

PELIGRO PARA LA COMUNIDAD NO ES CRITERIO OBJETIVO PARA IMPONER PRISIÓN PREVENTIVA¹

APPOINTED DANGER FOR THE COMMUNITY IS NOT A CRITERION TO IMPOSE PREVENTIVE PRISON

Luis Arturo Salas Portilla ²

Hugo Andrés Sanz Morales ³

Recepción: Agosto 3/2011 - **Aceptación:** Octubre 10/2011

Resumen

La imposición de prisión preventiva por el peligro para la comunidad, con base en el criterio de peligro de repetición de la conducta, no tiene bases objetivas, por lo tanto, no debería aplicarse. A pesar que la Corte Constitucional ha determinado que el estudio de la gravedad y la modalidad del delito son insuficientes para establecer la peligrosidad social del imputado, la disposición legal que permite privar de la libertad en tales circunstancias sigue pugando con el principio de presunción de inocencia, pues la norma está siendo imprecisa, carente de elementos puntuales que sustraigan al operador judicial del arbitrio subjetivo para definir los casos en que existe peligrosidad para la sociedad. La deliberada aplicación de la figura que refiere nuestro ordenamiento jurídico, ha llevado, por demás, a que la medida de aseguramiento contra el imputado se aleje aún más del carácter excepcional que debe caracterizarla, incurriendo con ello en una vulneración injusta y asistemática de la libertad del investigado. Son muy numerosas las imposiciones de medida de aseguramiento que por acogerse al criterio de la peligrosidad contrarían no sólo el mundo jurídico sino la fenomenología física. Esto siendo contrario a derecho. Y es por esto que proponemos que se integren elementos objetivos que deben ser tenidos en cuenta al momento de decidir si una persona representa peligro para la comunidad, para así brindar seguridad jurídica.

Palabras clave

Prisión preventiva, peligrosidad, comunidad, legalidad, objetividad, subjetividad.

Abstract

The imposition of preventive prison due appointed danger for the community, based on the conduct repetition risk criterion, has no objective bases. Therefore, it should not be applied. Although the Constitutional Court has determined that the study of crime seriousness, severity, and modality are insufficient to establish the social dangerousness of the indicted one; the legal disposition to allow deprivation of freedom under those circumstances still goes to the principle of innocence until proven otherwise, inasmuch as inaccuracy of ruling is given, lacking of the punctual elements to

1 *Este artículo es resultado de la investigación: "La legislación, jurisprudencia, doctrina y de discusiones entre los autores, llevados con enfoque crítico, con el objeto de brindar elementos que limiten la deliberada aplicación de la figura". Universidad La Gran Colombia, Armenia.*

2 *Abogado Especializado en Derecho Constitucional. Docente de La Universidad La Gran Colombia, Armenia. Colombia.*

3 *Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia, Armenia.hugoasanzabog@gmail.com. Colombia.*

remove the judicial operator from the subjective arbitration to define cases where there is dangerousness for society. The deliberate application of the figure given by the legal system has also indicated that the precautionary restraining measurement against the indicted one stays even further away from the character of exceptionality incurring into an unfair and unsystematic infringement of the indicted freedom. Numerous are the restraining measurement impositions that because of taking in the principle of dangerousness, get in opposition not only with the jurisdictional world but also with the physical phenomenology being contradictory to Law. Therefore we propose that the objective elements to be taken into account whenever a decision has to be made whether a person represents danger to the community or not, to be integrated in order to provide legal confidence.

Key words

Preventive Prison, danger, community, legality, detachment, and subjectivity.

Introducción

Es común en las lides judiciales la imposición de detención preventiva, argumentando que el imputado es peligroso para la comunidad. En algunas ocasiones se pasa por alto que el sujeto activo del delito ha perdido las posibilidades de actuar, ya porque ha perdido sus aptitudes físicas o porque los medios ya no están a su disposición. Este tipo de incidencia es común en procesos por delitos especiales, o de sujeto activo calificado.

A un observador ajeno al quehacer judicial e incluso a un curioso operador judicial neutral, la imposición de la medida en estas circunstancias podría resultarle incomprensible, porque, si la calificación del peligro que el asegurado representaba para la comunidad se basó en el riesgo de repetición de la conducta o conductas imputadas, sería evidente un error de raciocinio judicial; tratándose de delitos especiales, ninguna posibilidad por parte del investigado de acción antijurídica directa contra el bien jurídico, objeto de su tendencia delictiva.

Cabe preguntarse entonces: ¿la medida de aseguramiento impuesta bajo la causal del peligro para la sociedad, es aplicable aunque no tenga acceso y capacidad de acción antijurídica material?, ¿Es justa y cumple la finalidad de salvaguardar riesgos frente a la peligrosidad del imputado, la privación preventiva de la libertad, aunque no existe posibilidad fenomenológica de daño al bien jurídico que protege el ordenamiento jurídico?

Responder a dichos interrogantes, atendiendo estrictos intereses académicos, es el objeto principal de este artículo. Se trata entonces de vislumbrar una interpretación que integre los elementos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional con los requisitos exigidos por la ley, y soportarlos con alguna doctrina y proponer elementos que brinden certeza al momento de establecer de manera objetiva la real peligrosidad de una persona para así tener una decisión con una motivación razonada. También nos proponemos reflexionar sobre la desconfianza que genera la imposición de medidas restrictivas de la libertad bajo el equívoco criterio de la peligrosidad, especialmente en cuanto pueda atentar contra los principios de presunción de inocencia y dignidad humana.

Materiales y métodos

La peligrosidad como fundamento de la medida de aseguramiento, según la ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional: El artículo 310 del código de procedimiento penal (reformado por la ley 1453 de 2011), establece como criterios suficientes para determinar la peligrosidad de los imputados: la gravedad y la modalidad de la conducta, y, como parámetros adicionales de valoración facultativa por parte del operador judicial, los expuestos en los numerales uno a ocho del mismo artículo, a saber:

1) La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales, 2) El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos, 3) 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, 4) La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional, 5) Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas, 6) 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, 7) Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años y 8) Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

La Corte Constitucional mediante sentencia de control de constitucionalidad condicionó la exequibilidad del artículo 310 antes de la expedición de la ley 1453 de 2011, en el entendido que:

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 *ibidem*" (Sentencia C-1198 de 2008).¹

Así, entonces, según el mandato de la Corte Constitucional, para determinar la peligrosidad del imputado como criterio de imposición de medidas de aseguramiento no basta la gravedad y modalidad del delito, como dice el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, pues dichos ítems tienen que estar ligados con la inferencia razonable de autoría del delito por parte del imputado, con los criterios de necesidad que impone el artículo 308: riesgo de obstrucción a la justicia, riesgo de fuga y potencial peligro para la sociedad o para las víctimas, y con cualquiera de las situaciones que describe el propio artículo 310 en los numerales uno a cuatro⁴. Así, pues, lo que queda claro y debe quedar claro después de leer las disposiciones legales y la jurisprudencia constitucional respectiva, es que la afectación de la libertad, así como la de cualquier derecho fundamental, no puede cimentarse en presunciones, así fueren legales.

Por su parte, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal precisa que "el fiscal solicitará la imposición de medida de aseguramiento al juez de garantías indicando los elementos de conocimiento necesarios para sustentarla". Ello quiere decir que la imposición de la medida de aseguramiento demanda elementos materiales u objetivos que muestren la ocurrencia de la conducta posiblemente delictiva y que vinculen al imputado con su realización, además que sustente la razón para imponer prisión preventiva.

Una breve síntesis de lo dicho hasta el momento, sería que el criterio de peligrosidad sin elementos complementarios y elementos verificadores, es decir, como mera presunción legal, es una quimera que, por demás, se encuentra proscrita de nuestro sistema penal.

La peligrosidad como riesgo real contra el bien jurídico

González Navarro, en cuanto a los requerimientos legales para imponer medida de aseguramiento al imputado, afirma:

Para su adopción deben concurrir dos presupuestos.

1. El *fumusboni iuris*, esto es, la existencia de indicios racionales de la comisión de una nueva acción delictiva.
2. La *periculum in mora*, que debe integrarse con la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de esta medida, tal como evitar el riesgo de sustracción a la acción de la justicia." (González, A. L., 2009:238).²

De ello resulta que es necesario, para la imposición de la medida de aseguramiento fundamentada en la causal de peligro para la sociedad, que existan indicios racionales de reiteración delictiva, no obliga a la necesidad de una prueba directa, porque aún no existe la conducta dañosa.

Por indicio se entiende, según el Doctor Jairo Parra Quijano: "un hecho del cual se infiere otro desconocido" (Quijano, 2006:259).³ Es decir, debe existir un hecho probado para poder deducir otro que es incógnito. Los indicios útiles para afirmar que una persona representa peligro, generalmente están basados en el comportamiento del procesado, y a nuestro criterio tienen que soportarse con la posibilidad real de que el enjuiciado tenga, o pueda tener, inmediatez con el bien jurídico afectado y, además, capacidad de afectarlo e intención (*animus*).

Sin los elementos anteriores de inmediatez, capacidad e intención, no puede tenerse la peligrosidad como criterio para imponer una medida de aseguramiento, pues en esas circunstancias no hay posibilidad de construcción de los indicios necesarios

para determinar razonablemente la existencia de peligro. Y si la medida de aseguramiento se impusiera sin el cumplimiento de dichos requisitos, no cumpliría el fin de salvaguardar a la comunidad del peligro que representa el procesado, pues el peligro para la sociedad no existiría. La medida sería inconstitucional e ilegal porque no cumpliría la finalidad constitucional de salvaguardar a la comunidad.

Es común que los fiscales soliciten medidas de aseguramiento cimentadas en la peligrosidad, sin aportar elementos de conocimiento que permitan afirmar siquiera que el sujeto tiene acceso y capacidad de daño al bien jurídico, volviendo así al sustento de peligro en una mera ilusión, en una verdadera presunción. Los elementos de la capacidad, intermediación e intención de acción antijurídica son indispensables para limitar las interpretaciones que permite el indicio, siendo este el único elemento que sirve para afirmar peligro para la comunidad, por la razón expuesta, y así evitar errores en el raciocinio judicial. La importancia de los medios de conocimiento radica en que el derecho penal se aplica sobre supuestos reales y no a situaciones imaginarias, irreales o fuera del mundo físico.

Desarrollando el tema de la intermediación y capacidad del procesado para lesionar o poner en peligro el bien jurídico, podemos afirmar que el mundo causal nos indica que para que exista la posibilidad de agresión de un bien jurídico es necesario el acceso, la capacidad y el animus para agredirlo, entonces es indispensable la presencia de estas situaciones para dar cumplimiento a ese elemento objetivo tan característico de nuestro sistema.

El acceso o intermediación, se refiere a que el sujeto activo cuente con la posibilidad real de acceder o tener intermediación con el bien jurídico. Puede darse la falta de intermediación por inexistencia material del bien jurídico (el enemigo ha muerto) o por imposibilidad de acercamiento (tumbar la luna con una piedra), la real intermediación puede darse, por ejemplo: en el caso de quien es acusado de abuso de autoridad y ostenta actualmente el cargo de cuyas facultades abusó. En el caso propuesto, es claro que el sujeto tiene acceso a la administración pública. De otra parte, la capacidad hace referencia a que el imputado se encuentre en condiciones de salud física y mental para agredir de nuevo el bien jurídico.

Y finalmente, el animus, que es la intención o propósito que tiene el procesado de aprovecharse de esa intermediación y capacidad con el bien, para lesionarlo o colocarlo en peligro, la prueba de este es mediante los indicios, que pueden ser, los comportamientos del sujeto llamado a soportarla.

De lo anterior, se concluye que para dar cumplimiento a los medios de conocimiento exigidos por el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, se propone como necesario demostrar que el procesado tenga intermediación y capacidad de agredir el

bien jurídico, lo anterior como presupuesto para examinar el tercer elemento que es el animus o la intención. El estudio del animus se hace por medio de los indicios que generan los comportamientos del sujeto y la razón de éste es por la imposibilidad de allegar elementos materiales probatorios que permitan afirmar que se va a cometer el delito, porque no es presente sino futuro, por lo tanto, no queda de otra salida que el cuidadoso estudio que se debe hacer del comportamiento del procesado.

Con base en los anteriores argumentos, la imposición de medida de aseguramiento sustentado por la mera creencia de peligrosidad para la comunidad por posible reiteración de conductas, sin el sustento material de acceso y capacidad de agresión y animus, atenta contra el derecho a la libertad, la presunción de inocencia y la legalidad, pues en ningún caso en que no se tenga acceso o capacidad para agredir al bien jurídico, y se afirme que existe peligro, se convertiría en una afirmación ilusoria y arbitraria, decisión que como ya se ha dicho está fuera de contexto de las finalidades a las que está llamada a cumplir la medida de aseguramiento. Igual conclusión procede en el caso de inexistencia del animus.

Todo indica que una medida de aseguramiento impuesta en las anteriores circunstancias, no cuenta con el raciocinio correcto, porque no se encuentra siquiera acorde con el mundo físico, siendo ineludible que el raciocinio parta y esté conforme con este, así dando cumplimiento a la exigencia la motivación razonable en las decisiones judiciales y de que el peligro tiene que ser real, tal como lo afirma el Doctor González Navarro: "Al evaluar el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, los órganos judiciales deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real." (2009:230)⁴

La significación de la palabra "real" según el diccionario de la Real Academia Española, es la de un adjetivo que determina a aquello que tiene existencia verdadera y efectiva. Cualquier construcción que se haga para afectar bienes fundamentales sin agotar los requisitos de la ponderación y el principio de proporcionalidad, y sin contar con elementos objetivos para justificar el desmedro, no es más que artificiosa y subjetiva, es decir, contrario a la realidad, una mera presunción. La ley que autorice las presunciones en esta materia o que las justifique, indiscutiblemente viola la presunción de inocencia y desconoce su dignidad humana que ampara a toda persona según mandato constitucional expreso.

Lo anterior se encuentra fundamentado en que nadie tiene obligación de soportar decisiones judiciales de índole penal cimentadas en el subjetivismo desbordado del mundo fenomenológico y, mucho menos, leyes que presuman la responsabilidad penal o la peligrosidad, pues por encima de ellas siempre estará la presunción de inocencia cuyo arraigo universal y constitucional la convierte en baluarte de la humanidad.

La subjetividad del juicio sobre la gravedad de una conducta

Con respecto al estudio de la gravedad de la conducta consideramos que es muy difícil salirse del juicio subjetivo, porque en principio todo delito es por naturaleza conducta grave y, bajo el presupuesto de que el derecho penal es la última ratio, ha de reconocerse que toda conducta que constituya objeto de imputación penal es por naturaleza grave. Dicha gravedad, es ya de por sí extrema, cuando se trata de delitos que ameriten imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Por lo tanto, el juicio del operador judicial no puede ser más que subjetivo, pues la ley ya tiene agotadas las consideraciones objetivas para calificar una conducta como grave por el hecho de incluirla como una conducta objeto de juicio penal. Son criterios objetivos para determinar una conducta penal como grave; el monto de la pena, el bien jurídico afectado, la posición del autor, cualidades del sujeto activo y pasivo etc., todos ellos han sido tenidos en cuenta por la ley al señalar las conductas por las que procede la acción penal, por lo tanto lo que le queda por saber al operador judicial es si el autor de la conducta penal que se estima grave es realmente peligroso para la comunidad, por la eventual reiteración delictiva.

La subjetividad en el juicio sobre modalidad de la conducta

En cuanto a la modalidad de la conducta, puede decirse tanto como se ha dicho para el caso de la gravedad. Tratándose de conductas dolosas, las cuales revisten mayor gravedad, carecen de juicio objetivo para establecer la peligrosidad que representa el sujeto, pues tal criterio no guarda concordancia con un juicio lógico que nos permita inferir que seguirá cometiendo delitos.

Una aplicación sobre medida de aseguramiento cimentada en la peligrosidad sin justificación razonable sobre conducta dolosa, a modo de ejemplo; Pedro Pérez, se le imputa el delito de peculado por apropiación, conducta que desplegó durante su desempeño como alcalde de un municipio. En el momento en que se le imputó cargos la fiscalía solicita medida de aseguramiento por considerarlo peligroso para la sociedad, a pesar de que este dejó de ser alcalde hace dos (2) años. En este ejemplo aunque esta haya sido realizada en su modalidad dolosa, no se puede ocultar que si el delito se cometió por razón del desempeño del cargo público, la posibilidad de delinquir desaparece cuando este pierde las cualidades de servidor público. La ambigüedad del criterio denominado modalidad de la conducta, resulta incapaz de predecir conductas típicas futuras, dejando la calificación de afirmar peligrosidad al Juez.

En cuanto a las circunstancias que enumera el artículo 310

Seguidamente realizaremos un breve análisis de aquellos numerales del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, análisis que se hace forzoso por orden de la Corte Constitucional la cual aseveró que su análisis se hace necesario para argumentar la peligrosidad.

El numeral primero del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal dice; "1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales." En cuanto a este numeral afirmamos, que si bien este se tiene en cuenta, su aplicación debe ser cuidadosa, de no ser así, no nos brindaría la seguridad que buscamos para afirmar la existencia del peligro que representa el procesado para la sociedad y se dejaría esta decisión al subjetivismo judicial; en cuanto a la aplicación proponemos la siguiente: para hablar de delito, es necesario que un Juez declare la existencia de este y la responsabilidad del acusado, para esto es imperativo seguir los rituales del Código de Procedimiento Penal, por lo tanto para que un fiscal pueda señalar con certeza que existe continuación de la actividad delictiva, es necesario que allegue una sentencia ejecutoriada, de lo contrario, si aceptáramos que bastará con la presentación de elementos materiales probatorios en audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, no estaríamos hablando de delito sino de una probabilidad de delito, entonces se estaría dando por hecho la existencia de un delito, sin si quiera darle las oportunidades para defenderse de dicha acusación. Por lo tanto, en el presupuesto en que el fiscal presente en audiencia solo elementos materiales probatorios para demostrar la continuación delictiva, sin sentencia que dé certeza sobre la existencia de conducta delictiva, no es un medio preciso para afirmar que represente peligro para la sociedad porque solo estaría encaminado a demostrar conductas con aparente carácter de delito y la norma exige que demuestre delito, así dejando al arbitrio judicial la decisión, en nuestro concepto bajo los presupuestos de inexistencia de sentencia, no debería de darse por cumplida esta circunstancia.

Por otra parte, recordemos que la finalidad del peligro para la comunidad es salvaguardar la sociedad, entonces si el sujeto ya finalizó la materialización de la conducta delictiva, se pregunta, ¿Estaría salvaguardando a la comunidad de un peligro o estaría en esta etapa cumpliendo un fin de la pena? La respuesta, sin duda alguna, sería que estaría cumpliendo fin de la pena, porque se estaría privando de la libertad por una conducta cometida, mas no se centraría el debate hacia la predicción de conductas futuras y se estaría presumiendo la repetitividad de conductas delictivas. En cuanto a la segunda parte que indica sobre la probable vinculación con organizaciones criminales, afirmamos vehementemente que es una norma inconstitucional, toda vez que está dando cabida a una presunción, porque la norma exige la probable vinculación y para dar por sentado que el procesado se encuentra vinculado en una organización criminal, situación que sacrifica de una manera salvaje la presunción de inocencia, reemplazándola por una presunción de culpabilidad, además de otros valores como; el buen nombre. Por tener similitud el numeral primero con la circunstancia del numeral octavo del artículo 310, se tratará de una vez; pero hay una diferencia que es importante recalcarla. El numeral octavo es el siguiente; "8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada". En este numeral exige que hagan parte o pertenezcan, es decir, no exige probabilidad, sino certeza, totalmente acorde con nuestro ordenamiento, pero

para su aplicación y darla por sentada es necesario que se allegue con elementos objetivos que la motiven, no se requiere de sentencia que afirme que el sujeto está adscrito a un grupo de delincuencia organizada. Aunque existe cierta subjetividad esta se encuentra soportada por elementos objetivos que permiten dar certeza de la vinculación a la organización criminal. Recordemos que las organizaciones criminales tiene objetivos de alcanzar sus intereses personales (poder y dinero) por medio de la ejecución de conductas contrarias a la legislación. Por lo tanto sería cierto el peligro que corre la sociedad con los integrantes de estas organizaciones.

Así mismo, el numeral segundo del mismo artículo dice; "2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos." En cuanto a este numeral procede igual crítica a la que se hizo sobre la gravedad y modalidad de la conducta, porque resulta que en este numeral el legislador igualmente deja al arbitrio del operador judicial la decisión de la aseveración del peligro para la sociedad, ya que éste no es criterio objetivo para establecer el peligro que representa el procesado, el número de delitos y su naturaleza no son elementos para predecir peligro, por ejemplo; si un ex servidor público en el momento en que ostentaba dicha cualidad realizó conductas constitutivas de prevaricato por acción y abuso de autoridad a pesar de ser un número plural de delitos este no es indicativo de que el sujeto llamado a soportar la acción penal vaya a ejecutar conductas delictivas, y menos aún si este no tiene inmediatez ni capacidad de daño con el bien jurídico objeto de su tendencia delictiva o en el caso de quien le hurta una medicina para el bienestar de una persona, igualmente es una conducta dolosa pero que la repetición de esta es prácticamente nula que se dé.

Seguidamente, el numeral tercero dice; "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." La parte subrayada fue declarada inexecutable en la sentencia 121 de 2012, M.P Luis Ernesto Vargas Silva. El evaluar como parámetro para determinar si existe peligro para la comunidad, el hecho de que el acusado esté disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad es ineficaz para predecir peligro para la comunidad, además una sentencia que tiene carácter de cosa juzgada no tiene por qué afectar otro proceso en camino y pueda ser tenida en cuenta para la imposición de la medida de aseguramiento por darse por sentada la peligrosidad, así dejando al arbitrio judicial la decisión de quienes considera peligrosos.

Más adelante, el numeral quinto, reza; "5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas." Esta circunstancia que el Juez puede valorar, al igual que hemos afirmado de las demás, la encontramos subjetiva, por la misma razón al cual reiteramos, se estaría presumiendo conductas futuras y por ende peligro para la sociedad, el uso de armas de fuego o armas blancas. Es irrefutable que cuando una persona que utilice armas que le brindan cierta ventaja y mayor posibilidad de

perpetrar el delito, es una conducta peligrosa, mas no indica que la persona sea peligrosa para la sociedad y proclive al delito, se puede dar el caso de quien hurta con arma de fuego para conseguir una medicina para evitar la muerte de un pariente. Esta causal nos enseña que el derecho penal Colombiano, está influenciado por el derecho penal del enemigo, proclamado por GuntherJakobs, el hecho de que se evalúe el modus operandi de una persona al cometer una conducta delictiva, indirectamente se busca una clasificación, para diferenciar quienes son considerados enemigos y quienes son apreciados ciudadanos y una vez identificados la clase de personas que ocupan nuestro territorio, se le dan tratos diferentes, por lo tanto en el derecho penal del enemigo, se busca minimizar las garantías procesales, así minimizando las garantías a que tienen derecho quienes cometen delitos con armas de fuego, sin exigir la norma un estudio real y ponderado sobre las futuras posibilidades de reiteración delictiva. En el caso que nos ocupa se clasifica enemigo quien utilice armas de fuego o armas blancas, una vez se constate la existencia de estos elementos, el Juez podrá tener en cuenta esta causal y podrá considerarlo peligroso para la sociedad, aunque el presunto responsable no represente un real peligro para la sociedad. Igual crítica le procede al numeral seis.

Por su parte, el numeral séptimo, indica: "Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años." En estos casos cuando un sujeto consume un acto abusivo con menor de 14 años, no se puede predicar que reiterará su conducta a ciencia cierta con la mera evaluación de que abusó sexualmente de un menor, sino que es necesario observar otros ítems reseñados por los estudios psicológicos que nos permitan inferir que existe gran posibilidad de reiteración delictiva, (tales como; si el delito fue violento, si al ejecutar la conducta delictiva se presentaron acciones anormales, si es el autor y ha reincidido en conducta delictiva, si existen psicopatologías, si no comprende su actitud criminosa y no busca ser ayudado, si el abusador no tiene ánimo de controlar la conducta sexual delictiva y sus actuaciones son producto de impulsos, si su vida se desarrolla en un medio social hostil. (Romi, 2010)⁵. Así podremos afirmar que existe un gran margen de posibilidad de reiteración de su conducta, Por tratarse de menores de 14 años, una vez comprobada, la capacidad e intermediación del acusado con personas menores, situación que prácticamente es una causal general y casi automática, porque en el caso de posible intermediación, los menores de edad, tienen libertad de locomoción; por lo tanto, con el hecho de estar en libertad ya existiría la intermediación, por lo tanto, solo en este caso, bastaría con la demostración de capacidad de reiterar conductas antijurídicas para tener en cuenta esta causal, a pesar de su subjetividad esta se justifica en los estudios psicológicos.

En síntesis, el juicio que un operador judicial colombiano puede hacer para imponer medida de aseguramiento con base en el criterio de peligrosidad para la comunidad, no cuenta con recursos objetivos, sino subjetivos. Todo ello agrava la situación del

procesado porque se encuentra ajustado a la ley, la medida de aseguramiento con base en presunciones que se encuentran desterradas de los sistemas penales modernos, aunque la opinión pública solicite "tratos ejemplarizantes" por la ejecución de delitos, ya a pesar de que sea indignante dichos comportamientos, las autoridades judiciales al momento de aplicar la Ley, no pueden olvidar los parámetros de justicia.

Las circunstancias del artículo 310 de la Ley 906 de 2004, no dan seguridad al momento de afirmar si el investigado se considera peligroso, salvo el numeral ocho; por la razón expuesta; las organizaciones criminales, buscan satisfacer intereses particulares mediante la ejecución de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, por lo tanto, su vinculación a una de estas, es suficiente como presupuesto para ser considerado peligroso, las demás circunstancias sirven como vértice para perfilar la personalidad del investigado.

En resumen, la interpretación que proponemos al momento de decidir la peligrosidad de un sujeto, es la siguiente; primero se debe dar una inferencia razonable de que el procesado es el posible autor del delito, materia de investigación. Seguidamente se realiza el estudio de la finalidad del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el eventual peligro que representa para la sociedad y en este estudio para limitar tal subjetividad, se hace necesaria la verificación de la existencia de inmediatez, capacidad de daño contra el bien jurídico. Establecido dichos elementos objetivos se inicia el estudio de la intención (animus) y de las circunstancias del artículo 310.

La peligrosidad en los derechos humanos

Es muy dicente que la normativa penal internacional, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, no incluyan como criterio para imposición de medida de aseguramiento el de la peligrosidad del investigado. La ausencia de la peligrosidad como criterio para imposición de medidas de aseguramiento, está relacionada, en primer lugar, con la abolición de cualquier forma de peligrosismo en los sistemas penales y, en segundo lugar, con la desconfianza que el juicio de peligrosidad despierta, pues no hay parámetros seguros para impedir que tal determinación no se afecte por consideraciones subjetivas.

La validez de las teorías peligrosistas

Las teorías peligrosistas, están siendo paulatinamente desalojadas de los sistemas penales actuales en procura de humanizar el procedimiento y hacerlo más objetivo, acorde con la realidad del mundo físico, brindando seguridad jurídica y prevalencia al principio de la presunción de inocencia que se ve vulnerado al existir situaciones como presunciones de culpabilidad, como es el caso del fin aquí tratado de la medida de aseguramiento, puesto que en los delitos graves, la ley permite que con

los elementos de conocimiento se puedan presumir o inferir, que es el autor de estos delitos para imponer medida, sin ser estos aun debatidos en juicio oral. La erradicación del peligrosismo es resultado de la evolución del derecho penal que trata de suprimir decisiones basadas en el pasado derecho penal de autor, que priva la libertad de las personas en razón a su idiosincrasia. Y es con base a esa desconfianza que genera la finalidad de la medida cautelar de salvaguardar a la comunidad por el peligro que representa el procesado, que en distintas normatividades internacionales se admite solo la imposición de la medida bajo los supuestos de los peligros procesales entre estos, está: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y la Convención Americana sobre Derechos humanos. Desconfianza naciente de esta figura que siempre da cabida a la posibilidad de que se encierre a una persona que no representa peligro para la sociedad por la falta de precisión e imposibilidad de establecer con seguridad el peligro que representa el procesado para la sociedad, y que tal vez sea posiblemente absuelta en juicio, viéndose así violentada su inocencia, recayendo en una persona inocente, a pesar de esto la sociedad le obliga a soportar tal medida encerrándola frívolamente.

Conclusiones

De las anteriores argumentaciones expuestas se concluye:

- La decisión para imponer medida de aseguramiento a un procesado, bajo la justificación de que representa peligro para la sociedad, debe que estar motivada por medios de conocimiento, es decir, no puede la decisión estar cimentada sólo con elementos subjetivos, es necesario darle publicidad por medio de elementos palpables. Así limitando el amplio espectro que permite la norma.
- Si bien, la norma no indica con precisión los elementos objetivos que delimiten el amplio margen de arbitrio por parte del juez, sino que se limita a indicar que son necesarios los medios de conocimiento. Por lo tanto, se hace necesario la exigencia de inmediación y capacidad que tiene el procesado para dañar el bien jurídico, esto como presupuesto para evaluar el animus o intención, para así minimizar el subjetivismo por parte del Juez.
- A pesar de integrar las recomendaciones anteriormente dadas, sigue persistiendo la duda sobre la seguridad de esta figura. porque se pretende privar de la libertad a una persona por el peligro que representa para la sociedad, contrariando los postulados del derecho penal de acto, al cual se encuentra circunscrita nuestra legislación. En segundo lugar, es imposible salir del juicio subjetivo, porque se trata de aplicar medida de aseguramiento para evitar comportamientos delictivos futuros, comportamientos futuros que se le señalan a una persona, esto siendo evidentemente violatorio del principio de la presunción de inocencia, en el sentido, de que no se estaría tratando como inocente, sino como responsable del ilícito.

Referencias bibliográficas

- (1) Corte Constitucional. Sentencia C-1198 de 2008. M.P Nilson Pinilla Pinilla.
- (2) González, A. (2009). La Detención Preventiva en el Proceso Penal Acusatorio. Bogotá:Ed. Leyer.
- (3) Quijano, J. (2006). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Ed. Librería de Ediciones el Profesional Ltda.
- (4) Ídem.
- (5) Romí, J. (2011) Reflexiones sobre la conducta sexual delictiva.Consultado el 16 de marzo de 2011. En:<http://medicinaforenseperu.org/media/documentos/20100216175039.pdf>
- (6) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9 (241).
- (7) Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 7, numeral 5.