido amplio, formando usualmente parte de este: la preexistencia de la ley

penal, el juez o tribunal competente, el acceso a la administración de justicia en condiciones de libertad e igualdad, la observancia y cumplimiento de las formas propias del juicio, entendido éste último como todo el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley penal favorable, la presunción de inocencia y sus consecuencias, la defensa técnica y material, el proceso público sin dilaciones injustificadas, el principio de contradicción, la imparcialidad del juez, a la doble instancia, entre otros. Sin embargo, para poder llegar a la concepción del debido proceso como principio jurídico vemos a continuación el desarrollo histórico que se tuvo que dar como precedente para el perfeccionamiento de esta institución.” (ATEHORTUA, pág. 1)

El derecho fundamental al debido proceso se encuentra institucionalizado como derecho fundamental en el artículo 29 de la C.P. en los siguientes términos:

“El debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes del acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgados dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida, con violación del debido proceso” (Constitución política de Colombia)

Cabe anotar que este artículo es conexo con el artículo 2 y 5 de la C.P. y se complementa con los artículos 31, 33 y 228 de la C.P. entre otros.

El artículo 2 C.P. establece como fin esencial del estado: “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución”, y señala que “las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

El artículo 5 Código Penal enfatiza esta carga de garante de derechos del individuo que tiene el estado y que se desarrolla mediante el debido proceso, al establecer que “el estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”.

De acuerdo con el artículo 31: “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, de esta manera se establece en Colombia el principio de la doble instancia y la prohibición de la *refomatio in pejus*.

El artículo 33 introduce otro elemento el cual es el de prohibición de autoincriminación, según el cual ninguna autoridad, ni particular, podrá obligar a alguien a autoincriminarse o a incriminar a sus parientes más cercanos.

Y el artículo 228 consagra los principios relativos al debido proceso judicial: “la administración de justicia es función pública, Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

La titularidad del derecho fundamental del debido proceso ha sido un aspecto objeto de un desarrollo jurisprudencial. Como dijo el magistrado Eduardo Cifuentes

Muñoz en sentencia T 463 de 1992, se manifiesta que el derecho fundamental al debido proceso no se atribuye de manera exclusiva a las personas naturales, sino que también se predica de las personas jurídicas, de naturaleza privada, pública o extranjera. Así, en palabras de la Corte:

“El principio general que condiciona el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas jurídicas a la naturaleza del derecho objeto de la vulneración o amenaza tiene clara expresión en los derechos fundamentales procesales, anclados en el principio del estado de derecho. El carácter “procesal” de ciertos derechos constitucionales fundamentales –derecho de defensa, derecho al debido proceso, derecho de contradicción, derecho a la doble instancia y el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.)- se predicen de determinados derechos que pueden ser invocados por todo tipo de personas, naturales o jurídicas, sean ellas privadas, públicas o extranjeras.[Asimismo,] mientras que el ejercicio de los derechos fundamentales o materiales depende de la naturaleza del derecho en cuestión, los derechos procesales fundamentales contienen principios objetivos de procedimiento de carácter universal, aplicables a los procesos judiciales y administrativos ,y a los cuales puede apelarse indistintamente por parte de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas”.(MP: Eduardo Cifuentes Muñoz)

Puede decirse que el derecho fundamental al debido proceso es para las personas naturales y para las personas jurídicas el debido proceso es un derecho fundamental autónomo. Según la jurisprudencia constitucional las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales derivados los cuales son los de protección indirecta pero efectiva de los derechos de los individuos que conforman la persona jurídica. También están dotadas de derechos autónomos los cuales son la protección de las características y los elementos de la propia persona jurídica (como la igualdad, el buen nombre y el debido proceso).

El derecho fundamental al debido proceso es un derecho complejo que se ve en la vida pública y la vida privada y que están plasmados en la constitución en los

siguientes artículos 29, 31, 33 y 228. Para el estado de derecho el debido proceso también debe aplicarse en las demás actuaciones estatales y particulares.

Siendo así existe el debido proceso legislativo, que son las actuaciones de los organismos de control, los órganos de las entidades territoriales, la banca central, el poder constituyente derivado y los particulares. (BERNAL PULIDO, pág. 352).

Como ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C 383 de 2000 con ponencia del magistrado ALVARO TAFUR GALVIS, el respeto al debido proceso en este ámbito se justifica porque las reglas procesales “configuran instrumentos para realizar objetiva y oportunamente el derecho material”.

Es por eso que la Corte en sentencia SU 960 de 1999 con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, afirmó “que ninguna autoridad dentro del estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular en caminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías que el enunciado artículo incorpora”.

En la sentencia T 242 de 1990 de la magistrada Martha Victoria Sachica De Moncaleano, señala que “una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”, por esta razón, y como la Corte Constitucional ha enfatizado, “resulta contrario al ordenamiento jurídico que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos proceda conforme a su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función, pues en tal caso su actuación subjetiva y caprichosa se convierte en una vía de hecho, por la vulneración del debido proceso”.

En sentencia C 252 de 2001 del magistrado Carlos Gaviria Díaz señalo que “el debido proceso, consagrado de manera explícita en el artículo 29 de la

Constitución, compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos a su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo”.

Por la Corte Constitucional en sentencia T 101 de 1993 del magistrado Jaime Sanin Greiffenstein según lo cual:

“... como las demás funciones del estado, la de administrar justicia (y en ella más que ninguna otra, agrega ahora la Corte) está sujeta al imperio de lo jurídico: solo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos,. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene una persona a la recta administración de justicia.”

La jurisdicción no proporciona una recta administración de justicia cuando hacen o dictan la sentencia que adolece de vicios o errores de derecho donde viola el derecho fundamental del debido proceso.

En sentido estricto se puede decir que es un principio que está inmerso en todas las actuaciones públicas y privadas, pues, se deben seguir todas las directrices señaladas por las fuentes de derecho y las ritualidades propias de cada juicio, al respecto, en sentencia T 751A de 1999 con ponencia de Fabio Morón Díaz se enfatizó que:

“... que el debido proceso es el conjunto de actuaciones que deben desarrollar los sujetos procesales y en donde es necesario respetar al máximo las formas propias de las ritualidades, por ende el legislador exige una mayor atención para asegurar al máximo los derechos sustantivos, puesto que entre más se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado

de derecho y hace excluir por consiguiente cualquier acción contra legem o preter legem, por parte de las autoridades y de los operadores jurídicos”.

De esta manera se preserva el valor de la seguridad jurídica y se hacen valer los postulados de la justicia y de la igualdad ante la ley. El debido proceso en sentido estricto es un principio constitucional transversal, no se aplica solo a las actuaciones judiciales y administrativas, sino a todas las actuaciones públicas y privadas. La acción de tutela se revela como una garantía del cumplimiento de este principio tanto por parte de los poderes públicos como de los poderes privados.

Los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal sobre esta materia. De esta manera la sentencia C 007 de 1993 del magistrado JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO donde la corte fundamento que “el estado no puede condenar a un individuo sino sobre la base de haberlo oído y vencido en juicio, esto es, la decisión de la autoridad que impone sanción al inculpado como consecuencia de su conducta únicamente puede estar fundamentada en que se haya discernido y declarado que es culpable, desvirtuando la presunción de inocencia dentro de un esquema procesal ajustado a las normas que aseguran sus posibilidades de defensa y contradicción”.

El derecho al debido proceso es reconocido en el artículo 29 de la constitución. Se ha relacionado con el derecho a la defensa y en sentencia T-436 de 1992 señaló que es un “derecho fundamental autónomo, ligado inextricablemente al debido proceso, que permite garantizar la realización de otros derechos, como la libertad, la petición y la vida. El estado dispone, al menos normativamente, de los instrumentos para hacerla efectivo, mediante mecanismos tales como la defensoría pública, la cual ha quedado radicada en cabeza del Defensor del Pueblo. De esa manera se vela mejor por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos, función principal de dicho funcionario”.

En materia penal afirma el penalista Fernando Velásquez que “el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”. (VELASQUEZ, 1987, pág. 11)

12.3.1. El principio de legalidad

El principio de Legalidad tiene sus orígenes en el derecho Romano, aunque no de manera expresa. Es hasta la carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan sin Tierra hace las concesiones a los nobles de Inglaterra. Entre otras prerrogativas otorgadas, cabe destacar la señalación expresa del artículo 48 “que nadie podrá ser arrestado, aprisionado... sino en virtud de un juicio de sus pares según la ley del país”, además, de reconocer la facultad de dictar leyes de tipo penal al parlamento. Posteriormente, con la declaración de derechos del hombre y del ciudadano producto de La Revolución Francesa en 1789, se citó en su artículo 5 que “la ley no tiene derecho a prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad”, “todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido”, “Nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena y en virtud de su artículo 8 “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”.

El artículo 29 de la constitución política habla sobre este principio así: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”, esto se refiere al ámbito penal. El principio de legalidad según Salazar Ugarte, tiene dos dimensiones política y jurídica. Desde la perspectiva de la política, la legalidad es un requisito y un atributo del poder que supone unos límites al ejercicio del mismo. El principio de legalidad adquiere una dimensión muy amplia en la medida que implica el desarrollo de una serie de principios dentro del contexto social en que tiene vigencia.

Este principio tiene dos dimensiones una material y una formal. La dimensión material es relevante en el derecho penal, y en el derecho sancionatorio, este principio exige que las prohibiciones de conductas particulares y las sanciones para los actos que eventualmente las infrinjan deban aparecer específicas en una ley anterior al acto que se enjuicie. En una dimensión formal el principio de legalidad establece que las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley anterior y el poder judicial debe ajustarse por entero a dichas disposiciones.

En la sentencia T 751 A de 1999 la Corte dice:

“... las garantías procesales imprimen transparencia a las actuaciones y en general a todas las actividades públicas, por lo tanto, el señalamiento de las diversas etapas procedimentales han sido previamente determinadas [sic] por la ley, cuyo propósito esencial es el de equilibrar las cargas procesales entre los sujetos que concurren a una diligencia judicial. Por ello, los ciudadanos, sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones tanto administrativas como judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso (...) En este orden de ideas –continúa la corte- la función de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: es decir, solo puede ser ejercida dentro de los precisos términos establecidos con antelación por las normas generales y abstractas que vinculan positiva o negativamente a los servidores públicos; en consecuencia, estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia, es decir el debido proceso es el que tiene todo ciudadano a la recta administración de justicia.” (MP: Alfredo Beltrán Sierra)

Muchos autores han tratado de definir y fundamentar el principio de legalidad desde diversos puntos de vista. Feuerbach jurista alemán fue uno de los primeros en formular la expresión latina del principio, y que tuvo como leit motiv la lucha por la legalización del derecho penal. Tuvo dos ejes fundamentales: por un lado, de carácter político-criminal, y por otro lado, de naturaleza puramente política que implicaba la primacía de tal principio y generaba una concepción liberal del

derecho penal. De esta manera, Feuerbach dio un fundamento penal específico al principio de la legalidad.

Por otro lado, von Listz calificó a la ley penal como la "Carta Magna del delincuente", debido a que consideró que el principio de legalidad como la fuente que otorga el derecho a castigar, pero siendo más importante, el límite a esta potestad y el consecuente reconocimiento a un derecho de defensa adecuado.

En el derecho penal, el principio de legalidad sirve como garantía de imparcialidad y objetividad judicial. Es un gran logro histórico pues ha de tenerse en cuenta que en la época de la revolución francesa no se garantizaba, y la nobleza determinaba a su parecer las conductas punibles. Es por ello que este principio permitió que los ciudadanos pudiesen estar al tanto de sus comportamientos sin temer a posibles condenas por actos no tipificados previamente. Con esto lo que se consigue es asegurar la paz y el orden social.

La cuestión de la legalidad en las penas supone la apreciación de si es posible la presencia de normas penales en blanco que determinen las sanciones a imponer por la comisión de delitos. (WESTERLINDH, 2003, pág.29). Es la perentoria obligación del Estado de perseguir y sancionar al delito a través del ejercicio de la acción penal pública, asegurando así el cumplimiento inequívoco de la ley, valor fundamental del Estado Social de Derecho.

Como consecuencia de ello y conforme al principio de legalidad, la ley es la única fuente creadora de delitos, y solo podrá considerarse como tal aquellas que sean señaladas expresamente por estas. Es decir, mientras la ley no prohíba un acto, el hombre tiene plena libertad para realizarlo. De esta manera, se asegura que "en teoría" eventos de arbitrariedad por parte del Estado vuelvan a ocurrir.

12.3.2. El principio de publicidad

El principio de publicidad puede tratarse desde dos puntos de vista: entre las partes y respecto del acceso de terceros a las actuaciones procesales. En el primer caso, propende por la salvaguarda de los derechos fundamentales de

defensa, igualdad de armas, principio de contradicción, entre otros. En el caso del derecho penal, el derecho de saber quien acusa y de que se acusa al imputado, conocer el material probatorio recaudado a favor o en su contra y la posibilidad de impugnarlas. En lo que se refiere al acceso de terceros al proceso, ya sea con función jurisdiccional o bien accediendo a la sala de audiencias (GARCIA RAMIREZ, 2004, pág. 87). Se refiere entonces a la necesidad de dar a conocer, con total transparencia, ya sea en el proceso penal o en el juicio lo que constituye una garantía para los implicados respecto de las decisiones que son tomadas en estricto derecho.

Como señala Luigi Ferrajoli, conforme al principio de publicidad "... los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio". (1995, pág.616). Por su parte, TIEDEMANN, señala que:

"La publicidad pertenece a las instituciones fundamentales del Estado Social de Derecho. Las disposiciones sobre ella deben garantizar que en caso de que no esté previsto forzosamente por la ley un tratamiento en audiencia no publica, o exista un motivo previsto legalmente que pida la exclusión de la publicidad en la vista principal o de una parte de ella, o al menos lo admita, tenga lugar el juicio de forma completamente pública y no a puerta cerrada"

Queda pues establecido, que un juez que es capaz de dirigir sus audiencias a la vista del público, en algunos casos con la participación de la prensa, que presente sus argumentos ante los involucrados y que fundamente sus decisiones por lo menos de forma resumida, le será más fácil emitir un juicio transparente y menos vulnerable a los subterfugios y regalos monetarios que lo puedan afectar.

La corte constitucional en sentencia T 1012 de 1999 con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra sostuvo que "dada su naturaleza y finalidad filosófico-jurídica que

cumple el proceso en la sociedad, como instrumento para garantizar la pacífica convivencia entre los asociados, se hace indispensable que él se tramite conforme a unas reglas mínimas, que permitan a las partes, en igualdad de condiciones y de oportunidades, concurrir y actuar en el debate judicial”. Cualquiera de estas reglas mínimas en cualquier sociedad democrática el principio de publicidad.

Este principio impide que existan en el proceso actuaciones ocultas para las partes o para quienes intervienen en el por ministerio de la ley como sujetos procesales, como por ejemplo el ministerio público, la fiscalía o la defensoría de familia.

12.3.3. El principio de juez natural

Este es un derecho a un juez preestablecido, con competencias fijadas en la ley y de esta manera permita que en el juicio exista una garantía de imparcialidad. Este principio excluye la posibilidad de que existan jueces ad hoc, nombrados para el caso y que puedan resolver los conflictos jurídicos mediante apreciaciones preconcebidas, parciales, no basadas exclusivamente en el imperio de la ley de que habla el artículo 230 de la C.P.

En la sentencia C 444 de 1995 el magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz dice que el juez natural es aquel a quien la constitución o la ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su resolución. Cada asignación se lleva a cabo mediante el otorgamiento a cada juez de una competencia.

Para el magistrado Hernando Herrera Vergara en sentencia C 208 de 1993 la radicación de una competencia en una determinada autoridad judicial no configura una decisión de índole constitucional sino que pertenece al resorte ordinario del legislador, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita entre los distintos entes u órganos del estado.

Lo crucial para el respeto del principio de juez natural es que no se altere la naturaleza del funcionario judicial y que no se establezcan jueces o tribunales ad hoc.

En sentencia SU 1184 de 2001 con magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynet enuncia que el ámbito constitucional del juez natural, para diferenciarlo de la fijación de reglas de competencia que corresponde al legislador. Indica que desde el punto de vista constitucional existirá una violación del principio del juez natural cuando:

*(...) i. Se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta. II. Cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas, iii Cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la carta, como sería el caso de indígenas o menores. iv. Cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); v. cuando se realizan juicios **EX POST** con tribunales **AD HOC**, y vi. Cuando se reconoce al derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria. (...)*

12.3.4. El principio de favorabilidad

Este principio que constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, surgiendo de la máxima “favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda” que significa que lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse, teniendo cabida únicamente cuando existe sucesión de leyes. Es un principio del derecho penal, sin embargo, desde la perspectiva constitucional es una de las estructuras del debido proceso que es reconocido como derecho fundamental en la constitución de 1991.

Se contempló en la anterior constitución de 1886 en su artículo 26 como “En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Al respecto la Corte Suprema de Justicia refiriéndose a ese artículo, que es idéntico al artículo 29 de la constitución actual había dicho que:

“Debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por lo tanto, y a *contrario sensu*, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre las leyes sustantivas o adjetivas ni procesales. La observación es pertinente por cuanto existe una generalizada tendencia a suponer que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en cuanto dispone que: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir” (Sentencia C-200 de 2002, MP: Álvaro Tafur Vargas)

Está consagrado en el artículo 29 de C.P. en los siguientes términos: “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable” o como lo señala la sentencia C 252 de 2001 del magistrado Carlos Gaviria Díaz dice lo siguiente: “en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable con relación a la derogada, esta será la que siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia”.

Para los directos beneficiarios de esta disposición se impide la aplicación inmediata de las normas procesales, la jurisdicción y la competencia, bajo el entendido según el cual de aplicarse el mencionado principio a la persona procesada vendría a serlo conforme a las leyes que no son preexistentes al acto que se le imputa. Sin embargo, como lo ha aclarado la corte en innumerables pronunciamientos la norma constitucional solo hace referencia a aquellas disposiciones sustanciales que hablan sobre los delitos y las penas. Además, concluye que respecto a los efectos de transito de legislación, la constitución solo establece como limite el respeto de los derechos adquiridos, la aplicación del principio de legalidad y de favorabilidad.

12.3.5. La presunción de inocencia

La inocencia entendida como la exención de toda culpa en un delito o en una mala acción, es un derecho fundamental o humano de toda persona acusada de un delito a que sea considerada y tratada como inocente mientras no se establezca, mediante sentencia judicial en firme, su culpabilidad: *nulla poena sine culpa, nulla culpa sine iudicio*.

La presunción de inocencia como derecho fundamental se estableció en el artículo 9 de la Declaración de Los Derechos del Hombre y del Ciudadano producto de la Revolución Francesa, del 26 de Agosto de 1789, y la cual fue incorporada a la primera constitución de Francia del 3 de Septiembre de 1791 así :”Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga indispensable su arresto, cualquier rigor que no sea sumamente necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”. (CAMARGO, 2006, Pág.80)

Esta presunción se encuentra reconocida en el inciso 4 artículo 29 de C.P. así: “Toda persona se presumen inocente mientras no le haya declarado judicialmente culpable”. La presunción consiste en un juicio del constituyente o del legislador en donde se considera como cierto un hecho como fundamento en las reglas de la experiencia. La presunción es una guía para la elaboración de las pruebas, donde estas demuestran la incertidumbre del hecho presunto.

En sentencia SU 960 de 1999 del magistrado José Gregorio Hernández Galindo donde dice: “que la presunción de inocencia excluye, por tanto, toda predeterminación legal de la responsabilidad penal, todo prejuzgamiento por parte del fallador en el caso concreto, toda presunción de culpa y toda forma de responsabilidad objetiva”. La presunción de inocencia no solo se ve reflejada en el ámbito penal sino también en el ámbito administrativo sancionatorio.

12.3.6. El derecho de defensa

Este derecho concreta la garantía de participación de las partes en el discurso jurisdiccional, para ejercer las facultades de presentar argumentos y pruebas, así el derecho de defensa garantiza poder ir al proceso y hacer parte de este. El derecho de defensa es un principalísimo derecho reconocido a toda persona que es sometida al sistema penal.

La finalidad del respeto de derecho de defensa no radica únicamente en la protección de los derechos fundamentales del individuo procesado, sino también en la búsqueda de la verdad. A este respecto señala KLAUS TIEDEMANN:

“... es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión. La exposición del caso del inculpado sirve no solo al interés individual de este, sino también al hallazgo de la verdad. La meta procesal del esclarecimiento de la sospecha se alcanza en la mejor forma por medio de un proceso dialectico, en el que se ponga a discusión aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como argumentos y contra argumentos ponderados entre sí” (KTIEDEMANN; GOMEZ COLOMER, 1989, pág. 184)

Por otra parte, la Corte Constitucional ha sido tajante al señalar que una de las proyecciones más importantes del derecho a la defensa es aquella que tiene que ver con la posibilidad de contradicción de las pruebas.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho de defensa no solo al derecho de que se practiquen las pruebas, sino que se analicen, se valoren y se tomen en cuenta en la toma de decisiones. En sentencia T 504 de 1998 del magistrado Alfredo Beltrán Sierra expresa lo siguiente: “Una de las formas, y a modo de ver de esta Corte de las más graves, de desconocer el debido proceso consiste en que el fallador al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida

valoración del material probatorio allegado al proceso o, lo que es peor, ignorando totalmente su existencia.”

El artículo 8 del Código Procedimiento Penal contiene las garantías judiciales mínimas del acusado, reconocidas por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos humanos, en una forma detallada sin que se pueda hacer críticas desde un punto de vista del Derecho Penal de garantías como lo sustenta el maestro italiano LUIGI FERRAJOLI. (1997).

Durante el proceso penal, “una vez adquirida la condición de imputado” (art. 8 C.P.P.), este tendrá derecho a la defensa. La limitación de temporalidad en la asunción de dicha condición y, como consecuencia, la activación del derecho de defensa fue objeto de pronunciamiento de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional en sentencia C 799 de 2005 del magistrado ponente JAIME ARAUJO REINTERIA, “... sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación”.

Es propio de cualquier sistema de enjuiciamiento penal garantista. Su alcance y dimensiones están inmersos en los desarrollos constitucionales y legales de los países democráticos.

Este principio constitucional va más allá de la pura y simple condición técnica de que en el proceso penal intervenga el defensor, y de que este cumpla con su rol de ejercer la *defensa técnica*. Implica la necesidad de garantizar la intervención sustancial del procesado en el contradictorio, a través de la efectiva presencia en la actividad probatoria; el conocimiento claro y preciso de la imputación; del descubrimiento de los elementos facticos y jurídicos que son el fundamento de la acusación; de la promoción del proceso mediante el acceso a la jurisdicción, la investigación de parte, la formulación de oposiciones, impugnaciones y conclusiones; de la posibilidad de refutar la argumentación de la parte acusadora, etc. (Sentencia T-492 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo)

12.3.7. El principio de celeridad

Según este principio el proceso debe llevarse de forma rápida, sin dilaciones. Como lo dice en la sentencia C 699 de 2000 del magistrado Alejandro Martínez Caballero así:

“... las personas tienen derecho a que el proceso se adelante sin dilaciones injustificadas pero igualmente a que sea un debido proceso (art. 29 de C.P.), lo cual supone que el imputado tenga la posibilidad efectiva de preparar, con la asistencia técnica de un abogado, sus estrategias de defensa, lo cual incluye obviamente la facultad de solicitar y presentar las pruebas que juzgue pertinentes y conducentes, así como de controvertir aquellas que sean presentadas en su contra.”

Un debido proceso sin dilaciones injustificadas no puede ser un principio absoluto, sino que implica un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa.

“El derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas implica a un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa. La ley debe buscar entonces armonizar el principio de celeridad, que tiende a que el proceso se adelante en el menor lapso posible, y el derecho de defensa que, implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para que el imputado pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa”. (Sentencia C- 699 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero)

Los conceptos dilaciones injustificadas, menor lapso posible, tiempo mínimo y lapso razonable son materializados en la ley a través de los términos procesales establecidos en primer lugar para garantizar el ejercicio efectivo de defensa y en segundo lugar a efectos de lograr la efectividad y viabilidad de toda la actuación procesal. La actuación procesal además de estar condicionada en su duración por los términos procesales y se desarrolla bajo el principio de oralidad.

12.3.8. El principio de la doble instancia

Este principio está ligado a los derechos de defensa y de contradicción en donde se posibilita el derecho de defensa con las decisiones judiciales, consagrado en el artículo 29 y 31 de C.P.

El contenido consiste en el derecho a que la sentencia judicial pueda ser revisada por el superior del juez que la emitió y se hace efectivo por vía de apelación o por vía de la consulta como grado de jurisdicción (BERNAL PULIDO, pág.373)

En sentencia C 650 de 2001 de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández donde argumenta que:

Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación que forma parte de la garantía universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa, con el fin de poder obtener la tutela de un interés jurídico propio, previo análisis del juez superior quien revisa y corrige los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el A QUO. La procedencia de este medio de impugnación está determinada en los estatutos procesales atendiendo a la naturaleza propia de la actuación y a la calidad o el monto del agravio inferido a la respectiva parte.

El artículo 20 del Código de Procedimiento Penal reitera dos derechos constitucionales fundamentales, como son la doble instancia y la non reformatio in pejus, consagrados en el art. 31 de la Constitución Política:

“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”. (Non reformatio in pejus).

La doble instancia es no solo una norma rectora del Derecho Procesal Penal, sino también un derecho reconocido por los Pactos Internacionales de Derechos

Humanos. El art. 14, numeral 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece:

“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Y el literal 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza, en el numeral 2, literal h), el derecho de toda persona “del recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En el Derecho Penal la doble instancia es la *conditio sine qua non* de la imparcialidad de la administración de justicia y parte esencial del debido proceso. Los juicios de única instancia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia constituyen una violación del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y una regresión del Derecho Penal a los tiempos de la inquisición medieval.

El art. 20 del Código Procedimiento Penal se limita a señalar que “las sentencias y los autos que refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles de recurso de apelación”. (ibíd., CAMARGO, pág.97)

12.3.9. El principio de prevalencia de las normas sustanciales

Es uno de los nuevos aportes que trajo consigo la constitución de 1991, en la medida que antes se consideraba el procedimiento como un fin en sí mismo, desvinculado totalmente de las normas sustanciales. En sentencia C 131 de 2002 se dijo que:

“Las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico en lo que atañe a trámites y procedimientos están puestas al servicio del propósito estatal de realizar materialmente los supremos valores del derecho, y no a la inversa. O, en otros términos, las formas procesales no se justifican en sí mismas

sino en razón del cometido sustancial al que propende la administración de justicia.”

CAPITULO 4: La ley 906 de 2004, el juez con función de control de garantías y la materialización de garantías procesales.

La implementación del sistema penal acusatorio en Colombia trajo una figura realmente novedosa: el juez de control de garantías, funcionario que como su nombre lo indica, es aquel que ejerce una supervisión estricta, no solo formal sino primordialmente sustancial, de una serie de actuaciones procesales penales en las que se ven involucrados derechos fundamentales de las personas.

Es la Función ejercida por los jueces penales, consistente en la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales que se hagan necesarias durante la etapa investigativa. Como se anota, el control de garantías en nuestro país es una función otorgada a los jueces ya existentes, por regla general los penales municipales, y no una nueva categoría de ellos. En aras de mantener la imparcialidad del juez de conocimiento, una de las especiales prohibiciones exigidas tanto como por el Acto Legislativo 003 de 2002 que reformó la Constitución como por la Ley 906 del 2004 que lo desarrolla, es el hecho de que el juez de conocimiento y el juez de control de garantías no pueden recaer en una misma persona en un mismo proceso penal. De allí su papel de garante con ello el ejercicio de una función constitucional.

Su principal tarea es controlar las actividades que limitan los derechos fundamentales, búsqueda de la verdad y recolección de material probatorio; en esta medida, su rol es esencial como guardián de derechos y garantías de las personas intervenidas punitivamente.

Sin embargo, es una figura que no ha sido vista con buenos ojos desde varios puntos de vista: por un lado, la fiscalía que estaba acostumbrada a tomar sus propias decisiones como era el caso de las medidas de aseguramiento ya no lo puede hacer de este modo pues ahora se instauran las audiencias preliminares donde el único garante y director es el juez con función de control de garantías. Aun así, conservan la facultad de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal para aplicar principio de oportunidad. Por otro lado, el poder ejecutivo aún

no comprende su labor ya que para ellos el respeto y las garantías fundamentales se traducen en impunidad.

Como lo señala la sentencia c-1092 de 2003 “en este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo esta examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecuan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

Por lo anterior, la participación de esta figura en las actuaciones penales resulta vital y trascendente como es el caso de la formulación de imputación, audiencia preliminar ante este funcionario y entre otras las siguientes:

- a. Inspección corporal, registro personal, obtención de muestras que involucren al imputado renuente, exámenes de lesionados o víctimas de agresiones sexuales que no han dado su consentimiento.
- b. De control de legalidad: formal y material a órdenes impartidas por el fiscal delegado a la policía judicial para vigilancia y seguimiento de personas y vigilancia de cosas
- c. De verificación o decisión sobre:

Formulación de imputación, imposición, sustitución y revocatoria de medida de aseguramiento, imposición sustitución y cancelación de medidas cautelares reales, medidas de protección a víctimas y testigos, practica de prueba anticipada, reconsideración de solicitud de prueba anticipada negada, suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, suspensión y cancelación de la personería jurídica, cierre temporal de establecimientos abiertos al público, imposición de la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro, autorizaciones especiales para operaciones sobre bienes sujetos a la prohibición.

- d. De control de legalidad sobre lo actuado en: registros y allanamientos, interceptación de comunicaciones telefónicas o similares, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet u otro medio tecnológico que produzca efectos equivalente, captura en

flagrancia, retención administrativa, captura sin orden judicial, aplicación al principio de oportunidad, incautación y ocupación de bienes con fines de comiso, operaciones encubiertas, entrega vigilada, búsqueda selectiva en base de datos, cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado.

Respecto al control que ejercen tenemos:

a. De control previo

1. Búsqueda selectiva en base de datos (art.244 C.P.P)
2. Inspección, Registro y obtención de muestras (art.247 C.P.P)
3. Orden de Captura (art.249 C.P.P)
4. Realización de reconocimientos y exámenes físicos a víctimas de lesiones personales y agresiones sexuales. (art.250 C.P.P)

b. De control Posterior

1. Control de captura en flagrancia (art. 301 C.P.P)
2. De registros y allanamientos (art.237 C.P.P)
3. De interceptación de comunicaciones telefónicas y similares (art.235 C.P.P) y recuperación de información dejada al navegar por internet (art.236 C.P.P).
4. Control a la vigilancia de personas (art.239 C.P.P) y cosas (art.240 C.P.P)
5. De la actuación de agentes encubiertos (art.242 C.P.P) y entregas vigiladas (art.243 C.P.P)

c. La audiencias de tramite

1. para la aplicación del principio de oportunidad (art.3227 C.P.P)
2. Para declarar persona ausente (art. 127 C.P.P)
3. Para la formulación de imputación (art.289 C.P.P)
4. Decretar la medida de aseguramiento contra el imputado (art.306 C.P.P), revocatoria o sustitución de dicha medida. (art.318 C.P.P)

5. Para practicar prueba anticipada (art.284 C.P.P)
6. Ordenar medidas de protección para víctimas y/o testigos (art.342 C.P.P)

12.4. Principio de la dignidad humana

Es una de las normas rectoras de la ley 906 de 2004 y es concordante con los artículos 11, 17, 21, 34, 36 entre otros, también conocido como principio de humanidad, la persona como base fundamental del proceso penal. Toda persona a quien se le acuse de un hecho punible debe tratarse de acuerdo a los principios de la dignidad humana. No se puede obligar a una persona para que declare en contra de sí mismo porque es degradante y va en contra de su dignidad humana. Tiene una dimensión ética en la medida que no puede responderse a la delincuencia con tratos crueles e inhumanos y torturas.

Tal es el caso de la audiencia de formulación de imputación, donde la persona puede aceptar o no su participación en el hecho punible que se le imputa. Así mismo, en las actuaciones donde procede el control previo para evitar una restricción excesiva, innecesaria o afrentosa, que en poco o nada asegure verdad al proceso y al contrario, afecte desproporcionadamente ámbitos de la intimidad y privacidad de la persona implicada.

12.5. Principio de la libertad

La restricción a la libertad atendiendo lo citado en el artículo 295 es de carácter excepcional, restrictivo, necesario y adecuado a la constitución y al orden legal. Se deben tener en cuenta aspectos como la favorabilidad, duda en favor del procesado y la presunción de inocencia.

Más que un principio, se debe entender como la garantía de libertad personal que solo puede ser restringida con mandamiento expreso de la autoridad competente en los casos que establece la ley y que debe someterse a un control de legalidad por parte de juez con función de control de garantías ya que el fiscal debe solicitar mandamiento escrito para la restricción de la libertad del involucrado garantizando

la comparecencia del procesado, la protección de las víctimas y testigos, garantizar el cumplimiento de la pena.

Al respecto, la Corte se ha referido a la reforma introducida por el Acto Legislativo No. 03 de 2002 al principio de reserva judicial de la libertad, presente tanto en el momento previo de la emisión de la orden de restricción, como en el de su control posterior, manifestando que:

“... la reserva judicial de la libertad a que se ha hecho referencia encontró particular refuerzo en la reforma introducida en el Acto Legislativo 03 de 2002 en la que (...) se estableció que en el nuevo sistema penal por él introducido, por regla general la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, deberá ser decretada solamente por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente y solo en casos excepcionales, según lo establezca la ley, la Fiscalía General de la Nación podrá realizar capturas sin orden judicial previa, que no obstante estarán sujetas a un control automático por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (art. 250-1 C.P). (Sentencias C-730 de 2005 y C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.)

Ejemplo de ello es la audiencia preliminar de legalización de captura que se caracteriza por:

- a. Trae consigo un control posterior de legalidad, que se debe agotar frente al juez de garantías. Es sobre el procedimiento mediante el cual el Estado afectó el bien jurídico tutelado de la libertad de la persona capturada.
- b. Obedece a la verificación del cumplimiento de las garantías Fundamentales y Derechos Constitucionales del ciudadano capturado.
- c. Se debe verificar línea de tiempo ya que el funcionario dispone de 36 horas para poner al capturado frente al juez de garantías para el trámite de la audiencia.

Dentro de las garantías que rodean el derecho a la libertad en el Sistema Penal Colombiano se encuentra la referente a:

La persona detenida debe ser presentada sin demora ante un juez o una autoridad que cumpla funciones jurisdiccionales para que realice control a su restricción de la libertad. Se pretende a través de este control como lo señala la citada sentencia evaluar la legalidad y:

- a. Determinar si concurren razones jurídicas y motivos fundados para la restricción de la libertad
- b. Establecer si la medida de restricción de la libertad es necesaria
- c. Proteger la dignidad del procesado.
- d. Evitar detenciones arbitrarias y la vulneración de derechos fundamentales.

Lo señala la sentencia c- 185 de 2008 en los siguientes términos:

“Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias; ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente. Respecto de éste último, precisa el nuevo texto constitucional que debe ser distinto al juez de conocimiento del proceso penal correspondiente. A pesar de lo anterior, el mismo numeral 1 del nuevo artículo 250 permite que la Fiscalía, si es expresamente autorizada para ello por el legislador, imponga directamente, en forma excepcional, un tipo específico de medida restrictiva de la libertad orientada a garantizar la comparecencia de los imputados al proceso penal: la captura, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y eventos de procedencia establecidos en la ley. Ahora bien, por tratarse de una medida

restrictiva de los derechos del procesado, esta actuación excepcional de la Fiscalía está sujeta a control judicial por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Sin embargo, se reitera que esta es una excepción a la regla general según la cual éste tipo de medidas deben ser impuestas por decisión del juez de control de garantías.” (MP: Manuel José Cepeda Espinosa)

Mediante este procedimiento se pone a disposición de la persona privada de la libertad la primera oportunidad de impugnar la restricción de su libertad y obtener el restablecimiento de sus derechos. Así las cosas, el Juez de Control de Garantías examina si las medidas de intervención son adecuadas, proporcionales y razonables y no vulneran los Derechos Fundamentales reconocidos.

La supervisión judicial sobre las restricciones a la libertad tiene dos componentes fundamentales a saber: en primer lugar, debe efectuarse por un órgano imparcial y adecuado para la tutela de los derechos fundamentales, que como señala la ley 906 de 2004 es función propia del Juez con Función de Control de Garantías y en segundo lugar, que debe realizarse dentro de un límite temporal como lo señala la normativa vigente con un término de treinta y seis (36) horas² para que se revise la legalidad de la aprehensión y la indemnidad de la persona.

12.6. Principio de igualdad

En el ámbito procesal penal se impone la obligación a los servidores judiciales de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en desarrollo de la actuación procesal, protegiendo especialmente a las personas en circunstancias de debilidad

² La consagración de este mandato se aprecia en el contenido del inciso segundo del artículo 28 de la Carta que establece como regla general que “La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes (...). Así mismo, en el artículo 30 superior que prevé igualmente un término de treinta y seis (36) horas para que se efectúe el control judicial de una privación de la libertad a través del mecanismo constitucional del habeas corpus. En similar sentido el artículo 250.1 inciso tercero establece el control judicial obligatorio posterior para las capturas que realice la Fiscalía en desarrollo de la facultad excepcional allí prevista, el cual deberá efectuarse “a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes” a la captura. (Corte Constitucional, sentencia c-163 de 2008, MP: Jaime Córdoba Triviño)

manifiesta y proscribiendo cualquier tipo de discriminación. En este mismo escenario podemos identificar una relación procesal específica en términos del principio de igualdad: aquella definida por el encuentro dialéctico entre fiscalía y defensa bajo condiciones de igualdad de armas.

La igualdad se traduce en que tanto el fiscal como la defensa se encuentran en igualdad de armas tanto como para presentar argumentos, solicitar pruebas, interrogar, conainterrogar sin discriminaciones en el desarrollo de la actividad procesal y se propende por la protección de la parte más débil física, económica y mentalmente.

Respecto de esa función básica del juez de control de garantías cita la Corte Suprema de Justicia en proceso 35432 el inciso primero del artículo 4 de la ley 906 de 2004, consagra:

“Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.”

A su vez, el artículo 8 señala que en el transcurso del desarrollo de la actuación, el imputado tendrá derecho “en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal” en lo que aplica a las distintas prerrogativas sustanciales y procesales allí consagrados.

De igual forma el artículo 10 en su inciso primero cuando señala que:

“La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”

También, el artículo 124 preceptúa:

“Derechos y facultades. La defensa podrá ejercer todos los derechos y facultades que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen a favor del imputado”.

De igual manera, referente a los deberes de los servidores judiciales, el artículo 138, numeral 2, establece el de:

“Respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso”

A su vez, el artículo 139, rotulado “deberes específicos de los jueces... en relación con el proceso penal”, señala en su numeral 5 el de:

“Decidir la controversia suscitada durante las audiencias para lo cual no podrá abstenerse so pretexto de ignorancia, silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de las normas aplicables”.

Lo anterior nos lleva a concluir que el Juez con Función de Control de Garantías más allá de ser aquel tercero imparcial encargado de velar porque las reglas de juego se cumplan y se respeten las garantías de los procesados debe evitar la desnaturalización del principio de igualdad de armas dada la negligencia estatal, equilibrando la cargas procesales mediante los buenos oficios en aras de proveer al procesado de las herramientas necesarias que sustenten su teoría del caso, así como la de obtener los testigos que van a participar en la audiencia de juicio oral.

No se trata, como lo mencionó alguna vez la Fiscalía, hacer recaer en el juez la tarea de practicar la prueba o adelantar la tarea investigativa de la defensa. Es por el contrario, la materialización del derecho de defensa y principio de igualdad dadas las condiciones de las partes y su poca oportunidad de acción ante los diferentes funcionarios que lo efectivizan.

El mencionado aspecto se desarrolla en sentencia C-536 de 2008, donde se señalan las facultades de la defensa dentro del principio de igualdad de armas y se atribuye expresa y directamente al juez de control de garantías la obligación de

vigilar y propender porque ese derecho se materialice ya sea durante la investigación o ya dentro de la indagación preliminar. Específicamente señalo la Corte que:

“Así mismo, concluye esta Sala que el principio de igualdad de armas tiene aplicación también en relación con la posibilidad para el imputado y su defensa de escoger la entidad de carácter técnico científico que deba conceptuar respecto del material probatorio recaudado por el imputado y su defensor durante la etapa de investigación, y no estar sujeto a una entidad que depende de su contraparte, esto es, del ente acusador.”

Es por ello que la etapa de investigación previa se torna importante en el sistema punitivo y para el imputado, ya que debe protegerse y garantizarse plenamente el derecho de defensa y la igualdad de armas. Entonces, no cabe duda que al Juez de Control de Garantías le compete directamente velar por la materialización del principio de la igualdad de armas en la etapa previa y la fase investigativa del proceso, aspecto desarrollado por la sentencia c- 396 de 2007 así:

“En varias oportunidades esta Corporación ha dicho que el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el “garante de los derechos constitucionales y supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto”. De esta forma, es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto, puede decretar pruebas de oficio cuando considere estrictamente indispensable para desarrollar su labor. De hecho, no se trata de convertir la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez, por lo que, dentro de la lógica del sistema acusatorio, él no tendría autorización para

averiguar la veracidad de lo ocurrido o para preparar la acusación o la absolución del indiciado, se trata de permitirle al juez instrumentos adecuados para ejercer su función de guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal.”

12.7. Principio de imparcialidad

El ejercicio de la función de control de garantías según lo estipulado en el artículo 5 de la ley 906 los jueces que ejercen esta función deben establecer con objetividad la verdad sin favorecer a alguna de las partes en el proceso, ya sea la víctima o sindicado. Obliga al funcionario judicial a seguir parámetros de proporcionalidad, ponderación y legalidad para dar paso a un derecho justo y a una correcta administración de justicia.

Señaló la Corte que:

“Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias. (artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos). (Sentencia c-881 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva)

No obstante, la jurisprudencia colombiana ha destacado el carácter excepcional de los impedimentos y las recusaciones y por ende el carácter taxativo de las causales en que se originan, lo cual exige una interpretación restrictiva de las mismas:

“Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida”.(Sentencia c-881 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva)

En efecto, como lo señala López Barja, “en todo sistema judicial un aspecto medular es conseguir que la justicia sea impartida por jueces independientes e imparciales y que la sociedad en general tenga una percepción objetiva de que efectivamente lo son, de suerte que el Estado ha de procurar, sin reservas, que en todo acto de juzgar concurren los requisitos para que las partes trabadas en el conflicto, y la comunidad, puedan afirmar que se está en presencia de un juez dotado de esas características ya que sólo así podrá hablarse de un juicio que satisfaga la justicia.” (2004, pág. 357)

No se trata de aspiraciones meramente ideales, sino que lo evidencian diversas normas de carácter supranacional como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando al hablar sobre las garantías judiciales señala en su artículo 8 numeral 1 que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de una plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”, de igual forma lo ratifica el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

Tratándose de la Ley 906 de 2004 se consagra la garantía de imparcialidad señalando que:

“En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (artículo 5°) y que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”

Ello implica que sea cual fuere la jerarquía del juez, aplicando lo reiterado por la separación de poderes, ningún otro funcionario estatal puede inmiscuirse o determinarlo a resolver el asunto con criterio diferente al que este ya tiene, lo que a su vez implica el deber de mantenerse ajeno a cualquier presión externa como los son medios de comunicación, partidos políticos o reclamos populares.

En igual sentido señala la Corte Suprema de Justicia cuando afirma que:

“La imparcialidad, en cambio, se relaciona con la forma en que el juez se posiciona ante el objeto del proceso y la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de éstas y distante del conflicto que debe resolver, esto con el fin de que el fallador pueda analizar y concluir con objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de adjudicar la controversia o dictar sentencia.” (MP. Julio Enrique Socha Salamanca, Rad. 29415)

Es decir, el juez sólo puede decidir justamente si es imparcial, y esto se evidencia y materializa cuando no tiene inclinación negativa o positiva hacia alguna de las partes que interviene en el proceso. El principio de imparcialidad se relaciona directamente con la legitimación judicial que consiste en buscar la verdad y amparar los derechos fundamentales como lo señaló Ferrajoli:

“El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto “representativo”, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: (...) al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías”

En consecuencia, la garantía de imparcialidad se convierte en un elemento fundamental para preservar el derecho al debido proceso y salvaguardar la confianza en el Estado Social de Derecho. Lo anterior, hace del Juez con Función De Control De Garantías una parte importante en el Sistema Penal actual, pues de él depende el respeto de los derechos y garantías del procesado ya sea en la etapa investigativa o la probatoria.

12.8. Principio de legalidad

Otra de las novedades que incluyó el nuevo sistema penal en Colombia es la facultad que tiene la fiscalía de proseguir o no con la acción penal, basándose en razones de política criminal siempre que pueda incluirse en alguna de las diecisiete causales establecidas en el artículo 906 de 2004. Aunque puede considerarse una afectación al principio de legalidad, el nuevo sistema logró un punto intermedio entre la legalidad y la oportunidad, convirtiendo al primero en la regla y el segundo en la excepción. Adicional a lo anterior, el artículo 327 de la Ley 906 establece un control obligatorio y automático por parte del juez de control de garantías para los casos en los que el principio de oportunidad acarree la extinción de la acción penal.

Así mismo, se le asignaron funciones específicas, como la de realizar audiencias preliminares con el fin de pronunciarse sobre la legalidad de la captura en

flagrancia, decretar la legalidad o la exclusión de evidencia física puesta a su disposición, garantizar que se formule debidamente la imputación al indiciado en los términos de los artículos 287 y s.s. del Código de Procedimiento Penal.

En la sentencia C-730 de 2005 se enfatizó que la facultad reconocida a la Fiscalía General de la Nación en el numeral 1 del artículo 250 de la carta política:

“...para realizar excepcionalmente capturas no puede entenderse como el mantenimiento en cabeza de dicho organismo de una competencia que expresamente quiso dejarse en cabeza de una autoridad judicial de la que se predicara autonomía e imparcialidad en el derecho del proceso penal dentro del nuevo sistema, como se desprende claramente de los apartes respectivos de la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en el Acto Legislativo 03 de 2002 y de los debates que para su aprobación se resurtieron en el Congreso.

Al respecto, en la exposición de motivos se señaló que:

“De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos.

Por ello, en el proyecto se instituye un conjunto de actuaciones que la Fiscalía debe someter a autorización judicial previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal, mecanismos estos previstos de manera escalonada a lo largo de la actuación y encomendados a los jueces de control de garantías. (Sentencia c-519 de 2007, MP: Nilson Pinilla Pinilla)

Función deferida a los jueces penales municipales, quienes apoyados en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior.

El juez de control de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la Fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin previa orden judicial y, en especial, tendrá la facultad de decidir sobre la imposición de las medidas de aseguramiento que demande la Fiscalía, cuando de los elementos materiales probatorios o de la información obtenida a través de las pesquisas, aparezcan fundados motivos para inferir que la persona es autora o partícipe de la conducta que se indaga.

De otra parte, armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional, sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito.’ Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 – Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003). Gaceta del Congreso N° 134 del 26 de abril de 2002.”

Se propende el en nuevo sistema evitar el monopolio de funciones que tenía la Fiscalía, pues comprendía la persecución penal, la dirección y coordinación de la acción penal y de otro lado, la restricción de derechos fundamentales por iniciativa

propia. De esta forma, se establecen actuaciones que la Fiscalía debe someter a la autorización judicial previa o a revisión posterior con el fin de mantener límites al poder judicial. Radica su importancia en la delegación que el Acto Legislativo 003 de 2002 señaló, ya que se le encomendó a los Jueces Penales Municipales el control de las garantías y por ende el límite al monopolio: Mediante el control de legalidad de las capturas en flagrancia realizadas por la Fiscalía de manera excepcional y si previa orden judicial y la imposición de medidas de aseguramiento cuando los materiales probatorios y la evidencia encontrada indiquen motivos para inferir que la persona es autora o partícipe de la conducta que se indaga. De esta forma, se evita que la Fiscalía se convierta en árbitro de sus propios actos y materialice el Juez de Control de Garantías el principio de imparcialidad.

12.9. Principio de juez natural

Consagrado en el artículo 19 de la ley 906 de 2004 que indica que el juez que ha sido designado conforme a las reglas y garantías constitucionales y legales, debe estar presente y ser el mismo en torno al debate oral hasta que se profiera sentencia. Para el caso en concreto, el juez con función de control de garantías presidirá toda la etapa investigativa y el juez de conocimiento lo hará respecto del juicio oral.

El jurista Héctor Fix-Zamudio afirma que “el derecho de los procesados o “justiciables” al Juez Natural, tiene un doble significado: por una parte, orienta los tribunales de excepción e igualmente, indica la prohibición de que una persona sea sustraída del juez competente para ser sometido a un tribunal diverso”. Por su parte, Julio Maier señala que la idea del juez natural apunta tres máximas a saber:

- a. “La independencia judicial interna y externa: evita que algún poder pueda interferir en el caso.
- b. La imparcialidad frente al caso
- c. La figura del Juez Natural: busca impedir la manipulación de los poderes públicos para asignar un caso a un tribunal determinado.”

En reiterada jurisprudencia se ha señalado que la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, en la medida que lo que protege es la jurisdicción penal encargada de penalizar conductas y la protección a la seguridad jurídica. Este principio constituye elemento fundamental del debido proceso, ya que desarrolla y estructura el postulado constitucional establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de 1993.

CONCLUSIONES

A continuación se dedicaran estas últimas páginas a la presentación de las conclusiones, producto del estudio detallado y conciso de la temática propuesta.

De esta manera, lo primero que se debe resaltar respecto del asunto objeto de investigación, se fundamenta en el hecho de que la evolución de los derechos humanos desde 1789 hasta 1991 ha traído consigo unos efectos respecto del Sistema Penal establecido con Ley 906 de 2004 y la creación del juez con función de Control de Garantías. Así las cosas, los derechos a la igualdad, la libertad, el debido proceso, la proporcionalidad de la pena, la presunción de inocencia fundamenta su evolución hacia la materialización de la Dignidad Humana, así mismo, la creación de nuevos principios como lo son la legalidad, la publicidad, el juez natural, la favorabilidad, la defensa, la celeridad, la doble instancia y la prevalencia de las normas internacionales. Cada uno con un enfoque diferente dependiendo la época que se analice.

En la Revolución Francesa de 1789 es uno de los eventos más relevante en la historia ya que es el momento en que la sociedad mediante el denominado “Tercer Estado” se revela contra la nobleza y sus abusos. De esta manera, le debemos a la Revolución francesa como lo señala Habermas: a. El reconocimiento de los derechos innatos e imprescriptibles del hombre reconocidos en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que estipula que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”, “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”; b. La descripción de los derechos humanos en conjunto, es decir, sus contenidos de protección, funciones y ámbito de aplicación; c. La nueva idea de codificación y la positivización del derecho; d. El reconocimiento de la Soberanía Popular siguiendo los postulados de Sieyès, es de anotar que la Declaración empieza aclarando que “Los representantes del

pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional considerando...” y el artículo 3 establece que “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación ni individuo pueden ejercer autoridad que no emane de ella”; d. La separación de poderes siguiendo los postulados de Montesquieu y su obra “el espíritu de las leyes”; e. El concepto de voluntad general bajo los postulados de Rousseau y el contrato social.

Ya en el plano del sistema penal de la época tenemos las primeras aproximaciones del derecho a la libertad contemplado en el artículo 5 de la Declaración donde se estipula que los particulares pueden hacer todo aquello que no está prohibido, añadiendo en su última parte que “Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”. Así mismo, la aparición de postulados fundamentales del Sistema Penal respecto a la legalidad cuando el artículo 7 señala que “Nadie podrá ser acusado, arrestado, ni detenido más que en los casos señalados por la ley y según las formas prescritas por ella...” y en el artículo 8, la expresión del principio del principio *nullum crimen, nulla poena sino legge* que implica que “la ley no deberá establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie podrá ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada” (FERRAGIOLI, 1998, pág. 373). Estos principios se complementan con el principio de “Presunción de inocencia” del que se refiere el artículo 9 de la Declaración cuando dice “Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable”.

Después de la primera y en especial de la Segunda Guerra Mundial causada principalmente por la ambición de Adolf Hitler (Alemania), Benito Mussolini (Italia) e Hirohito (Japón) por el predominio económico y político del planeta, arrebatándoles sus colonias y semi-colonias aliadas. La Segunda Guerra Mundial abrió los ojos a muchos pueblos del mundo, ya que, se consideraba que el ámbito internacional era totalmente ajeno al nacional y por ende, lo que cada país hiciera con su pueblo era un asunto puramente interno. Tras la Guerra, quedó claro que resultaba absurdo dejar que cada Estado tuviera políticas arbitrarias en contra de

sus ciudadanos y pronto empezó a configurarse la idea de que existían delitos que van más allá de la protección del Estado mismo y que atentan contra toda la humanidad.

Terminado el conflicto se firma la carta de las Naciones Unidas, el 26 de junio de 1945, considerado en primer tratado internacional cuyos objetivos se basan únicamente en el respeto universal de los Derechos Humanos. A los tres años siguientes de la creación de la Organización de las Naciones Unidas sus miembros consideraron necesario un reconocimiento específico de estos derechos de tal forma que en Asamblea celebrada en Paris el 10 de Diciembre de 1948 se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La proclamación de esta Declaración se hizo en los siguientes términos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Significando lo anterior, el triunfo del nuevo argumento ontológico que predominaba la época donde se reconocieron los derechos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole. Los Derechos humanos quedaron definidos internacionalmente en un ideal común por el cual deben asegurar su protección.

Establece un su articulado derechos civiles y políticos y algunos pertenecientes al grupo de derechos económicos, sociales y culturales. En el primer grupo encontramos, la igualdad y libertad de los hombres (art.1) condenando todo acto de discriminación por cualquier motivo. El derecho a la libertad, a la vida y a la seguridad está contemplado en su artículo 3, la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 4) y de tortura (art.5). De igual forma, el artículo 7 señala el derecho a la igualdad y una de las prerrogativas fundamentales en derechos penal que hace referencia a que nadie puede ser privado se su libertad en concordancia con el artículo 10 que consagra el debido proceso y la máxima de presunción de inocencia consagrada en el artículo 11.

Se señala entonces, que los derechos esgrimidos con la Declaración Universal de Derechos Humanos en relación con la Declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano son una complementación y un reconocimiento a nivel internacional. Es de advertir que mediante la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano garantizan la libertad de propiedad, seguridad y resistencia contra la opresión argumentado que la ley es la expresión de la voluntad general y la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala otros instrumentos de los cuales se pueden valer las personas para defender sus derechos a nivel nacional o internacional.

La importancia de la Declaración Universal de Derechos humanos en el ámbito Colombiano debe estudiarse desde dos perspectivas:

- a. Con la Constitución Política de 1886 el impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue totalmente excluyente en razón a que no se contemplaba por la época un mecanismo Judicial específico para la protección de los Derechos Humanos en el orden interno, la indiferencia de la cultura jurídica del país hacia la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por último, ya que se estaba en vigencia de una constitución conservadora y autoritaria.

La década de los ochenta fue especialmente dramática respecto al reconocimiento de los Derechos Humanos por varias razones: se implementaba la doctrina de la seguridad nacional, la expansión de los primeros grupos paramilitares, el narcoterrorismo y la corrupción de las Entidades Estatales. Por lo anterior, se puede afirmar que la Constitución del ochenta fue indiferente al tema de la efectividad de los derechos humanos ya en el ámbito constitucional o el penal. Lo que insto a los constituyentes acerca de la necesidad del reconocimiento y la creación de mecanismos que garantizaran sus derechos contemplados posteriormente en la Constitución Política de 1991.

- b. La constitución de 1991, como se ha venido mencionando materializó la respuesta al problema del reconocimiento de los Derechos Humanos y

contempló los mecanismos para hacerlos efectivos. No es de extrañarnos que si comparamos el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Constitución Política de 1991. Podemos señalar: La abolición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; el debido proceso; el señalamiento de que nadie será sometido a desaparición forzada, torturas, tratos ni penas crueles; el reconocimiento de la personalidad jurídica a todas las personas; el derecho de asilo; el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

La nueva carga ideológica asumida por la constitución de 1991 respecto de la Declaración puede ser resumida con la sentencia T-002 de 1992 considerado unos de los primeros fallas en reconocer Derechos Humanos a través de la Acción de Tutela, que señala:

“(…) El sujeto, El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política. Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona. Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo, que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos. Los valores y principios materiales de la persona, reconocidos por la Constitución, están inspirados en el primer inciso del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que dice: ‘Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana’”

De esta forma, los efectos que la evolución de los Derechos Humanos nos deja ver son de gran magnitud, pues el gran triunfo que se tiene es el reconocimiento de los Derechos Humanos y las garantías de hacerlos efectivos mediante una serie de acciones. Así mismo, su gran influencia en el Sistema Penal Colombiano, especialmente con Ley 906 de 2004.

Y por último, el Sistema Penal Colombiano en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la ley 906 de 2004 nos permite analizar de forma más concreta los efectos de la inclusión de los Derechos Humanos a través de diferentes instrumentos como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La expedición de la ley 906 de 2004 es el desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, que se encarga de incluir en el Nuevo Sistema Penal la figura del Juez con Función de Control de Garantías como institución controladora del ejercicio de la acción estatal penal. El cual tiene como función realizar audiencias para un control previo, posterior y de trámite de las actuaciones desplegadas por la Policía Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

El Juez con Función de Control de Garantías representa las garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, a garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos, entre otras. De igual forma, como la Corte Constitucional ha señalado se constituye en etapas que deben adelantarse en todo proceso judicial que exigen las normativas legales y desarrolla el debido proceso.

Y queda claro que la función del Juez Control de Garantías es la de establecer límites y controles a la persecución penal que deberán ser establecidos bajo

parámetros de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de las medidas que restringen derechos.

Por lo anterior, es indudable su importancia en el Sistema Penal actual pues como es evidente, se comporta como un defensor de los derechos fundamentales cuando se implemente alguna medida que los afecte de forma directa o indirecta. No es ajeno a la materialización de la Dignidad Humana, la libertad, la favorabilidad, la presunción de inocencia, la imparcialidad, la legalidad y el debido proceso, pues como se ha enunciado en cada etapa donde se le es permitido actuar debe acatar todos y cada uno de estos derechos con el fin de garantizar un Sistema Penal Humanista como lo señalaba Beccaria y el debido respeto al procesado. Por lo que la ausencia o abolición de esta figura en el Sistema Penal Colombiano implicaría un retroceso en materia de protección de Derechos Fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ BAYEFSKY, ANNE. (1990). El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>
- ✓ BERNAL PULIDO, Carlos. (2005). El derecho de los derechos de Autor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ✓ BENTHAM, Jeremías. (1979). El panóptico. Madrid: ediciones La Piqueta, pág. 16.
- ✓ BOAVENTURA DE SOUSSA, Santos. De la mano de Alicia, lo social y lo político en la posmodernidad, pág. 345.
- ✓ CANCIK, “Dignity of man” and “personal” in stoic anthropology: same remarks on Cicero. De Officiis I, 105-107, in kretzner and Klein, supra note 4, at 19.
- ✓ CANTARO, Alejandro Salvador; SIERRA, Hugo Mario. Lecciones de Derecho penal: Parte General. Universidad Nacional del Sur.
- ✓ CARRILLO SALCEDO, J.A. (1995) Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo, Tecnos, Madrid, Pág. 29.
- ✓ CASADIEGOS CÁCERES, Fernando. (2003). Curso de Derecho Romano. Medellín, Colombia: Editorial Gustavo Ibáñez.
- ✓ CASTÁN TOBEÑAS, José.(1976) “Los Derechos del Hombre”, Segunda Edición: Editorial Reuz: Madrid. Págs. 110 y 111.
- ✓ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL de 1938. Art. 379, Reforma Decreto 1.358 de 1974 Art. 49.
- ✓ CONVENCION SOBRE LA ESCLAVITUD DE 1926. Vol. 60, pág. 253; entró en vigor el 9 de marzo de 1927.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, sala tercera de revisión, sentencia de 15 de febrero de 1990.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia c-109 de Marzo 15 de 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-403 de Junio 3 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-446 de 1992, MP:
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 463 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 383 de 2000. MP: Álvaro Tafur Galvis
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 960 de 1999.MP: José Gregorio Hernández Galindo.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 242 de 1990. MP: Martha Victoria Sáchica De Moncaleano.

- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 252 de 2001. MP: Carlos Gaviria Díaz.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 101 de 1993. MP: Jaime Sanin Greiffenstein
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 751A de 1999. MP: Fabio Morón Díaz
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 002 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 007 de 1993. MP: José Gregorio Hernández Galindo.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 1012 de 1999. MP: Alfredo Beltrán Sierra.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 208 de 1993. MP: Hernando Herrera Vergara.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-881 de 2011, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C519 de 2007, MP: Nilson Pinilla Pinilla.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-292 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 1184 de 2001. . MP: Eduardo Montealegre Lynet.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 252 de 2001. MP: Carlos Gaviria Díaz.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 960 de 1999. MP: José Gregorio Hernández.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T 504 de 1998. MP: Alfredo Beltrán Sierra.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 699 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 699 de 2000. MP: Alejandro Martínez Caballero.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 650 de 2001. MP: Clara Inés Vargas Hernández.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1092 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- ✓ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 131 de 2002. MP: Jaime Córdoba Triviño
- ✓ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948).
- ✓ DE JESUS GONZALEZ, María; DE LA MORA GOMEZ, Martha. (2013). El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la sociedad jalisciense: una

- mirada desde la juventud universitaria. Instituto de investigaciones en innovación y gobernanza. Universidad de Guadalajara.
- ✓ DIEZ ALEGRIA, José María. “Análisis Teológico” en la libertad religiosa. Edit. Razón y fe, Madrid. Pág. 516 y ss.
 - ✓ ESPARZA LEIBAR, I. (1995). El principio del debido proceso, Bosch, Barcelona, págs.228 y ss.
 - ✓ GOMEZ CASTRO, Y. (2004).El principio de presunción de inocencia, publicaciones: ACADEMIA COLOMBIANA DE LA ABOGACIA.
 - ✓ BIDART CAMPOS, G. (1994).Manual de historia política, Editorial Ediar..
 - ✓ BRUBAKER, R, Citizenship and nationhood in france and germany, Estados Unidos: editorial Harvard College.
 - ✓ CARBONEL, Miguel. La libertad, Marzo 21 de 2012: <http://www.miguelcarbonell.com/>
 - ✓ DOMINGUEZ ORTIZ, ANTONIO. (1993). Las claves Del despotismo ilustrado, 1715-1789, Barcelona, Editorial planeta, págs. 3 y 4
 - ✓ DE LAMADRID, L. (2002). La influencia del derecho internacional en el derecho mexicano: la apertura. México, Editorial Liumusa S.A.
 - ✓ ECHEVERRIA, Esteban. (1884). Obras Completas de D. Esteban Echeverría. Edición crítica de Juan María Gutiérrez; Buenos Aires, Carlos Casavalle Editor, v.4.
 - ✓ FERNANDEZ CAMARGO, A. (2001). Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar , Madrid, EDIBEA.
 - ✓ FERRAJOLI, Luigi. (1995). Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trota, pág. 616.
 - ✓ FLORES RENTERIA, JOEL. Emanuel Joseph Sieyès: el gobierno representativo: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n39/n39a4.pdf>
 - ✓ FOUCAULT, Michel. (1998). Vigilar y castigar. 27 Ed. México: Siglo veintiuno Editores, Traducción Aurelio Garzón del Camino, pág. 16 y 17.
 - ✓ GARCIA RAMIREZ, Sergio. (1982).“Ministerio Publico y acción penal”, en justicia penal. México: Editorial Porrúa, Pág. 97.
 - ✓ GOMEZ SERRANO, Laureano. Precedentes y estructura de los derechos fundamentales.

- ✓ HABERLE, peter. (1998).Libertad, igualdad, fraternidad 1789 como historia actualidad y futuro del estado constitucional, trad. De Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. Madrid, Trotta, p.87
- ✓ HABERMAS, Jurgen. (1997). “Laidea Kantiana de Paz Perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años”. En revista isegoria, trad. De Juan Velasco num. 16. Madrid, pág. 81.
- ✓ HAZARD P. (1998). El pensamiento europeo en el siglo XVIII, alianza editorial Madrid, pág. 10
- ✓ HEATER, D. (2007) Ciudadanía. Una breve historia. Madrid: Alianza.
- ✓ HOBBS, Thomas. Leviatán. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 171.
- ✓ Historia temática de los derechos humanos. (2003). pág. 226. ESPAÑA, Editorial Madrid. S.L.
- ✓ ISA GOMEZ; ORAÁ. (2004). La declaración universal de derechos humanos, Editorial: publicaciones de la Universidad de Deusto.
- ✓ LOCKE, J. (1973). Ensayo sobre el gobierno civil. Trad. Amado Lazaro, Edic. Aguilar España, Pág. 73
- ✓ LÓPEZ BARJA QUIROGA, Jacobo. (2004). Tratado de Derecho Procesal Penal”. THOMSON ARANZADI. España, pág. 357
- ✓ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. “Derechos Fundamentales”. Santa fe de Bogotá, Colombia,1997.pp 15-16
- ✓ MILL, John Stuart. Sobre la libertad, Introducción.
- ✓ MASIA CLAVEL. (2005). Juan. Ser Humano, Persona y Dignidad. España: Editorial DESCLÉE DE BROUWES,SAMIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. Buenos Aires; Editorial B de F, Séptima edición, pág., 675.
- ✓ MONTESQUIEU, C. del espíritu de las leyes, Porrúa, México, 1997, libro I, capítulo I.
- ✓ NIKKEN, Pedro. (1994). “El concepto de los derechos humanos” en Lorena González Volio, Antología Básica en Derechos humanos. Instituto interamericano de derechos humanos, San José, Costa Rica, pág. 10.

- ✓ OCAMPO LOPEZ, Javier. (2004). Constitución Política de Colombia: Reformas y sus actos legislativos. Editores Colombia S.A.
- ✓ ONU. (1987). Derechos humanos, preguntas y respuestas, pág.4.
- ✓ ORAA, JAIME; GOMEZ ISA, FELIPE. La declaración universal de los derechos humanos: Un breve comentario en su 50 Aniversario, España: Universidad de Deusto.
- ✓ OSPINA, Héctor; ALVARADO, Sara. Ética, ciudadanía y derechos humanos de los niños. Colombia: cooperativa editorial Magisterio. Pág. 6 y Pág. 18.
- ✓ PEREZ DE OLIVA, F. (1982).“Dialogo de la dignidad del hombre”. Editorial Nacional, Madrid 93-96
- ✓ PICO DELLA MIRANDOLA, G. (1988). “Discurso sobre la dignidad del hombre”. PPU, Barcelona, 50-51
- ✓ PUFENDORF, S. Le droit de la nature el de gens. Trad. Por Jean Barbetrac. Amsterdam, pág. 178.
- ✓ RADBRUCH, Gustavo. (1994). Filosofía del derecho. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, pág. 80.
- ✓ REY CANTOR, Ernesto. Las generaciones de los derechos humanos. Bogotá: Edit. Ibáñez. Pág. 59.
- ✓ ROSANVALLON P., (1992), Le sacre du citoyen (Histoire du suffrage universel en France), Paris, Gallimard, pp. 41-180.
- ✓ ROSENAL; IUDIN, P.F. (2004). Diccionario Filosófico. Bogotá: Graficas Modernas.
- ✓ ROUSSEAU, Jean. (2004). Contrato Social. Bogotá, Editorial Torre Fuerte y cupido, pág. 8.
- ✓ RUSCHE Y KIRCHHEIMER. (1968).Punishment and social structure. Nueva York: Russell & Russell, , pág. 207.
- ✓
- ✓ SCHWATZ, Bernard. The roots of the bill of rights. Vol 3. Chelsea House, 1971.

- ✓ SIEYÈS, Emmanuel Joseph, "Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de constitución", en David Pantoja Morán (comp.), Escritos políticos de Sieyès, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 242-243.
- ✓ SIEYÈS, Emmanuel Joseph, "Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano", en ibíd., pp. 177-189.
- ✓ STEIN, Ekkehart. (1973).Derecho Político. Edit. Aguilar, Madrid, pág. 146.
- ✓ TERRAGNI, MARCO ANTONIO. (2000). Estudios sobre la parte general del derecho penal, Argentina, universidad Nacional del Litoral
- ✓ VELASQUEZ V, Fernando. (1987).Comentarios al nuevo código de procedimiento penal. Edit. Señal editora, Medellín, pág. 11.
- ✓ VON LIZST. (1914). Tratado de derecho penal, imprenta Madrid
- ✓ WESTERLINDH, Carlos Pratt. (2003).Las consecuencias jurídicas del delito. Madrid: Editorial DYKINSON, pág.29.