



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Información básica del proyecto

Nombre del curso	Investigación IV
Título del proyecto	Peligro para la comunidad, pensada desde la teoría de la defensa social, convergencia y efectos.
Nombre del investigador o de los investigadores	Sebastian Mina Fernandez
Fecha de inicio del proyecto	31 de mayo de 2018
Fecha de entrega del informe final	27 de mayo de 2020
Ciudad/país	Medellín – Colombia.

Resumen

El fin constitucional de peligro para la comunidad, debe ser pensado desde la teoría de la defensa social, como génesis de éste en el ordenamiento procesal penal colombiano. Ello porque la primera figura encuadra perfectamente en los principios de la segunda, haciendo que sea utilizada de una forma errada su existencia dentro del ordenamiento procesal penal colombiano.

Porque el fin de peligro para la comunidad, debería de cobrar vida en los límites de la sanción penal, cuando un sujeto por medio de una proceso racional proceso penal lo hayan declarado penalmente responsable, pero ello no sucede así y esto trae un sin número de problemas uno de ellos la colaboración a aumentar la población carcelaria del país, por tener condenados sin juicio, por eso pensar esta figura desde la defensa social, pueden abrir más el campo de entendimiento que ya tenemos de la misma.

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Cumplimiento de los objetivos

Objetivo general	Analizar el fin constitucional de peligro para la comunidad, pensado desde la teoría de la defensa social, como génesis de este en el ordenamiento procesal penal colombiano.	100%	Se cumplió haciendo el rastreo y análisis de documentos necesarios para el desarrollo de este objetivo general
Objetivo específico 1	Describir teóricamente el postulado de defensa social, relacionado con su objetivo y principios.	100%	Se cumplió haciendo el rastreo y análisis de documentos necesarios comprender este postulado criminológico.
Objetivo específico 2	Describir el fin constitucional de peligro para la comunidad, haciendo un rastreo histórico normativo de este, de su incorporación y actualidad en el ordenamiento jurídico colombiano	100%	Se cumplió haciendo el rastreo y análisis de documentos necesarios para entender mencionado postulado normativo, al igual que la jurisprudencia que fuera necesaria para entender, esta figura como se pretendía.
Objetivo específico 3	Presentar un informe que muestre la relación, efectos y consecuencia de la convergencia de estos dos postulados concepto de defensa social y fin de peligro para la comunidad .	100%	Se logró haciendo el análisis correlacionar de toda la información rastreada y analizada



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Ejecución del cronograma

Actividades	Objetivo relacionado	Fecha de ejecución
- Rastreo de bibliografía (Libros, artículos de revista).	Describir teóricamente el postulado de defensa social, relacionado con su objetivo y principios.	Desde junio de 2019 – hasta febrero de 2020
- Rastreo de Jurisprudencia (Sentencias, autos). - Rastreo de bibliografía (Libros, artículos de revista).	Describir el fin constitucional de peligro para la comunidad, haciendo un rastreo histórico normativo de este, de su incorporación y actualidad en el ordenamiento jurídico colombiano	Estas actividades se llevaron a cabo junio desde enero de 2019 hasta junio de 2019.
- Análisis de la información recolectada y construcción del artículo.	Presentar un informe que muestre la relación, efectos y consecuencia de la convergencia de estos dos postulados concepto de defensa social y fin de peligro para la comunidad .	Estas actividades se llevaron a cabo desde enero de 2020 hasta el mes de mayo de 2020.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Lista de anexos

El peligro para la comunidad, pensada desde la teoría de la defensa social, convergencia y efectos.

*Sebastian Mina Fernandez.*¹

Resumen.

El fin constitucional de peligro para la comunidad, debe ser pensado desde la teoría de la defensa social, como génesis de éste en el ordenamiento procesal penal colombiano. Ello porque la primera figura encuadra perfectamente en los principios de la segunda, trayendo como consecuencia que su utilización sea errada en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior, porque el fin de peligro para la comunidad, debería de cobrar vida en los límites de la sanción penal, cuando un sujeto por medio de una proceso racional, proceso penal, lo consideren penalmente responsable de una o varias conductas, pero ello no sucede así trayendo un sin número de problemas y uno de ellos es la colaboración a aumentar la población carcelaria del país, por tener condenados sin juicio, por eso pensar esta figura desde la defensa social, abrirá más el campo de entendimiento que ya tenemos de la misma.

Palabras claves.

Detención preventiva, defensa social, peligro para la comunidad, epistemología, convergencia y efectos de convergencia.

Artículo publicable. Trabajo para optar al título de Maestría en derecho procesal penal y teoría del delito: "Peligro Para La Comunidad, Pensada Desde La Teoría De La Defensa Social, Convergencia Y Efectos"

Sebastian Mina Fernandez, abogado especialista en Derecho procesal penal, candidato al título de Maestría en la Universidad autónoma Latinoamericana en derecho procesal penal y teoría del delito, actualmente Coordinador de procesos jurídicos y gestión del talento humana COOMEVA INTEGRADOS IPS y abogado litigante.

Tutor. *Fernando León Tamayo*.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Abstract

The constitutional end of danger for the community must be thought from the social defense theory, as its genesis in the Colombian criminal procedural order. This is because the first figure fits perfectly into the principles of the second, causing its existence to be used in a wrong way within the Colombian criminal procedural order.

Because the end of danger for the community, should come to life within the limits of the criminal sanction, when a subject through a rational criminal process has declared him criminally responsible, but this does not happen and this brings countless Problems, one of them the collaboration to increase the prison population of the country, because they have been sentenced without trial, that is why thinking about this figure from the social defense point, can further open the field of understanding that we already have of it.

Keywords.

Preventive detention, social defense, danger to the community, convergence epistemology and effects of convergence.

Introducción.

La detención preventiva en establecimiento carcelario es una de las medidas cautelares que afecta directamente la libertad de los individuos; para su imposición debe mediar como argumento la existencia de alguno de los fines constitucionales que son I) Asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal; II) la conservación de la prueba y III) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Este último fin constitucional, reporta en la actualidad duras críticas y desgaste de tinta respecto de su constitucionalidad porque es problemático, pero se piensa que su cuestionamiento, debe enfocarse en dilucidar su nacimiento y como el mismo desde una perspectiva normativa germino o se trasladó al ordenamiento procesal penal colombiano.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Por ello esta investigación plantea que el problema de esta figura, tal vez, no pueda hallarse solamente indagando por su constitucionalidad, sino que es necesario también comprender su estructuración y génesis; es decir, en como esta figura nació o llegó al ordenamiento jurídico colombiano, cómo fue su desarrollo histórico dentro de Colombia para reportar la importancia que hoy tienen en nuestro país.

De este punto partió la investigación sobre determinado fin adelantando que, en mi sentir y juicio, es desde este espacio que deben enfocarse los nuevos diálogos que se den en pro o en contra de mencionado fin constitucional, porque el mismo causa mucha confusión, ya que éste generalizó la aplicación de la detención preventiva, perdiendo ella ese carácter excepcional.

Ahora bien, para llegar a las posiciones o conclusiones que se mostraran dentro del texto, se utilizó una metodología preferentemente cualitativa, que consistió en el rastreo de documentos legales, jurisprudenciales y doctrinales que se fueron haciendo importantes a medida que avanzaba el trabajo; se elaboraron fichas bibliográficas que permitieron delimitar principios y categorías que proporcionaron una ayuda importante sobre la posición que se tomó.

Se dice entonces que la detención preventiva que se ha impuesto en la realidad colombiana, basada en este fin en particular (*peligro para la comunidad*), lo único que busca es separar al individuo objeto del proceso de la convivencia en sociedad y adelantar su sanción penal, por ser considerado él como peligroso para la sociedad o comunidad. Todo esto antes de que se adelante un juicio oral y público, basados en las circunstancias propias del artículo 310 de la Ley 906 de 2004.

Ello se dice porque el peligro para la comunidad guarda una estrecha relación, en su génesis dentro del ordenamiento procesal penal colombiano, con la teoría de la defensa social, que busca como fin la separación del individuo de la sociedad por la comisión de comportamientos desviados. Por eso en el presente artículo se mostrará cómo fue la influencia que tuvo este postulado filosófico para la incursión, mantenimiento y desarrollo del fin cuestionado dentro de nuestro ordenamiento, a



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

través de estos puntos principales I) Cómo se entiende la defensa social, II) un recorrido histórico normativo, con un abordaje simple a la actualidad del fin de peligro para la comunidad y III) mostrar dónde se presentó la convergencia de estas categorías, cómo se desarrolla el fin dentro del concepto de defensa social desde sus principios y cuáles son sus efectos en la sociedad colombiana.

Este trabajo abrirá las puertas para el entendimiento histórico del fin de peligro para la comunidad y, así, alimentar su comprensión jurídica; es decir, sabemos que es hoy la jurisprudencia lo acepta como un fin para la imposición de medidas cautelares privativas de libertad o de otra naturaleza, pero cuando se comprende no sólo jurídicamente, sino social e históricamente, es posible encontrar que el mismo no busca únicamente la imposición de medidas de aseguramiento, sino un castigo previo al sujeto que es imputado de una conducta delictiva antes de ser juzgado, trayendo consecuencias nefastas en temas penitenciarios.

1. Concepto de defensa social.

La teoría de la defensa social es un postulado criminológico introducido al mundo jurídico por Enrico Ferri; se entiende como la defensa que ejerce la comunidad o colectividad de los comportamientos antisociales que son considerados delitos.

“La idea de defensa social y la idea de defensa de clase son una y otra incompletas. La síntesis que las integra es la que yo he ofrecido en la página 83 de mi justicia penal; o sea que la función penal, por la cual el Estado hace al individuo responsable del delito cometido por él, es la expresión y el efecto de una doble necesidad natural: de un lado preservar a la colectividad toda, de las formas antihumanas de la criminalidad, y de otro defender a una parte de la colectividad, la clase dominante”. (Enrico, 2004, pág. 61)

La teoría de la defensa social apela a la protección de la colectividad del crimen o de lo que el doctrinante Enrico Ferri denomina formas antihumanas de la criminalidad (Enrico, 2004, pág. 61), mediante la declaración de la responsabilidad



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

penal de un sujeto; es decir, a la sociedad se le protege separando al criminal de ella, por medio de la declaración de responsabilidad penal, en palabras de Méndez para una mayor comprensión *“A quien realiza la ley penal, es decir, a quien comete un delito, se le debe separar de la sociedad para que la misma no corra peligro, al estar libre el delincuente”*. (Méndez, Defensa Social , 2017, pág. 129).

Pero esta tiene una doble connotación, la ya explicada, y quedando por explicar, lo que Enrico Ferri designa la clase dominante. Esta clase dominante no es más que una pequeña porción de la sociedad que sufre ataques de formas antihumanas de la criminalidad, pero con una estrecha relación con el progreso del mundo, entonces su protección debe ser diferenciada de los mecanismos utilizados para contención del crimen atávico. Se dice que los delitos comunes a toda la sociedad es la criminalidad atávica y la de una porción determinada es la criminalidad evolutiva, mencionado por Ferri como “Defensa de clases”.

La criminalidad atávica no se debe entender como la definición o concepción otorgada por Cesare Lombroso “criminal nato”; acercándose un poco más eso sí, aunque no exacto, a lo mencionado por el Dr. Ricardo A. Oxamendi respecto de los delitos sociales *“Los delincuentes sociales tienen una psicología propia específica que los diferencia de los delincuentes políticos y se encuentra agravado en ellos los caracteres de la delincuencia por pasión”*, (Oxamendi, 1934, pág. 133) esto es o hace relación a las formas antihumanas de la criminalidad existentes y persistentes en el tiempo como lo son robos (hurtos), violaciones, homicidios, etc. Y no, a una clase de delitos especiales por diversas circunstancias; como los son en la actualidad los delitos informáticos que se relaciona directamente con las nuevas tendencias sociales.

Para una mayor comprensión se hace alusión a lo siguiente.

“Mientras tanto, por lo que hace relación la presente cuestión, la conclusión es que en todos estos fenómenos criminales hay siempre una amenaza material o una violencia efectiva de las condiciones actuales de existencia



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

del individuo (en su personalidad bio - social) o de la sociedad (en su constitución histórica concreta). Pero lo que los separa esencialmente a unos y otros, de un modo independiente de la morfología diferente de violencia o de fraude, son los móviles por los cuales el autor del hecho es determinado, móviles de interés egoísta y antisocial, o móviles de interés altruista y social. De donde resulta que, contra la criminalidad atávica, existe un interés universal de defensa, mientras, con respecto a la criminalidad evolutiva, el interés se reduce a la minoría de las clases dominantes”. (Enrico, 2004, pág. 61).

Para abrir más el campo de entendimiento de este postulado, éste se puede definir cómo, la defensa que ejerce la sociedad contra las formas antihumanas de la criminalidad; se tienen que esta protección de la colectividad se ejerce por medio del derecho positivo legítimo de las sociedades o legitimado para una colectividad determinada. Ahora bien, en párrafos anteriores se mencionó que Enrico (F)ferri fue el criminólogo que introdujo mencionado concepto a la teoría de la criminalidad, aseveración afianzada por el doctrinante A. Baratta.

“La ideología de la defensa social (o del “fin”) nació al mismo tiempo que la revolución burguesa, y mientras la ciencia y la codificación penal se imponían como elemento esencial del sistema jurídico burgués, ella tomaba el predominio ideológico dentro del específico sector penal. Las escuelas positivas la han heredado después de la escuela clásica, transformándola en algunas de sus premisas, conforme a las exigencias políticas que la señalan, en el seno de la evolución de la sociedad burguesa, el pasaje del estilo liberal clásico al estado social”. (Baratta, 2.004, pág. 36)

Enrico Ferri para explicar el concepto de defensa social como algo connatural al ser humano toma como ejemplo la convivencia celular, animal y de las sociedades anteriores a la suya, y menciona *“Hasta en los animales más ínfimos y en el reino de los protistas, la reacción defensiva, bajo la forma, o poco menos, de una simple*



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

irritabilidad, se observa no solo en lo individuos tomados aisladamente, sino en las colonias animales” (Enrico, 2004, pág. 31). lo que se concibe de esto, es que la naturaleza se defiende en dos formas, individual de los ataques particulares, y en forma colectiva de los ataques generales. Se puede inferir entonces que la defensa social tiene sus orígenes en las relaciones de todos los seres vivos y, por ello siempre estará presente, a pesar de los avances científicos y técnicos por el transcurrir de los años en la vida del hombre. Pero se aclara que la misma solo se activa cuando existe una agresión.

Lo desarrollado no se debe comprender en términos de consecuencias definitivas; es decir, como un análisis de la pena. En otras palabras, no se puede entender como *“un elemento central del sistema penal, donde este encuentra su expresión más palpable. Consiste en una respuesta de carácter aflictivo impuesta por el Estado a un individuo como medio de lucha contra el delito”* (Sumalla, 2013, pág. 7), lo anterior es la pena; ya que la defensa social en términos de peligro para la comunidad como se mostrará, se asemeja a la prevención de las conductas antihumanas antes de ser cometidas. Para una mayor comprensión se traen los siguientes ejemplos, I) Una jauría de leones es atacada por una hiena, la jauría de leones en su defensa ataca a las misma y la eliminan; II) Una Jauría de leones ve una hiena a la distancia y deciden eliminarla, porque la misma representa un peligro para su convivencia, porque antes una hiena ataco a unos leones y deben ser evitados estos ataques.

Las ejemplificaciones se adecuan al entendimiento que hasta ahora hemos ido introduciendo referente a la idea defensa social; se explica, el primero de ellos hace referencia a una defensa que atiende a la consecuencia penal, una sanción definitiva por la colectividad (previo consenso, sobre cómo se actuara cuando se infrinjan los modelos establecidos); y la segunda ejemplificación atañe a la defensa social, que ejerce la colectividad separando al sujeto de la misma por considerar desviado su comportamiento o que posiblemente ejecutara estos todo basados en el peligro.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Ahora bien, para que pueda existir una defensa en general, siempre debe existir una agresión, entonces indiscutiblemente para que existe defensa social debe existir una agresión social. La agresión social es fácil de identificar y es o son los ataques que se presentan diariamente dentro de la vida en sociedad: el hurto, el homicidio, las violaciones o infracciones contravencionales, los delitos sexuales, las estafas etc. Comportamientos humanos que, por convención social, abstracción de los mismos a una norma positiva, se entiende le hacen daño a toda la colectividad. Teniendo en cuenta lo anterior, la colectividad se defiende de estos comportamientos, no por medio de la fuerza propia o la venganza, sino a través de la normatividad vigente, aplicable al caso concreto; es decir, el derecho positivo.

De lo anterior y más de lo que atañe a la defensa individual se toma como fundamento la siguiente cita.

“seguramente la defensa social no es por completo la venganza personal, toda vez que esta es la primera fase de una evolución que acaba con aquella: es un acto individual y transitorio, que llega a ser una función colectiva y permanente, respondiendo a una necesidad permanente y colectiva también. Por eso Romanogsi decía: “la función penal no es ni individual ni personal: es universal y perpetua para una sociedad entera” además esta misma fórmula “el mal merece el mal” – que es según Kant, Mamiami, Rossi, Guizot, de Broglie etcétera, la expresión más alta de la justicia moral absoluta y el único fundamento del derecho de castigar, es solo una quinta esencia de la venganza primitiva y del tali3n. Y la regla del tali3n constituyo a su vez un gran progreso cuando naci3, y se impuso: pero hoy esta arrumbada por la evoluci3n moral” (Enrico, 2004, p3g. 46).

Cuando la defensa se hace por medio del derecho positivo, se puede afirmar, que es legítima, entonces presuntamente se est3 bajo una legítima defensa social, razonamiento que es propio de los postulados introducidos por Ferri.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

“La sociedad, por el contrario, como organismo colectivo y permanente, sufre todos los días y a todas horas, en tal o cual parte de su conjunto, agresiones criminales continuas, no interrumpidas, bajo la forma de homicidios, robos, falsificaciones, violaciones, incendios, etc. (1). Se puede, pues, decir, sin exagerar, que para ella la agresión es siempre actual e inminente, que ella tiene verdaderamente para sus actos represivos esta condición fundamental de la legítima defensa: de suerte que solo ejerce, lo repetimos una vez más, una función preservativa inherente a todo organismo social” (Enrico, 2004, pág. 47).

La sociedad entonces se puede considerar como un organismo viviente individual, y como él se comporta, por ello desarrolla las mismas acciones de un solo humano en muchos, es decir, un hombre se defiende de la agresión de otro, la sociedad se defiende entonces de las agresiones sociales, desarrollando pues los mecanismos más racionales para hacerlo, esto se podría llamar legítima defensa social.

“Derecho a la defensa: El Estado y la sociedad, como cualquier otro organismo viviente, están en todo su derecho a procurarse la auto conservación: se encuentran sometidos a la necesidad natural de defenderse, ejerciendo para ello la legítima defensa social (...) La sociedad siempre está en estado de peligro actual o inminente, y por lo tanto siempre que actúe, lo hará amparado en el derecho de la legítima defensa de la sociedad. (Méndez, Defensa Social , 2017, pág. 131)

La defensa social, entonces, es una justificación para mantener a la sociedad protegida de conductas antisociales o criminales; que mientras las sociedades avancen será difícil dejarla de un lado, ya que seguirán existiendo formas primarias del crimen y evolutivas del crimen; teniendo la sociedad la necesidad de defenderse de ellas. Para eso siempre acudirá de manera directa o indirecta a los postulados y principios de la defensa social.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

El doctrinante Alessandro Baratta desarrolló de forma clara los principios del concepto de defensa social principio de legitimidad, del bien y el mal, de culpabilidad, del fin o la prevención, de igualdad y principio del interés social o del delito natural (Baratta, 2.004, pág. 37), estos permiten tener un acercamiento claro de lo que se piensa hasta hoy del mencionado postulado filosófico; ahora se pasará desarrollar cada uno de estos con apoyo de las definiciones dadas por Baratta y algunas ejemplificaciones.

El principio de legitimidad se puede entender cómo que la sociedad está llamada a ser protegida por el Estado mediante las formas de represión de comportamientos desviados (criminales o antihumanos). Esa represión se hace por intermedio de Las instituciones oficiales de control social engranadas entre sí; ejemplo, una persona es sorprendida llevando a cabo un hurto (robo), la policía de inmediato la captura, la pone a disposición de una autoridad competente (en el caso colombiano la Fiscalía General de la Nación) y se inicia un proceso en contra de ella.

“principio de legitimidad. El estado, como expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad, de la cual son responsables determinados individuos, por medio de las instancias oficiales del control social (legislación, policía, magistratura, instituciones penitenciarias). Estas interpretan la legitimidad reacción de la sociedad, o de la gran mayoría de ella, dirigida a la reprobación y a la condena del comportamiento desviado individual, y a la reafirmación de los valores y las normas sociales” (Baratta, 2.004, pág. 36).

Los comportamientos desviados, antihumanos o crimines cometidos por personas se entienden como negativos para la sociedad y ponen en peligro su convivencia en muchos aspectos; por lo tanto, los comportamientos criminales son el mal y la sociedad que los reprime mediante el estado son el bien “principio del bien y el mal”.

El principio de la culpabilidad lo concibe A. Baratta así *“El delito es expresión de una actitud interior reprobable, porque es contrario a los valores y a las normas*



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

presentes en la sociedad aun antes de ser sancionados por el legislador” (Baratta, 2.004, pág. 36)

El principio del fin y de la prevención hace relación a que la pena no solo tienen un fin retributivo, sino que también el fin es preventivo respecto de la comisión de nuevos delitos en el futuro y, esto se logra mediante la resocialización del individuo. Ahora bien, se menciona que este fin preventivo también se materializa con la aplicación de medidas cautelares cuando la persona se considera peligrosa para la comunidad o sociedad, entendiendo que con la misma se busca, la evitación de nuevas conductas criminales o antihumanas.

En palabras de Alessandro Baratta.

“principio del fin o de la prevención. La pena no tiene – o no tiene únicamente – la función de retribuir sino la prevenir el crimen. Como sanción abstractamente prevista por la ley, tiene la función de crear una justa y adecuada contra motivación al comportamiento criminal. Como sanción concreta, ejerce la función de resocializar al delincuente” (Baratta, 2.004, pág. 37).

El principio de igualdad se expone desde un plano ideal, para no entrar en controversias de su operatividad en la realidad; la aplicación de la Ley penal es igual para todas las personas que en ella incurran, sin diferenciación de su posición económica, raza o culto religioso, etc.

Los principios del interés social y del delito natural se relacionan directamente con los bienes jurídicos que se protegen mediante el derecho penal, ya que los mismos son intereses generales de la sociedad, es importante mencionar que existe un grupo de bienes o intereses jurídicos que son protegidos de forma especial, porque su importancia abandona los linderos de la generalidad.

“principio del interés social y del delito natural. El en núcleo central de los delitos definidos en los códigos penales de las naciones civilizadas



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

representa la ofensa de intereses fundamentales, de condiciones esenciales a la existencia de toda sociedad. Los intereses protegidos mediante el derecho penal son intereses comunes a todos los ciudadanos. Solo una pequeña parte de los delitos representa la violación de determinados ordenes políticos y económicos y es castigada en función de la consolidación de estos (delitos artificiales)” (Baratta, 2.004, pág. 37).

Lo que pretende la defensa social es evitar que se repitan los comportamientos criminales, de ahí que cuando una persona es sometida a una medida cautelar por razonar que es peligroso para la sociedad, estamos bajo la influencia de la defensa social, y ello es porque se presume que se arremetió en contra de la colectividad, por lo tanto, debe separarse a este sujeto de la comunidad para evitar nuevos comportamientos lesivos. Lo anterior abre la puerta para hablar de detención preventiva, bajo el principio de peligro para la comunidad; así las cosas, se hará en dos partes; la primera parte será un recorrido epistemológico de la figura peligro para la comunidad, el segundo bloque abordará la actualidad de este fin constitucional.

2. Fin peligro para la comunidad.

2.1 Epistemología fin peligro para la comunidad.

El primer antecedente al que aludiremos y por ello no se cierra la puerta a que hayan más, es la Ley 95 de 1936. El Código Penal colombiano para la época acogió como postulado criminológico el de la defensa social, para la agravación o atenuación de penas privativas de la libertad, ya que el sujeto podía ser separado de la colectividad un tiempo mayor o menor según lo nocivo que el mismo fuera para la sociedad; esto se evidencia con precisión en el Capítulo IV titulado *circunstancias de mayor o menor peligrosidad*, en los artículos 36 y 37 donde se estipulaba lo siguiente.

“Artículo 36. Dentro de los límites señalados por la ley, se aplica la sanción al delincuente según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente (...) Artículo 37. Son circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad -en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o elementos constitutivos del delito- las siguientes: 1a. Los antecedentes de depravación y libertinaje. 2a. Las anteriores condenaciones judiciales o de policía. 3a. El haber obrado por motivos innobles o fútiles. 4a. Los deberes especiales que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente para con el ofendido o perjudicado. 5a. La preparación ponderada del delito. 6a. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente. 7a. Abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo. 8a. Ejecutar el delito con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de menores, deficientes, enfermos de la mente o alcoholizados. 9a. El obrar con la complicidad previamente concertada de otro. 10. Ejecutar el delito aprovechando una calamidad pública o privada, o un peligro común. 11. El abuso de la credulidad pública o privada. 12. Hacer más nocivas las consecuencias del delito. 13. Perjudicar u ofender con una misma acción, y no por mero accidente, a más de una persona. 14. En las culpas, el haberse ocasionado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible. 15. La posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio. 16. La ejecución del delito sobre objetos expuestos a la buena fe del público, o custodiados en oficinas públicas, o destinados a la utilidad, defensa o reverencia públicas". (Minjusticia, Ley 95, 1936)

Es claro que los elementos normativos de la época son diferentes a los que se tienen en la actualidad; lo que se quiere destacar es que desde el año 1936 y posiblemente en codificaciones anteriores, se agravaban o atenuaban las penas teniendo en



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

cuenta la peligrosidad del sujeto que era declarado penalmente responsable de algún hecho delictivo. Entonces se dice que, desde este punto, comienza a tomar fuerza la teoría de la defensa social como base para separar a los sujetos de la sociedad, basados en lo perjudicial que podría ser el procesado.

Por otra parte, la codificación procesal penal para la época, que se identificaba como la Ley 94 de 1938, no contempló la peligrosidad del sujeto en sentido alguno, ni siquiera para la imposición de una detención preventiva, que en ese entonces era conocida como detención provisional.

En la codificación procesal penal Decreto 181 de 1981, se comenzó con la observancia de factores externos a la conducta punible que le fue atribuida al sujeto, para privarlo de la libertad de forma provisional. La introducción de estos elementos nos es casual, porque se observaba en la época como se trataba de abandonar la influencia que tenían los trabajos de E. Ferri en la normativa colombiano.

Se notó ello, cuando se construía el nuevo código penal colombiano que se materializaría en el Decreto 100 de 1980.

“La batalla entre las escuelas italianas culminó prácticamente con el proyecto de Ferri de 1921, que era la más pura expresión del positivismo penal. El proyecto fue derrotado, y en 1930 se expidió en Italia El Código de Rocco, de orientación neoclásica y dogmática, aunque en la parte especial se adviertan instituciones de clara estirpe fascista. A pesar del fugaz brillo de las ideas positivistas, es lo cierto que ni estas, ni el proyecto de Ferri, tuvieron repercusiones importantes en otros países europeos” (...) “Así muchas de las normas de parte general de nuestro Código son copia, unas veces textual otras deformada, del Proyecto de Ferri de 1921, y en las demás, se sigue en términos generales la estructura y la filosofía de ese documento: tal ocurre, por ejemplo, con las normas sobre el delito, la responsabilidad, la imputabilidad y las sanciones. Igualmente, con los criterios para individualizar la pena y las circunstancias de menor y mayor peligrosidad. Curiosamente



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

los comisionados no mencionaron siquiera el Código de Rocco que recientemente había entrado en vigencia. Quiere decir lo anterior que cuando se adopta el Código penal colombiano era ya obsoleto y anticuado en sus proyecciones filosóficas y doctrinales, y que, por ello, nos habíamos quedado al margen de las grandes corrientes de pensamiento universal, que se orientaba desde mucho antes en otras direcciones” (Velez, 1979, pág. 41)

Es valioso hacer la siguiente reflexión del párrafo antepuesto citado, la normativa penal que se compiló en la Ley 95 de 1936 apelaba a los postulados de la escuela italiana del positivismo criminológico, y más aún a lo dicho por E. Ferri; lo anterior sin duda alguna afirma que, en esta época, fue acogida en el ordenamiento jurídico penal colombiano la teoría de la defensa social, como una ayuda para luchar contra el crimen o los diversos comportamientos criminales. Pero con posterioridad se tenía la intención de abandonar estos postulados y tomó más fuerza con el proyecto del código penal, que se debatía entre los años de 1978 y 1979.

Al respecto se mencionó, afianzando la reflexión expuesta.

“El condigo vigente construye, todo el sistema penal sobre los conceptos de peligrosidad y defensa social. El proyecto lo hace sobre la ecuación culpabilidad igual pena. No se sanciona al individuo porque sea peligroso, sino en cuanto es culpable. Es decir, en cuanto realiza el comportamiento socialmente reprochable producto de una voluntad que no ha debido ser (...) El derecho penal de culpa es el que inspira fundamentalmente el proyecto, y esa diferencia sustancial con el estatuto actual. A nadie se le oculta que una concepción, contribuye a la más alta cifra de la dignidad humana, y la expresión del pensamiento democrático”. (Velez, 1979, pág. 52)

El objetivo trazado para dejar de lado la teoría de la defensa social no fue totalmente fructífero, ya que quedaron algunas impresiones de las teorías de la defensa social y el peligrosísimo en el Código penal Decreto de 100 del 80. En su artículo 61 “*criterios para fijar la pena*” se mencionó, entre otras cosas, que “*Dentro de los*



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente” (Minjusticia, Decreto 100 de 1980).

Pero, lo que para el efecto se considera más importante es, y que ya mencionó de forma breve en párrafos anteriores, es que para la época también se publicó un nuevo código de procedimiento penal Decreto 181 de 1981, y a esta codificación se le trasladaron los postulados de la defensa social. Lo anterior se afirma teniendo en cuenta los requisitos que ahí se consignaron para decretar la medida de detención provisional, ello en el artículo 330 Numeral 2, que se tiene como punto de partida de lo que es hoy el artículo 310 de la actual codificación procesal penal Ley 906 de 2004, donde se observaba si el procesado tenía o no cualquier investigación vigente y/o condena para que procediera la detención provisional.

Ahora nos ocuparemos de mostrar el cambio sustancial que se presentó entre los requisitos de detención provisional tenidos en cuenta en 1938 en la Ley 94, relacionado con el Decreto 181 de 1981. Esta comparación se hace para tener una mayor claridad, en lo afirmado, sobre el traslado del concepto de defensa social de la norma sustancial a la procesal.

Téngase en cuenta, pues, que el decreto 181 del 81 contempla la detención preventiva en los siguientes términos.

“324.Clasificación. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la privación de libertad (...) 327.Privación de la libertad. La privación de la libertad es el acto procesal por el cual se ordena que el procesado sea internado en el establecimiento carcelario del lugar donde se adelanta la investigación. Si en el lugar donde se adelanta la investigación no hubiere establecimiento de internación que ofrezca las debidas seguridades, el funcionario señalará el lugar donde deba cumplirse la privación de la libertad. De igual manera, procederá cuando la presencia



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

del procesado en el establecimiento donde se hallare privado de libertad genere perturbación del orden público (...) 330. Casos en que precede la privación de libertad. La privación de libertad procede: 1. En todos los casos no previstos en los dos artículos anteriores. 2. En cualquiera de los casos previstos en los dos artículos anteriores, cuando aparezca demostrado en el expediente que el procesado ha sido condenado por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de la comisión del nuevo hecho punible, o durante ese mismo tiempo registrare tres o más sindicaciones por delitos de la naturaleza antes mencionada. 3. Cuando no suscribiere el acta de conminación o no prestare la caución. 4. Cuando declarado incurso en la multa no la pague o cuando hecha efectiva la caución no prestare una nueva. (Minjusticia, 1981).

Recordemos entonces que en el artículo 383 de la Ley 94 de 1938, para la imposición de una medida provisional, solo se tenían en cuenta criterios que hacían relación al hecho que se investigaba, como I) los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; II) su calificación legal y la pena que la ley establece para él, y III) los elementos probatorios allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordena². El cambio sustancial se presenta, cuando se afirma en el Decreto 181 del 81, que procederá la detención provisional o privación de la libertad cuando aparezca demostrado en el expediente que el procesado ha sido condenado por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de la comisión del nuevo hecho punible, o durante ese

² Recordemos en su integralidad el artículo 383. La detención provisional no tiene carácter penal alguno, y no podrán imponerse a los detenidos medidas distintas de las autorizadas en los reglamentos carcelarios.

ARTÍCULO 383. A nadie se podrá detener provisionalmente sino en virtud de un auto del funcionario instructor en que se exprese:

El hecho que se investiga en el proceso;

2°. Los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho;

3°. Su calificación legal y la pena que la ley establece para él, y

4°. Los elementos probatorios allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordena.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

mismo tiempo registrare tres o más sindicaciones por delitos de la naturaleza antes mencionada.

Este cambio introdujo en el ordenamiento procesal penal colombiano; el hecho, de que si el sujeto es peligroso debe ser separado de la sociedad (Defensa social). Aquí es donde se conecta la teoría de la defensa social con el peligro para la comunidad que hoy se conoce; es una modificación simple, pero trascendental para el ordenamiento jurídico colombiano, ya que a medida en que se fueron promulgando nuevas codificaciones procesales penales, en vez de ser abandonada esta figura, se reiteró en su existencia y avanza hasta el punto que hoy se conoce, y que se expondrá brevemente en este trabajo.

El Decreto 2700 del 1991 fue otra norma procesal penal, que, en su artículo 397 seguía contemplando factores externos a los del hecho objeto de investigación criminal, de la siguiente manera *“Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión”* (Minjusticia, 1991), procedía entonces la detención preventiva, lo importante aquí, es mostrar esa intención del legislador por mantener el postulado de la defensa social en las fronteras de la detención provisional y recordemos lo dicho por Méndez (2017) a quien realiza la ley penal, es decir, a quien comete un delito, se le debe separar de la sociedad para que la misma no corra peligro, al estar libre el delincuente .

La Ley 600 de 2000 código de procedimiento penal para la época, insiste después de 19 años en mantener incluido el concepto de defensa social como presupuesto dogmático dentro de los linderos de la detención preventiva. Así las cosas, en el capítulo V de esta normatividad regula la detención preventiva en los artículos 355 al 364, donde los más importantes para el caso concreto son el 355 que contempla los fines, 356 los requisitos y el 357 la procedencia.

“ARTICULO 355. FINES. La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

Artículo 356. Requisitos. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva. Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.

Artículo 357. Procedencia. La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos (...) 3. Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión. Esta causal sólo procederá en los casos en que la conducta punible tenga asignada pena privativa de la libertad”. (Vallejo M. A., Ley 600, 2018, págs. 611-613)

En esta Ley 600 se tienen en cuenta como fines para decretar una medida de aseguramiento de detención preventiva, I) Evitar la fuga o garantizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad; II) asegurar la comparecencia al proceso; III) evitar labores que emprendan para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria y IV) evitar la continuación de la actividad delictiva. Este último “*evitar la continuación de la actividad delictiva*” es el antecedente más cercano a lo que hoy se conoce como peligro para la comunidad y una expresión clara del concepto de defensa social que pretende evitar nuevos comportamientos criminales. Además de lo anterior, el numeral tercero del artículo 357 estipula “*Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional*



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

que tenga pena de prisión. Esta causal sólo procederá en los casos en que la conducta punible tenga asignada pena privativa de la libertad”, (Vallejo M. A., Ley 600, 2018, pág. 613), es una copia fiel de lo que se mencionaba en los códigos de procedimiento penal, Decretos 181 de 1981 y 2700 de 1991.

Para terminar, se trae como último antecedente epistemológico el acto legislativo 03 de 2002, *"Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Reforma los Artículos 116, 250 y 251, sobre administración de justicia y Fiscalía General de la Nación"*, es importante resaltar, que es aquí donde se introduce en definitiva el peligro para la comunidad como fin y comienza su desarrollo actual. Esto en particular acontece con la modificación del artículo 250 de la constitución política de Colombia, que antes estipulaba³.

“Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá (...) 1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito” (Minjusticia, 1991).

Ahora el texto constitucional contiene lo siguiente y así está en la actualidad.

“ARTICULO 250: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por

³ En la constitución de 1991, como se puede observar no se contempló, ninguno de los fines que hoy gobiernan la detención preventiva, ni mucho menos se incluyó el peligro para la comunidad como uno de ellos, por ello es claro que el desarrollo actual de esta figura comienza con el acto legislativo 03 de 2002 y que la misma es un verdadero y valioso desarrollo del derecho interno colombiano.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros (...) 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y *la protección de la comunidad*, en especial, de las víctimas”. (Consejo S. de la Judicatura , 2010, pág. 60)

La expedición de este acto legislativo o por lo menos su diseño se hizo en un contexto de inconformismo social hacia la justicia y puede ser de importancia mencionar, que el mismo se basó en un proyecto de Ley diseñado por la fiscalía general de la nación en 2002.

“En efecto, en su mayoría no creen ni confían en su sistema judicial y, en lo posible, no hacen uso de éste para dirimir controversias. Según el estudio sobre la justicia adelantado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) como parte de la Encuesta Nacional de Hogares, cerca del 70% de los delitos no son denunciados a las autoridades competentes, la principal razón para no acudir al sistema judicial es el convencimiento de que este, simplemente “no opera”. (Rodríguez, 2005, pág. 3).

Lo que se evidencia, es la necesidad de implementar un sistema penal más efectivo o en otras palabras no técnicas agresivo, por ello no cabe poner en tela de juicio de que el fin de peligro para la comunidad, se introdujera con el pensamiento de tener una justicia más expedita o por lo menos la sensación de ella.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Ahora bien, La modificación que le fue realizada al artículo 250 Constitucional con el acto legislativo en mención es el punto de partida para hablar de lo que hoy se conoce como peligro para la comunidad. A continuación, se mostrará cual ha sido el recorrido normativo de esta norma.

2.2 Actualidad del fin peligro para la comunidad o sociedad.

Cuando se habla de peligro para la comunidad en la actualidad y, más aún, dentro del contexto jurídico penal colombiano, de inmediato se hace una remisión a la figura de la detención preventiva como medida cautelar, entendiendo que el peligro para la comunidad o para la sociedad es una de las causales contemplada por la normatividad para imponer mencionada disposición. En la sentencia C – 469 (2016) se define la detención preventiva como una figura jurídica capaz de afectar el derecho a la libertad personal en todo su ejercicio o en parte, garantizar el cumplimiento de las decisiones, asegurar la presencia del imputado en el proceso y proteger la estabilidad y tranquilidad sociales⁴. Lo anterior muestra que las medidas de aseguramiento tienen unos fines u objetivos establecidos por el legislador colombiano materializados con la restricción del derecho a la libertad.

El análisis de todos los fines para la colocación de una medida cautelar de carácter preventivo no será motivo de análisis del presente título, pero vale la pena mencionarlos que estos fines se desprenden de la lectura del artículo 250 Constitucional como se trató de dilucidar anteriormente y que además esta norma trae consignadas las obligaciones de la fiscalía para el adelantamiento de la acción penal, que en su numeral primero consagra que el fiscal deberá *“Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de*

⁴ (Sentencia C 469, 2016) Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

*la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas*⁵ (Consejo S. de la Judicatura , 2010, pág. 60). Se tiene que esta norma de carácter constitucional encuentra desarrollo en lo que se refiere a la solicitud de imposición de medidas cautelares en la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal Colombiano, más exactamente en los artículos 306, 307, 308 y siguientes de la mencionada codificación.

La solicitud del fiscal delegado para la medida de aseguramiento de detención preventiva o una medida cautelar de otra naturaleza debe cumplir con lo establecido en las mencionadas normas y, para una comprensión básica de lo aseverado se trae a colación lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C – 695 de 2013.

“En desarrollo del mandato contenido en el artículo 250 superior, en el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011) se señala que la solicitud de la imposición de una medida de aseguramiento elevada por la Fiscalía debe reseñar la persona y el delito a los que se haga referencia y los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia (...) Para tal efecto, el artículo 308 ibídem exige como presupuesto que de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes presupuestos: (i) que la medida se muestre como necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; (ii) que el sujeto de la medida constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y,

⁵ Constitución Política, 1.991; Citado artículo consagra, la obligación que tiene a Fiscalía General de la Nación de adelantar el ejercicio de la acción penal (...) entre otras funciones, se encuentra la dirigida a solicitarle al juez de control de garantías la imposición de la medida cautelar y los fines constitucionales el riesgo de no comparecencia, el peligro de alteración del material probatorio y peligro para la comunidad y especial las víctimas.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

(iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso “o que no cumplirá la sentencia”. (Sentencia C 695, 2013, págs. 20 - 22)

De todo lo anterior se puede concluir que el peligro para la comunidad es uno de los tres fines para imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva u otra medida precautelar; el peligro para la comunidad es uno de los fines constitucionales contemplado en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, desarrollado en los artículos 306, 307, 308 y 310 del Código de Procedimiento Penal Colombiano. Dicho fin es el fundamento, entendido como se viene mencionando, para la solicitud e imposición de una medida cautelar. Teniendo esto claro, pasamos ahora a desarrollar de forma concreta cómo se comprende este fin aceptado por la Corte Constitucional de peligro para la comunidad en el ordenamiento jurídico colombiano. En palabras de Méndez:

“Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad⁶, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias, que acreditan la peligrosidad futura del imputado: I) La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; II) El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; III) El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; IV) La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional; V) Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas; VI) Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años y VII) Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada. Lo anterior es lo que estipula en artículo 310 del código de procedimiento penal colombiano, que no son más que circunstancias del fin constitucional que en esta norma procesal se desarrolla; como lo menciona

⁶ Código de Procedimiento Penal; Lo estipulado por el artículo 310 del Código de procedimiento penal.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

el doctrinante Eliodoro “lo que se debe valorar, en este momento, a efectos de establecer la procedencia o no de la a efectos de establecer la procedencia o no de la libertad provisional, son circunstancias que inciden en el peligro para la comunidad, no los fines de la medida; fines son una cosa y circunstancias son otras (...) Las circunstancias que deben ser valoradas, son las que tienen relación con el peligro para la comunidad ” (Méndez, 2017, pág. 337)

Ahora bien, la mencionada norma ha tenido un número considerable de modificaciones en su desarrollo actual, que observa la tendencia a aumentar las oportunidades de ser apreciado como un sujeto peligroso para la sociedad; y esto sucede antes de ser declarado penalmente responsable; entonces se pregunta, ¿Dónde queda entonces la presunción de inocencia, solo con relación a este fin de peligro para la sociedad o comunidad?

El derecho de presunción de inocencia, es altamente atropellado cuando una persona es privada de la libertad por ser considerado peligroso para la sociedad, entendiéndose que es investigada por un comportamiento desviado que aún no ha sido sometido a un juicio y esto se puede considerar como una condena sin juzgamiento (en las vistas preliminares).

De forma rápida, podemos acercarnos a su entendimiento con la siguiente definición.

“Este principio se explica diciendo que dentro de la actuación penal, se parte del supuesto según el cual, la persona a quien se le imputa un delito no es responsable del mismo (Pérez, 2004) se mantiene durante todo el juicio penal y sólo se rompe con el proferimiento de una sentencia condenatoria en firme, es decir, aún en apelación, el reo debe presumirse inocente, pero eso es otra cuestión, pues lo que ocupa nuestra atención son las medidas de aseguramiento y no las condenas revisadas en segunda instancia.” (Palacio, 2011, pág. 63)



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Con base en lo anterior decimos que el derecho de presunción de inocencia, queda relegado a un segundo plano, y se convierte en una presunción de culpabilidad partiendo de, que las personas que tienen la reseña de haber cometido delitos con anterioridad, ya son culpables o, a lo menos es muy probable que así sea, esta afirmación es falsa, pero esa es la lógica con que se trabaja dentro de los estrados judiciales, cuando se coloca una medida de aseguramiento de detención preventiva basados en el peligro para la comunidad y la defensas social como sustento de este, se derrota con toda fuerza y sin resistencia el derecho de presunción de inocencia.

Retomando entonces, el fin de peligro para la comunidad se desarrolla en el artículo 310 de la ley 906 de 2.004, su progreso normativo se plantea desde el análisis de esta norma y las relacionadas que la modifican, la adicionan etc.

La primera redacción del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2.004) estipulaba lo siguiente “*ARTÍCULO 310. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias*” (Sentencia C 469, 2016, pág. 72) Lo que llama la atención es que para la época solo se tenían en cuenta cuatro circunstancias que debía analizar el juez de control de garantías además de la gravedad del hecho y pena imponible, las cuales eran I) La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; II) El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; III) El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional y IV) La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

La ley 1142 de 2007 trajo consigo una modificación importante a esta norma estipulando que.

“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias”, (Senado, Secretaria, 2019)

Esta reforma, al suprimir la palabra “además” por las palabras “*podrá valorar*” y “*adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias*” aumentó la eventualidad para que los jueces consideren aun individuo como peligroso para la comunidad o sociedad; las circunstancias a valorar no tuvieron un cambio sustancial en su redacción a las del artículo anterior. Rápidamente el mencionado artículo se le condicionó su interpretación y aplicación por medio de la sentencia C – 1198 de 2008, respecto de la suficiencia de la gravedad y modalidad de la conducta para la imposición de la medida cautelar en los siguientes términos.

“Empero, razón la asiste al Ministerio Público cuando señala que, de ser suprimidas, por efectos de la declaratoria de inexecutable, las expresiones “suficiente, sin embargo y podrá”, del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, se presentaría una ambigüedad en su lectura e interpretación. Por ende, serán declaradas executable, en procura de la protección del derecho a la libertad y los principios que delimitan los eventos para su restricción, bajo el entendido que para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 310 *ibídem*”. (Sentencia C 1198, 2008, pág. 47).

Una nueva modificación presentada al artículo 310 de la Ley 906 de 2004, fue la realizada por la ley 1453 de 2011 mediante su artículo 65 que entre otras palabras mencionaba; “*Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin*



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias” (Senado, Secretaria, 2019), Recuérdese que en la redacción inicial de esta norma y en las posteriores modificaciones no se variaron las circunstancias a valorar para determinar si el sujeto es peligroso o no para la comunidad o sociedad; pero con esta reforma se tuvieron en cuenta el número anterior y se le adicionaron cuatro circunstancias, lo que dejó al juez con la posibilidad de valorar ocho situaciones distintas; que también aumentaron las posibilidades de considerar a un sujeto peligroso. Estas eran La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; II) El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; III) El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; IV) La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional; V) Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas; VI) Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito; VII) Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años y VIII) Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

La última reforma que se documentara el presente trabajo, fue la realizada por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015, quedando la norma con la siguiente redacción y además es la vigente en la actualidad:

“ARTÍCULO 3o. Modifícase el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: Artículo 310. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias: I) La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; II) El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; III) El hecho de estar disfrutando un mecanismo



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; IV) La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional; V) Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas; VI) Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años y VII) Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”. (Senado, Secretaria, 2019)

Con lo anterior se evidencio entonces la actualidad del fin de peligro para la comunidad o sociedad como un mecanismo para solicitarle al juez de control de garantías que imponga una medida cautelar de detención preventiva en establecimiento de reclusión o, bien sea de naturaleza no privativa de la libertad. A continuación, pasaremos a dilucidar la convergencia y los efectos del fin de peligro para la comunidad y el postulado de defensa social.

1. Convergencia entre defensas social y peligro para la comunidad.

3.1 Convergencia temporal entre defensa social y peligro para la comunidad:

El peligro para la comunidad y la defensa social convergen temporalmente en el año de 1981 “*Decreto 181 de 1881 - Código de procedimiento penal*”, cuando se incluye en esa codificación la intención de privar de la libertad a un sujeto con fundamento en actuaciones anteriores a las que en ese entonces eran objeto de investigación, teniendo como fin oculto proteger a la sociedad de potenciales actuaciones criminales. Se dice entonces I) El reflejo aquí del peligro para la comunidad es tener en cuenta, las condenas por delitos dolosos y el número de investigaciones que tiene un sujeto al momento de una nueva indagación, para que proceda la detención provisional; II) el espontáneo reflejo de defensa social, es esa separación del sujeto de la vida en conjunto, para mantener a la sociedad a salvo.

Pero lo que más llama la atención es la intención del legislador colombiano de mantener esta figura en el ordenamiento jurídico, teniéndola presente desde este punto de la historia y reafirmandola en el año 2.002 en el acto legislativo 03 de ese



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

año, dándole el carácter de fin constitucionalmente aceptado para privar de la libertad a una persona.

También se le permitió un desarrollo tal, al fin de peligro para la comunidad que llego hasta el punto, de tener ocho circunstancias de análisis para que el juez de control de garantías observara si una persona es o no peligrosa para la sociedad, en la actualidad son siete; siendo así comprensible la intención del legislador, desde que se tenga claro que se quiere proteger a los integrantes de ese entorno social del crimen y luchar contra él a como dé lugar o simplemente adelantar condenas.

Lo anterior se puede ver plasmado con claridad en la exposición de motivos de la Ley 1453 de 2011, cuando se estipulo lo siguiente.

“La exposición de motivos que respalda el proyecto, tiene como argumento central para su aprobación la necesidad de prevenir y enfrentar el terrorismo y la criminalidad organizada. Para ello el estado se ha propuesto alcanzar cuatro objetivos, previstos en la política de seguridad adoptada por el Gobierno Nacional: 1. Eliminar la impunidad. 2. Luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo. 3. Incrementar la efectividad del proceso penal, la extinción de dominio y la responsabilidad juvenil y 4. Vincular a la comunidad en la prevención del delito en condiciones de seguridad y con pleno respeto de sus derechos fundamentales” (Congreso de la Republica de Colombia , 2010, pág. 5).

Cuando se cataloga a un sujeto como peligroso para la comunidad o colectividad, a él se le separa de la vida en sociedad; entonces la colectividad, por medio del derecho positivo, se está protegiendo del criminal evitando futuros ataques a su cotidianidad, esto es seguramente, la forma correcta de enfrentar la criminalidad, por ello es que se tiene un hacinamiento carcelario del 48% al año 2019, que un gran porcentaje son detenciones preventivas sustentadas en este fin.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

“El comportamiento del hacinamiento desde el año 2011 (32,8%) al 2013 (57,8%), permite demostrar en términos generales una tendencia al incremento. En 2014, la excarcelación masiva de internos por cuenta de la aplicación de la Ley 1709 de 2014 incidió para que se tuviera al final del año una reducción de 11.9 puntos en el índice de hacinamiento (45,9%).

En 2015 se normaliza la dinámica de entrada y salida de internos(as) y el índice de hacinamiento se regula (54,5%), a partir de entonces se nota una tendencia decreciente confirmada en 2016 (51,2%) y 2017 (44,9%). A enero, fecha de corte del presente informe, la cifra de hacinamiento varía su tendencia, aumentando 0,3 puntos (48,0%)”. (INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO , 2019, pág. 25).

Lo que se pretende dilucidar con esta estadística es lo siguiente; Cuando una persona es privada de la libertad, su actividad criminal dentro de los muros carcelarios tiende a agudizarse, esto se debe a que las prisiones tienen un nivel de violencia alto, que la persona debe desarrollar si no lo tiene, en el momento que ingresa a Institución penitenciaria.

“La violencia intracarcelaria toma dos significados: primero, es una conducta subcultural; y segundo, es una herramienta para el control interno. La violencia como conducta subcultural propia de los internos, significa que todo individuo en prisión debe asumir una actitud agresiva y violenta ante cualquier situación, así como en la interacción con los demás reclusos. De esta manera, el recién llegado debe mostrar fortaleza y disposición de repeler por cualquier medio todo tipo de ataque de otro interno⁶. A esto hacen referencia, Sykes y Messinger (1960) y el mismo Sykes (1969) señala que la regla entre los reclusos es ser siempre un tiburón, valiente y nunca tierno y débil frente a los demás” (Bolaños, 2009, pág. 64)

Cuando él abandone la prisión, va a ser un sujeto desviado aún más peligroso, todo esto a causas de esa subcultura de violencia en las prisiones; entonces la sociedad



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

estaría bajo un riesgo más grande; haciendo entonces que la defensa social pretendida por medio de la declaratoria de peligrosidad no estaría siendo fructífera, sino más dañina. Lo anterior por los efectos que causa la prisión en un sujeto, que después de un tiempo determinado de estar entre muros, pierde la capacidad de volver a vivir en sociedad y cuando el mismo recupera su libertad tiene una habilidad criminal mayor y la sociedad estaría en un riesgo factible porque *“Cuando una persona cumple su condena y queda en libertad, dependiendo del tiempo en que haya estado en cautiverio, tendrá que enfrentarse nuevamente con el mundo y con la comunidad. En este momento, las experiencias pueden ser muy dispares”* (Paula Dechiara, 2000, pág. 177), por ello, si una persona vivió en un estado de constante violencia, cuando abandone los muros con seguridad trasladara esos comportamientos a la sociedad.

“El preso aprende todas las costumbres de la institución. Después de un tiempo aparecerán la comida, la vestimenta y otras cosas necesarias, como algo que le debe al establecimiento, con lo cual se ha alcanzado un punto decisivo de la prisionización. Luego, el interés se dirige hacia un buen trabajo. De este modo, el preso se compenetra tan profundamente de la cultura carcelaria, que es incapaz más tarde de vivir en libertad con otros individuos. Esto rige sobre todo para los presos que tienen penas largas. En especial estas prisionizaciones constituyen un problema serio, ya que profundizan las tendencias criminales y antisociales.” (SALAS, 2001, pág. 15)

Teniendo una población cancelaria grande y creciente, sumado ello el problema de los efectos que causa la prisión, contando con seguridad que uno de los motivos que ayuda a su crecimiento es el fin de peligro para la comunidad, se concluye que esta figura termina siendo un perjuicio para la colectividad.

La mayoría de estos sujetos tienen familias que dependen de ellos para su sustento diario, cuando el sustento se pierde, algunos miembros de esa familia quedaran más alejados de las garantías básicas sociales, tendiendo a tomar el camino del



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

comportamiento desviado general, Hurtos, extorciones, estafas, Homicidios, comportamientos con estupefacientes es sus diferentes modalidades, etc., porque viven en ese entorno y al estar desprotegidos lo pueden aprender. Poniendo así, a esa sociedad que se trata de proteger con el postulado de la defensa social y fin de peligro para la comunidad, en una situación de peligro más amplia, que la imaginada dentro de una vista preliminar.

“En apoyo a la teoría de que las conductas delictivas son producto de aprendizaje es importante destacar las condiciones bajo las cuales se desenvuelve el individuo a lo largo de su desarrollo evolutivo; es decir, el medio ambiente familiar, escolar, las relaciones con sus vecinos y amigos. Por esta razón la teoría del Paso al Acto hace mucho énfasis, no sólo en los componentes de la personalidad criminal destacados por Pinatel, sino además en las situaciones específicas, mixtas e inespecíficas del entorno inmediato del individuo” (SALAS, 2001, pág. 17).

Así las cosas, la incursión del concepto de Enrico Ferri y posterior convergencia con la detención preventiva, automatizaron la privación de la libertad, haciendo que las consecuencias sean nocivas, más personas privadas de la libertad, más infantes vulnerables, por la falta de alguno de sus padres; siendo una obviedad que esto no va a traer un cúmulo de consecuencias positivas.

Ahora se debe observar si este fin, evidencia los principios de la defensa social, ya antes mencionados, partiendo de que la respuesta es afirmativa.

3.2 Convergencia jurídica entre los Principios de la defensa social y fin de peligro para la comunidad:

El artículo 310 de Ley 906 de 2004 estipula “*Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias*” (Vallejo, Mario Arboleda, 2018). Teniendo esta



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

estipulación clara se pasará la misma, por los principios de la defensa social, para observar su relación.

El primero de los principios, es el de legitimidad y entendido desde la perspectiva de la teoría de la defensa social, *“no es más que la protección de la sociedad por medio de las entidades estatales engranadas entres sí”* (Baratta, 2.004, pág. 36); así las cosas, observamos que esta norma, está dotada de las siguientes características I) Que el legislador la creo; II) busca la protección de la sociedad o de un grupo social, reflejando acá el principio del interés social y el delito natural, porque pretende la protección de bienes jurídicos o intereses sociales y III) para su aplicación se alían entidades estatales independientes como, la Rama judicial, la Rama Legislativa, la fiscalía General de la Nación y la procuraduría. Esto muestra, que el peligro para la comunidad es una expresión de la legitimidad de la defensa social en el ordenamiento jurídico colombiano, porque por medio de entes estatales y norma positiva protegen a la sociedad.

El principio del bien y el mal, como el de la culpabilidad se pueden explicar juntos respecto de la relación planteada y es por lo siguiente; los delitos son expresión de una actitud interior reprobable *“culpabilidad”* y al mismo tiempo son el mal, lógico es que el bien es la sociedad atacada, tal como se mencionó anteriormente, entonces una persona es peligrosa para la sociedad por el número de delitos que ha cometido o que puede llegar a cometer y esto lleva a separarlo de la colectividad que es buena. El apartamiento del sujeto de la sociedad se hace por medio de la legitimidad, ello es que la sociedad quiere que el estado la proteja de esas actitudes reprochables malas y de sujetos desviados.

El principio del fin o de la prevención tiene como objetivo proteger a la sociedad de nuevos comportamientos criminales; por lo tanto, cuando efectivamente un sujeto es separado de la sociedad por ser considerado un peligro para ella, se cumple con este fin, ya que se elimina la posibilidad de que ese sujeto al menos cometa delitos en el foco de la colectividad.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

De manera simple se concluye, que es un hecho que la defensa social está en intrínsecamente relacionada con el fin de peligro para la comunidad, a mi juicio, cuando dos figuras de este grosor se relacionan traen consigo unos efectos, que a continuación, se mostrarán.

3.3 Efectos de la convergencia entre defensa social y fin de peligro para la comunidad:

Desde el año de 1981 cuando la detención preventiva acogió los postulados de la defensa social y comenzó a dotarse de los principios de ella, desembocaron al final en la creación del fin de peligro para la comunidad, que bien o mal permiten en la actualidad que, en la mayoría de las ocasiones, se impongan medidas cautelares. Antes de continuar, se debe mencionar que autores de importancia para nuestro derecho penal señalan, que la incursión del postulado de la defensa social o Ferrianos, se dieron a partir de la ley 95 de 1936 y en consecuencia con eso mencionan.

“El Código, Penal de 1936 se inscribe en el movimiento liberal que se generó a partir de la década de 1930 y, más concretamente, en la "Revolución en Marcha" de LOPEZ PUMAREJO, quien se propuso, siguiendo los moldes del liberalismo intervencionista inspirado en la filosofía de la defensa social, introducir reformas al Estado colombiano. Algunas de ellas quedaron plasmadas en la reforma constitucional de 1936, y se concretaron en cuanto lo penal en la ley 95 de 1936” (VELÁSQUEZ, 1987, pág. 434)

Es importante hacer la siguiente aclaración, ya que si bien es cierto que la incursión de mencionado postulado filosófico se presenta en esta época y se materializa en el Código Penal Ley 95 de 1936, no apunta a la detención preventiva o a lo menos lo que en ese entonces se entendía de esa figura, que para la época se consignaba en Ley 94 Código de Procedimiento Penal; lo importante, es lo referente a que en 1981 mediante el Decreto 181 de ese año, el postulado de Enrico Ferri (defensa social) se traslada al Código de Procedimiento Penal y a mi juicio se considera que



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

es el primer antecedente histórico de lo que hoy se conoce como peligro para la comunidad en el contexto colombiano.

Ahora bien, el fin de peligro para la comunidad trasciende las fronteras procesales y se incrusta en la frontera social. Es ello tan trascendente que ni siquiera los instrumentos de interpretación diseñados para la aplicación correcta de derechos fundamentales, como el principio de proporcionalidad, han permitido controlar el avance de la detención preventiva en el país.

Es bien sabido que para la imposición de una medida de detención preventiva se debe hacer el siguiente análisis I) Observar los elementos objetivos para la detención, en donde se analizara el fin (peligro para la comunidad) que se pretende alcanzar; II) El abordaje del marco normativo que se tiene para detención preventiva y III) Sopesar el fin (peligro para la comunidad) con el derecho de la libertad personal, por medio del instrumento interpretativo test de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad para el efecto es un límite sustancial a la imposición de medidas de aseguramiento, definido como *“El principio de proporcionalidad, es un instrumento argumentativo mediante el cual se pretende que el Tribunal Constitucional cumpla con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la manera más racional posible, sin invadir las competencias del legislador”* (Mesa, 2007, pág. 204). Este principio está dotado de unos subprincipios que son la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Que se entienden y se definen por la Dra, Gloria Lopera Mesa de la siguiente forma.

“El primero de los subprincipios de la proporcionalidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue. Se entenderá que tal es el caso cuando se permita establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

existente antes de la intervención; por el contrario, la medida se reputara carente de idoneidad cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido” (Mesa, 2007, pág. 210).

“Mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. La medida adoptada por el legislador se reputa necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de la intervención” (Mesa, 2007, pág. 213).

“Este último consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensada por el grado de satisfacción de los segundos (...) acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego es preciso atender a tres variables: en primer término, el grado de afectación/satisfacción que para ello se deriva de la medida enjuiciada (normas de prohibición y de sanción penal); en segundo lugar, su peso abstracto, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, la seguridad de la premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención” (Mesa, 2007, pág. 225).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

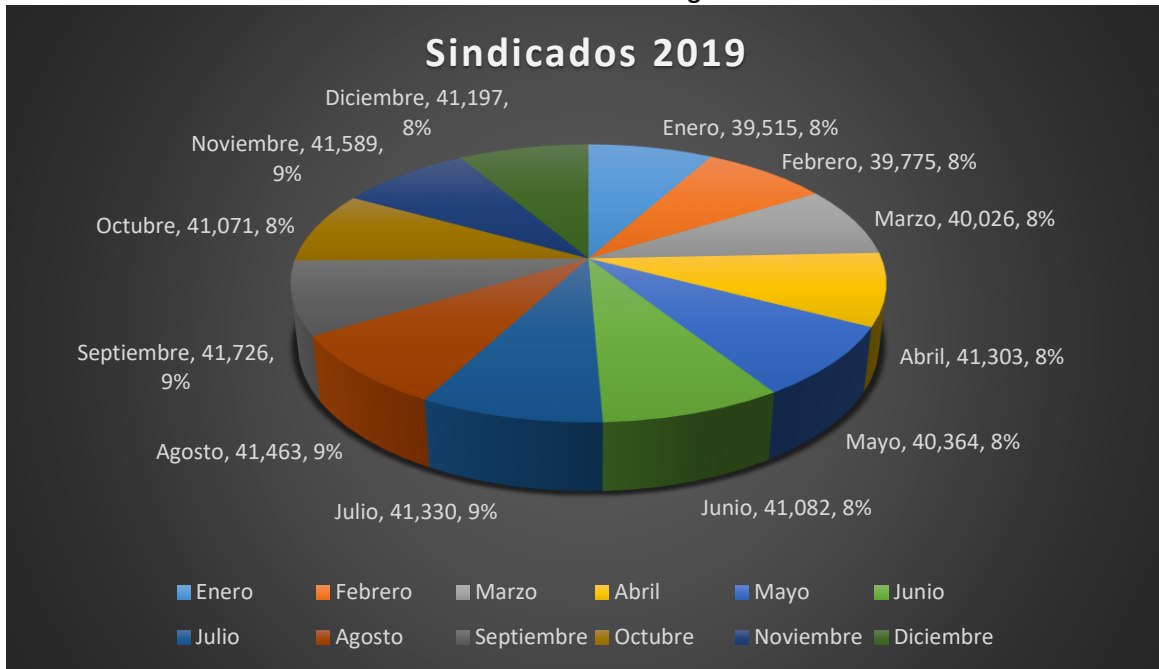
Ellos pretenden evitar la aplicación indiscriminada de detenciones preventivas o medidas cautelares en este caso, porque los fines procesales en la mayoría de las ocasiones, no son más importantes que los derechos fundamentales como la vida digna, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal, pero recuérdese que cuando se trata de fin de peligro para comunidad se trasciende a esferas no procesales, porque el mismo se desarrolló bajo la influencia de la defensa social, como instrumento para defender de la alta criminalidad que tiene la sociedad en este caso la colombiana, de los comportamientos desviados, y como ejemplificación observamos que *“solo la tasa de homicidios en el año 2019 fue de 11.630”* (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2019, pág. 4)., por lo expuesto, este método interpretativo nunca será suficiente como límite sustancial, ya que siempre serán más derechos los de la colectividad que los de un solo individuo subyugado al proceso penal.

En Colombia el 33% del total de la población carcelaria se encuentran bajo la sombra de la detención preventiva y ello no es gratuito se debe al efecto de la convergencia entre defensa social y peligro para la comunidad que ayudan a aumentar como fruto negativo la población de las cárceles.

Lo anterior queda sustentado en las cifras dadas por el INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario) en sus informes anuales, donde para enero de 2019 se tenía una población privada de la libertad en todo el país de 118.769 internos, de los cuales 39.515 que equivale al 33% de la población se encontraban para la época como sindicados con la figura de detención preventiva (INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO , pág. 32). Con base en estas cifras se dice que el límite sustancial de test de proporcionalidad no es suficiente para frenar el impacto que causa la convergencia entre peligro para la comunidad y defensa social.

En la próxima grafica se evidencia el comportamiento de la población en situación de detención preventiva (sindicados) del 2019, ello como ilustración.

Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación



(INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO , 2019, págs. 1 - 32)

Con la grafica anterior se ilustra con precisión la incapacidad que se tiene para controlar las declaraciones de detenciones preventivas. Como último se dice, que para diciembre del año 2010 se tenían en situación de sindicados 25.916 personas, pero para el año 2019 en el mismo mes se tenían en esa situación 41.197 personas, un aumento significativo, ¿no?

Decimos entonces que los efectos son I) *El positivo*: consiste en que se está cumpliendo con las declaraciones de peligrosidad de un sujeto determinado para la sociedad, se separa de ella, para generar esa sensación de protección por parte del estado mediante sus instituciones, y II) *El negativo*: consiste en el aporte a aumentar la población en estado de cárcel, que empeora a la crisis carcelaria declarada por la Corte Constitucional en los siguientes puntos “I) *Problemas de hacinamiento, inseguridad y criminalidad*; II) *Problemas de tratos crueles, inhumanos e indignos* y III) *Violación grave del derecho a la salud*”, (Sentencia T 338, 2013, pág. 6).



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

CONCLUSIONES:

La defensa social es un modo de reprimir las conductas antihumanas que lesionan la vida en sociedad. Lo que pretende es evitar que estas se repitan. Por ello, el Estado, por medio de una normatividad vigente, ataca estas formas de trasgresión y las reprime con base en ese postulado filosófico.

Pero el ataque a las mismas no es a como dé lugar, sino por medio de un proceso racional antes establecido a la existencia de la trasgresión, un proceso penal declarativo. Esta sería la correcta forma de proteger a la sociedad de los comportamientos desviados y se explica. Primero debe existir el delito, después el estado debe identificar a la persona y someterlo a un proceso penal declarativo, si el sujeto es declarado penalmente responsable se hace acreedor a que se le separe de la sociedad o no; de esta forma estaríamos en presencia de lo que es la defensa social bien implementada, al respecto menciona Ferrajoli.

“Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto a cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede considerarse culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación, postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena” (Ferrajoli, 1995, pág. 549).

Pero lo que mostró el trabajo, es que la defensa social está siendo utilizada por el Estado colombiano no a través del proceso penal racional, sino que lo hace en las etapas preliminares, de la mano del fin de peligro para la comunidad. Esto se materializa cuando el sujeto que se identifica como posible autor de las conducta o conductas imputadas sin un juicio previo es separado de la sociedad y privado de su libertad, estar en prisión en mi reflexión así sea de forma transitoria es una



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

condena, vulnerando con esto muchos de sus derechos fundamentales entre estos la presunción de inocencia.

Con el presente trabajo se da un paso importante, no en la comprensión jurídica de la figura que ya ha sido ampliamente problematizada en textos como *“Un análisis en torno a la aplicación del fin del peligro de la comunidad y el alcance de la presunción de inocencia en la sentencia C-469 de 2016”*, *“Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano”* *“La medida de aseguramiento. Un péndulo entre la libertad y detención”*; sino en el entendimiento del sentido histórico social del fin constitucional de peligro para la comunidad, que en un trasfondo no busca la lucha contra el crimen, no busca proteger a la comunidad, sino que es un instrumento de represión diseñado para castigar a las personas que se consideran peligrosas antes de adelantar un proceso penal, antes de que su presunción de inocencia sea derrotada en un juicio oral y público. Esto nos encamina a repensar esta figura, a replantear su existencia en el ordenamiento procesal penal colombiano, y a cuestionar jurídicamente una figura que no protege el proceso sino que busca adelantar el castigo del individuo, escudándose en que protege a la sociedad aun cuando esto no es demostrable.

La introducción, deliberada o no, del fin de peligro para la comunidad de la mano del postulado de la defensa social puso por encima a estos postulados, de los límites constitucionales a la detención preventiva. Claro ejemplo de lo anterior, es que ese instrumento racionalmente construido denominado “test de proporcionalidad”, que debería operar como límite constitucional no ha sido capaz de contener los efectos adversos de la figura de la detención preventiva, que se refleja en un problema carcelario agudo.

El peligro para la comunidad, pensado desde el postulado de la defensa social, permite entender su génesis y comprender que un fin procesal germinado en teorías conservadoras con fundamentos científicos débiles generan injusticia, represión arbitraria por parte del Estado y vulneración de derechos constitucionales.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

Bibliografía

- Baratta, A. (2004). La Ideología de la Defensa Social. En A. Baratta, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal* (págs. 35 - 44). Argentina: Siglo veintiuno editores Argentina.
- Bolaños, F. A. (2009). CÓDIGO DEL PRESO: ACERCA DE LOS EFECTOS DE LA SUBCULTURA DEL PRISIONERO. *Capítulo Criminológico Vol. 37, Nº 2*, 53 - 75.
- Congreso de la Republica de Colombia. (2010). Proyecto de ley. *Gaceta del Congreso*, 4-5.
- Consejo S. de la Judicatura. (2010). *Constitución Política*. Bogotá D.C: Imprenta Nacional de Colombia.
- Constitución Política, Artículo 250 (Ley 1991 de julio de 1.991).
- Enrico, F. (2004). *Sociología Criminal. Teoría positivista de la Responsabilidad Penal. tomo ii*. Madrid: DE. J Góngora Álvarez.
- Ferrajoli, L. (1995). El Juicio. Cuando y como juzgar. En L. Ferrajoli, *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal* (págs. 353- 537). Madrid: Trotta .
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2019). *Boletín Estadístico Mensual Diciembre*. Bogotá D.C: Subdirección de Servicios Forenses.
- INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO . (2019). *Informe Estadístico, Población reclusa*. Bogotá D.C: Minjusticia .
- Méndez, H. F. (2017). La medida de aseguramiento. Péndulo entre la libertad y detención. En H. F. Méndez, *Circunstancias que inciden en la valoración del peligro para la comunidad* (pág. 337). Bogotá D.C: Leyer.
- Mesa, G. L. (2007). Principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales. En M. C.-U. COLOMBIA, *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional* (págs. 203 - 248). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Minjusticia. (1936). Ley 95. *Juriscal*.
- Minjusticia. (1938). Ley 94. *Juriscal*.
- Minjusticia. (1981). Decreto 181. *Juriscal*.
- Minjusticia. (1991). Constitución Política. *Juriscal*.
- Minjusticia. (1991). Constitución Política . *Juriscal*.
- Minjusticia. (1991). Decreto 2700. *Juriscal*.
- Minjusticia. (s.f.). Decreto 100 de 1980. *Juriscal*.
- Oxamendi, R. A. (1934). Los Delitos Sociales. *Juridica U.P.R* , 133 - 145.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación

- Palacio, J. S. (2011). PRINCIPIO DE INOCENCIA Y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA (UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO). *Ratio Juris* , 59 - 72 .
- Paula Dechiara, L. B. (2000). EFECTOS DEL CAUTIVERIO DE LAS CÁRCELES SOBRE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD . *Epistemología y Ciencias Humanas* , 161 - 190.
- Rodríguez, R. C. (2005). Implicaciones del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Un estudio Multidisciplinario. *Rivista Ingeniería*, 10.
- SALAS, A. E. (2001). CONSECUENCIAS DE LA PRISIONIZACIÓN. *Revista Cenipe*, 9 - 22.
- Senado, Secretaria. (31 de diciembre de 2019). *Ley 1142 de 2007: Secretaria Senado*. Obtenido de Secretaria Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1142_2007.html
- Senado, Secretaria. (31 de diciembre de 2019). *Ley 1453 de 2011: Secretaria Senado*. Obtenido de Secretaria Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011_pr001.html#65
- Senado, Secretaria. (31 de diciembre de 2019). *Ley 1760 de 2015: secretaria senado*. Obtenido de Secretaria Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1760_2015.html
- Sentencia C 1198, (Corte Constitucional 4 de diciembre de 2008).
- Sentencia C 469, (Corte Constitucional 31 de agosto de 2016).
- Sentencia C 695, (Corte Constitucional 9 de octubre de 2013).
- Sentencia T 338, (Corte Constitucional 28 de junio de 2013).
- Sumalla, J. T. (2013). Sanciones penales y ejecución penal. *Universitat Oberta de Catalunya*, 1- 44.
- Vallejo, Mario Arboleda. (2018). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Leyer.
- VELÁSQUEZ, F. V. (1987). EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y LA LEY IMPORTADA. *Nuevo foro penal*, 427 - 439.
- Vélez, F. E. (1979). Proyecto de Código Pena. *Nuevo Foro Penal*, 40 - 65.



Maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito
Informe final de investigación