

El proceso penal ante la inseguridad sentida. Límites y elementos para una propuesta dogmática procesal penal restrictiva del peligrosismo

Criminal Proceedings In the Face of Sensed Insecurity.
Limits and Elements for a Dogmatic Criminal Procedure
Proposal that Restricts the Dangerousness Doctrine

JOHN ZULUAGA TABORDA*

Universidad Nacional de Colombia (Colombia)

PABLO GALAIN PALERMO**

Universidad Andrés Bello (Chile)

Resumen: En este estudio se problematiza la forma como la investigación penal se ha hecho funcional a las estrategias de gestión de la *inseguridad sentida* que se expresa en sensaciones de riesgo, peligro, incertidumbre o miedo. En el entendido de que el sistema penal valida expectativas de seguridad que toman cuerpo especialmente en las racionalidades policiacas y judiciales, se trata de establecer cómo esta orientación securitaria se expresa en los procesos de construcción de sospechas penales; es decir, cómo influye en los juicios de probabilidad de autoría y participación en los que se sustentan estándares probatorios y que habilitan muchas medidas investigativas, restrictivas de derechos fundamentales. A los fines de comprender esta correlación, se hace una aproximación a la forma en que las políticas de seguridad determinan el discurso y la praxis penal. A partir de ello, se trata de sugerir algunos estándares para la definición de probabilidades inculpatorias que podrían contribuir a la restricción de las justificaciones peligrosistas de muchas prácticas investigativas. Finalmente, como el resultado, se ofrecen límites y elementos para una propuesta dogmática procesal penal restrictiva del peligrosismo.

Palabras clave: Derecho penal, riesgo, inseguridad ciudadana, peligrosidad, investigación penal, sospecha, autoría y participación, sistema acusatorio, derechos fundamentales.

Abstract: This article problematizes the way in which criminal investigation has become functional to the strategies for managing the *felt insecurity* that is expressed in sensations of risk, danger, uncertainty or fear. In the understanding that the penal system validates security expectations that take

* Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Exprofesor-investigador de la Universidad Andrés Bello (Chile). Doctor en Derecho (Dr. iur.) y Master of Laws (LL.M.) por la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Código ORCID: 0000-0003-1675-8791. Correo electrónico: info@jzuluaga.de

** Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Doctor europeo en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) e investigador de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (Uruguay). Exbecario Marie Curie, DAAD y Max Planck Institut (Alemania). Código ORCID: 0000-0002-8283-9939. Correo electrónico: pablo.galain@unab.cl

shape especially in police and judicial rationalities, the aim is to establish how this security orientation is expressed in the processes of construction of criminal suspicions, *i.e.*, how it influences the judgments of probability of authorship and participation that enable many investigative measures, restrictive of fundamental rights. In order to understand this correlation, an approach is made to the way in which security policies determine criminal discourse and praxis. From this, we try to suggest some standards for the definition of inculpatory probabilities that could contribute to the restriction of the dangerous justifications of many investigative practices. As a result, limits and elements for a restrictive criminal procedural dogmatic proposal of dangerousness are offered.

Keywords: Criminal law, risk, citizen insecurity, dangerousness, criminal investigation, suspicion, authorship and participation, accusatory system, fundamental rights

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DEL PROBLEMA DE LA INSEGURIDAD SENTIDA Y SU TRATAMIENTO PENAL.- II.1. SOBRE LA (IN)SEGURIDAD POSINDUSTRIAL.- II.2. EL SISTEMA PENAL ANTE EL RIESGO.- III. EL CASO COLOMBIANO COMO EJEMPLO DEL CONTROL DE LA INSEGURIDAD SENTIDA.- IV. TOMA DE POSICIÓN.- V. EL PROCESO PENAL Y LAS GESTIONES SECURITARIAS: EL CASO COLOMBIANO COMO EJEMPLO PARADIGMÁTICO.- V.1. LA SOSPECHA COMO EJE RECONSTRUCTIVO DE LA INSEGURIDAD.- V.1.1. DE LOS PRONÓSTICOS DE PARTICIPACIÓN EN UN HECHO PUNIBLE.- V.1.2. LOS JUICIOS DE PROBABILIDAD DE ORIENTACIÓN PREVENTIVA: UN EJEMPLO PARADIGMÁTICO.- V.2. LÍMITES Y ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA SOBRE UNA DOGMÁTICA PROCESAL PENAL RESTRICTIVA DEL PELIGROSISMO.- V.2.1. LÍMITES A LOS JUICIOS DE PROBABILIDAD RETROPECTIVOS O PROSPECTIVOS.- VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, se reconoce que el sistema penal ha sido objeto de una matización securitista. Con la securitización se da cuenta de un «proceso discursivo por el cual un cierto objeto de referencia es declarado en peligro y necesitado de protección mediante el sistema penal o parapenal [...] y se persuade a la sociedad de ello» (Böhm, 2016, p. 182). En esa medida, se trata de una orientación de las reacciones jurídico-penales para el trámite y contención de inseguridades sentidas que toman cuerpo por medio de percepciones de riesgo, peligro, incertidumbres, miedos, etc. (pp. 173 y ss.). Con esto se devela una de las orientaciones más expresivas de la política criminal contemporánea. Algunos ven en ello el correlato de ciertas tendencias político-criminales, como la «expansión del Derecho penal» (Silva Sánchez, 2001), y para otros corresponde a una «modernización del Derecho penal» (Gracia, 2003). Para la criminología, además, se trata de la creación de un nuevo

mercado de la seguridad privada (Kessler, 2009). Lo cierto es que, en este nuevo escenario, las cláusulas en las que se anclan las garantías penales y procesales penales pasan a ser redimensionadas. Lo que ha terminado instaurándose es un trámite discursivo contra la inseguridad por medio de un modelo de derecho penal reactivo al «riesgo» (Mendoza, 2001; Prittitz, 2021, pp. 289 y ss.) o al miedo a ser víctima de un delito (Kessler, 2009). Entre muchas de las consecuencias políticas de este fenómeno se encuentra el redireccionamiento de los recursos e intereses fiscales hacia lo punitivo, un poder ejecutivo más autoritario, un poder legislativo activo solo para sancionar nuevas leyes de tipo securitario (sin el correspondiente presupuesto para garantizar su efectividad) y un poder judicial menos garantista, como se refleja en el constante aumento del número de presos (Fair & Walmsley, 2024).

A la maniobrabilidad de sensaciones ciudadanas vía el derecho penal no han sido ajenos los cursos del derecho procesal penal y las prácticas judiciales que lo realizan (Díez Ripollés, 2017; Horvitz, 2012, pp. 99 y ss.; Luneke & Trebilcock, 2023, pp. 352 y ss.; Obando, 2009; Pásara, 2010, pp. 55 y ss.; Vives Antón, 2019, pp. 31-36). Al respecto, se alude a intensidades diferenciadas del proceso penal que van desde flexibilizaciones propias de esquemas de proceso y sanción no penales (segunda velocidad) hasta llegar a una amplia relajación de las garantías a nivel penal y procesal (tercera velocidad) (Jiménez, 2014; Silva Sánchez, 2001, pp. 159 y ss.). Los «esquemas de flexibilización» tienen unas expresiones procedimentales tendientes, entre otras cosas, a la restricción de los principios propios del debido proceso, a la relativización tanto de las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba como de la injerencia en los derechos fundamentales (Gracia, 2005), a la ampliación de facultades policiales, a la normalización de la detención preventiva o a la puesta en marcha de procesos penales especiales para la confrontación de los sospechosos (Böhm, 2016, p. 188; Ferrajoli, 2004, pp. 763 y ss.).

En este marco, el proceso penal se ha hecho un instrumento funcional a la política criminal que coadyuva con la gestión de la inseguridad sentida. Sumado al adelantamiento de las barreras del poder punitivo, en el proceso penal toma cuerpo la confrontación del riesgo y la inseguridad por medio de la selección e intervención de sospechosos, peligrosos o enemigos (Díez Ripollés, 2017; Jakobs, 2003; Maqueda, 2003, p. 11; Muñoz Conde, 2003). Al respecto, las críticas frente a algunos aspectos propios de estas nuevas intensidades procesales penales han sido amplias, especialmente por su forma de coadyuvar a la anticipación de la tutela penal a través de la criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico (Jakobs, 1997, pp. 293 y ss.).

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

El problema es que muchas veces ese arsenal normativo apunta a la persecución de eslabones bajos de las organizaciones y redes criminales, así como a sujetos con «perfils sospechosos» por cuestiones de raza, etnia o apariencia (Eastwood *et al.*, 2013; Harris, 2017; Waddington *et al.*, 2004). De esta forma, en muchas ocasiones la selectividad de los enemigos y la percepción del riesgo obedece a decisiones de tipo economicista de las fiscalías públicas, movidas por el objetivo de una rápida imputación mediante negociaciones en procesos abreviados (Galain, 2021). Muy diciente de esta orientación resulta el especial protagonismo que han tomado las funciones policiales cautelares y preventivas a través de medidas *ante o extra-delictum* aplicadas *ante o extra-iudicium* fundadas esencialmente en criterios de una defensa social (Ferrajoli, 1998, p. 4) dirigida, sin embargo, contra los sujetos que ejercen violencia, pero que cuentan con menor poder de decisión y mando en muchas estructuras criminales.

De esa manera, el proceso penal se suma a un arsenal de dispositivos del sistema penal, «en la actualidad principalmente comunicativos, que explotan el potencial simbólico y emocional del delito y su castigo» (Cigüela, 2020, p. 4), pero que no cumplen con las expectativas de eficacia y eficiencia necesarias para gestionar las sensaciones públicas de inseguridad al delito. El imaginario colectivo, al igual que los programas de inteligencia artificial que reaccionan a la solicitud de crear imágenes de un delincuente con base en el estereotipo judicial del hombre joven, pobre, de color, de bajo estrato social y sin educación, sigue pensando en una delincuencia básica que opera mediante violencia (O'Neil, 2016). De esta forma, se desconoce que la magnitud del peligro y la gravedad del daño social hoy provienen de otro tipo de autores, más cercanos a la criminalidad descrita a mediados del siglo pasado por Sutherland (criminalidad de cuello blanco) o a otros sujetos relacionados con el poder y la corrupción (Olasolo & Galain, 2024), para quienes se ha desarrollado otro sistema de prevención, imputación y sanción basado en la autorregulación y el cumplimiento de reglas de buen comportamiento (Bacigalupo, 2022; Nieto, 2023).

Muy diciente de esta tendencia es el caso colombiano, donde la defensa del orden y la seguridad también se han reivindicado a través de reformas procesales penales. De esto resulta muy expresivo no solo el otrora derecho penal de excepción (Pérez *et al.*, 1997), sino ahora, también, la evolución del sistema penal acusatorio, especialmente en lo que respecta a la injerencia en los derechos fundamentales de los imputados o acusados en el proceso. Entre otras, una de las constancias más sensibles de esto se encuentra en el régimen de libertad del actual sistema procesal penal configurado a partir de la Ley 906 de 2004 (en adelante, CPP) y de la mano de decisiones legislativas dirigidas a

aumentar las causales de captura en flagrancia, otorgar facultades a la víctima para solicitar las medidas de aseguramiento, extender los términos definidos por la ley para tener derecho a la libertad intraprocesal, ampliar los criterios que abarcan los fines de las medidas de aseguramiento, aumentar los mínimos punitivos de los delitos [...], etc. (Posada, 2024, p. 735).

Adicional a lo anterior, la restricción de la libertad resulta aún más sensiblemente sometida por las indignantes condiciones de detención en los centros penitenciarios, cárceles o centros de detención transitoria, dentro de los cuales se ha reconocido un estado de cosas inconstitucional (ECI) (Hernández, 2018; Huertas *et al.*, 2019; Mendieta & Gómez, 2022).

A propósito de los cursos securitistas del sistema penal y de su sensible impacto en los derechos fundamentales del perseguido penalmente, en el presente trabajo se intenta establecer cómo puede lograrse una mejor cualificación de los estándares legales que habilitan facultades coactivas y de injerencia en los derechos fundamentales del imputado, pensando ello como una forma de contrarrestar la racionalidad peligrosista en la investigación penal. A esos fines, se analiza el modelo procesal penal colombiano orientado por la Ley 906 de 2004 y se parte de entender cómo este se ha hecho connivente de la administración de sensaciones ciudadanas frente al peligro, el riesgo o la inseguridad. En esa medida, una interpretación más estricta de los juicios de probabilidad de autoría y participación reclamados por el CPP para autorizar medidas investigativas como la infiltración de organización criminal, la vigilancia de cosas y personas, y el decreto de una medida de aseguramiento, entre otras, puede mitigar los juicios predictivos de peligrosidad fundados en criterios de defensa social que se reproducen con las decisiones sobre estas medidas basadas en la misma legislación procesal penal colombiana.

A este propósito, primero, se explora el trasfondo de la inseguridad sentida como correlato de la sociedad de riesgo. Segundo, se identifican las principales modalidades de trámite del riesgo por medio del sistema penal. Tercero, se trata de exemplificar cómo ha sido la recepción de esta tendencia político-criminal en el caso colombiano y se realiza una valoración crítica de la discusión para enlazar su expresión procesal penal. Cuarto, se identifican las manifestaciones securitistas en el ámbito del sistema procesal penal acusatorio colombiano. Con ello, se delimita una propuesta de carácter teórico-procesal para concebir una racionalidad más restrictiva de las cláusulas de injerencia en derechos fundamentales basadas en el peligrosismo como elemento legitimador de la política criminal intervencionista y limitadora de derechos y garantías, con especial referencia a la cualificación que deberían tener los denominados «motivos razonablemente fundados» para tal propósito. Finalmente, se hace un balance a manera de conclusión.

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSISMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

El presente estudio logra su realización por medio de la delimitación de fuentes doctrinales y normativas de derecho comparado a partir de las cuales se identifican los presupuestos de los juicios de probabilidad inculpatorios en el sistema penal acusatorio colombiano y se contrastan con las justificaciones legales que inspiran la práctica judicial (método comparativo). Con las delimitaciones conceptuales, se valoran los fundamentos legales para la autorización de medidas investigativas y la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano, con especial referencia a medidas confrontativas de la criminalidad organizada (*análisis de lege data*). Sobre esa base, se intenta un planteamiento de criterios que limiten de forma más estricta el proceso de decisión que autoriza la afectación judicial de tales derechos (*análisis de lege ferenda*). Esta investigación, de carácter cualitativo, resulta relevante toda vez que el proceso penal es el reflejo de las gramáticas político-criminales en las que se enmarca el sistema penal colombiano, cuyas intensidades siempre se expresan e impactan especialmente al imputado penalmente. Como resultado, se espera una delimitación de los presupuestos teórico-constitucionales y lógico-cognitivos que permita una lectura más cualificada de los motivos fundados como presupuesto de restricción de aquellas racionalidades fundadas en juicios peligrosistas durante la investigación penal.

II. DEL PROBLEMA DE LA INSEGURIDAD SENTIDA Y SU TRATAMIENTO PENAL

II.1. Sobre la (in)seguridad posindustrial

El imaginario de seguridad, certeza y protección del que disponía el ser humano moderno, y que garantizaba el derecho penal diseñado dentro de los postulados liberales, entró en crisis. En tanto la ciencia positiva, la sociedad de trabajo y el Estado nación han sido incapaces de controlar el discurso del riesgo, resulta en parte explicable la erosión de aquella conciencia moderna de poder dominar lo incontrolable (Bauman, 2002, p. 28). El estado crítico de la denominada *Sicherheit* (seguridad) tiene una repercusión directa en el deterioro de la certidumbre y el fomento de nuevas impresiones de fragilidad e impotencia frente a retos existenciales, a lo cual aquí nos referiremos como la «inseguridad sentida» (Bauman, 2008, pp. 33 y ss.). Se trata del impacto en el estado afectivo por medio de una sensación de vulnerabilidad, amenaza o incertidumbre que un ciudadano experimenta, especialmente en razón del seguimiento y confrontación a múltiples formas de afectaciones a bienes jurídicos que escalan al nivel de experiencias colectivas debido a la gestión y recepción mediática. Uno de los desenlaces más expresivos del desmoronamiento del proyecto moderno es la instalación de la *sociedad del riesgo*, es decir, una sociedad donde han desaparecido las certezas de

la sociedad industrial para dominar los múltiples riesgos (Beck, 1986, pp. 29 y ss.). En este contexto, en primer lugar, la cohesión interna de la sociedad se reestructura en una dimensión líquida en la que se promueve la percepción de riesgo e inseguridad como una experiencia real y sentida (Silva, 2001, p. 32). En segundo lugar, son los propios individuos los que deben gestionar «las oportunidades, amenazas, ambivalencias biográficas, que anteriormente era posible superar en el grupo familiar, en la comunidad, en la clase, en el grupo social o en el Estado» (Alonso, 2003, p. 15).

Esta necesidad de control del riesgo ha hecho renacer, por ejemplo, teorías criminológicas basadas en la necesidad de fomentar el autocontrol para explicar el delito (Gottfredson, 2006) y ha fomentado el desarrollo de una política criminal que promueve la autorregulación y los programas de cumplimiento a partir de la cual se estima posible la determinación de la responsabilidad de personas jurídicas y otros actores criminales poderosos (Engelhart, 2010; Nieto, 2014). Esto ha sido visto como una suerte de *Compliancegesellschaft* («sociedad de cumplimiento»), basada en la exigencia de un «autocontrol del ciudadano» en relación con la norma penal (Burchard, 2021; Galain & Lascano, 2021). Lamentablemente, salvo para algunos delincuentes privilegiados con formas de autorregulación y de negociación (alternativa) de la responsabilidad, para la gran mayoría de los involucrados en lesiones contra los bienes jurídicos tradicionales la dogmática, la criminología y la política criminal siguen poniendo el acento en los «comportamientos antisociales, el miedo y el desorden» (Ruggiero, 2006, p. 183).

Esta nueva perspectiva social y humana, propia de la era posindustrial, supone una particular caracterización de la sociedad. Esta se perfila como una sociedad objetiva de inseguridad a la que se incorpora una nueva esfera de incertidumbre en la vida individual a partir de interacciones difusas, de migraciones masivas, de choque de civilizaciones, de comercialización de productos o de la utilización de sustancias nocivas con efectos tardíos (Silva, 2001, p. 29). Uno de los desenlaces más problemáticos de este perfil de vida social es la reivindicación de cierto optimismo en la sanción penal como ordenadora de incertidumbres y el redireccionamiento al derecho penal de riesgo, que conduce a desconocer en la interpretación del principio de subsidiariedad que el derecho penal solo tiene sentido «donde otros medios han fracasado» (Prittzwitz, 2000, p. 431).

Adicionalmente, ahora la aplicación de las sanciones parece obedecer a criterios arbitrarios que no dependen tanto de la gravedad del daño, sino del potencial uso de la violencia. El «redescubrimiento de la víctima» (Eser, 2001; Galain, 2010, pp. 126 y ss.) y el «descubrimiento» de nuevos ámbitos de delincuencia (violencia de género, violencia familiar,

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

JOHN ZULUAGA TABORDA Y
PABLO GALAIN PALERMO

acoso sexual cibernetico, etc.) han conducido a exigencias de mayor prevención, sanciones de cumplimiento efectivo, vigilancia electrónica y aumento de severidad en el castigo penal, tanto de parte de la sociedad como de los medios de prensa (Kury & Brandenstein, 2006, pp. 369-370). Lo securitario se relaciona y potencia con la pretendida función preventiva que se autoimpone el sistema penal para legitimar el uso monopólico de la violencia y las «necesarias» debilidades en las garantías legales —en lo material y formal— relacionadas con el delito. De alguna manera se fomenta una ilusión a partir de la cual la oferta de mayor seguridad supone la renuncia concreta a un mayor ámbito de libertad o la aceptación de un menor nivel de goce de otros derechos.

II.2. El sistema penal ante el riesgo

La confrontación del riesgo a través del sistema penal ha tenido lugar en varios niveles. En primer lugar, por medio de la recomprensión de la criminalidad tradicional. Esto ha supuesto, por ejemplo, un giro normativo de los delitos de resultado a los delitos de peligro, fundamentalmente por medio de la criminalización de conductas que se asocian a riesgos (Teijón, 2023, pp. 1-4). Así mismo ha sucedido con el replanteamiento de la relevancia penal de algunas tipologías delictivas, como la delincuencia bagatela, y la profundización de delitos socioeconómicos o de crímenes internacionales (criminalidad de los poderosos) (Prittzwitz, 2014). En segundo lugar, esta reorientación político-criminal se expresa en la reformulación de las categorías propias del concepto de hecho punible. Ya parecen superadas aquellas lecturas tradicionales del esquema del delito ancladas a la ciencia penal del naturalismo, al neokantismo sudoccidental alemán con el recurso a criterios de valor, o al finalismo con sustento en las estructuras lógico-objetivas que tienen una existencia previa al delito y vinculan al legislador y a la doctrina penal, en lugar de dejar esta tarea a los fines político-criminales que se persiguen a través de la norma (Frisch, 2022; Schünemann, 1991, pp. 43 y ss.). Hoy, una gran parte de la teoría del delito ha quedado condicionada por el concepto de riesgo como criterio para la atribución de responsabilidad (Roxin, 1970, p. 146).

El desarrollo de la teoría del riesgo para la imputación del delito ha tenido lugar de forma enfática en el ámbito de la valoración objetiva de la conducta típica y, también, en categorías como las de culpa, el concurso de personas en el hecho punible, la imputación objetiva del resultado, las causales de atipicidad, las estructuras de omisión, etc. (Greco, 2021, pp. 17 y ss.). Esta revaloración normativa en la teoría del delito, no obstante, no se ha plasmado en un cambio de aplicación de la política criminal basada en criterios antiguos de peligrosidad en lugar de en los nuevos riesgos provocados por la globalización y las explotaciones de los recursos naturales escasos (Galain & Saad-Diniz, 2021), ni

tampoco en un avance de la teoría de la pena que acepte nuevas vías de sanción basadas en la reparación de los daños causados y en las necesidades concretas de las víctimas y de la comunidad para una vida pacífica con posterioridad al delito (Roxin, 2001).

El problema se dimensiona, en lo que a este trabajo interesa, en cuanto a que la identificación de los «sospechosos» se realiza sin considerar las realidades criminales actuales (redes complejas, transnacionalidad, conjunción de actores públicos y privados que operan dentro y fuera de la legalidad, grupos organizados criminales que logran infiltrarse en el Estado y obtener posición dominante en los mercados, incidencia de la corrupción pública y privada, etc. [Olasolo & Galain, 2024]) y siguiendo criterios tradicionales basados en una política criminal de: a) aprehensión de ejecutores materiales para lograr una imputación penal, y b) decomiso de parte de los productos y ganancias provenientes del delito o utilizados para la comisión del delito. Esto indica que los objetivos de las fiscalías nacionales se concentran en una rápida imputación de actores individuales (de ser posible, mediante acuerdos negociados y procesos abreviados que cuentan con la cooperación del imputado) y en la mayor recuperación posible de activos relacionados con el delito. De este modo, se prescinde de análisis e investigaciones de «inteligencia» sostenidas que permitan una comprensión general del fenómeno delictivo para dirigir y definir la persecución y represión de todo el contexto y de todos los actores que cooperan para el éxito de la actividad criminal (incluyendo el lavado final del dinero).

En razón de lo anterior, el impacto es mucho más que sustantivo y, como diría Paredes Castañón (2023), puede apreciarse en una amplia «racionalización del resto del sistema penal (actuación policial, proceso, régimen de ejecución de penas) atendiendo a fines de prevención de la peligrosidad» (p. 737). Así, por ejemplo, a nivel procesal penal, es prevalente el criterio de peligrosidad para la imposición de medidas cautelares personales. En el ámbito de la ejecución penal, es común que a las personas privadas de la libertad se les clasifique según su nivel de peligrosidad y que para la obtención de beneficios libertarios se recurra a criterios administrativos (penitenciarios) basados en la «buena conducta» del preso, perdiendo fuerza la decisión judicial (Matus & Ramírez, 2021, pp. 599-601 y pp. 674-679). Incluso, desde el punto de vista de la convivencia ciudadana, es notorio que los controles policiales se orientan como controles a la peligrosidad y en clave de la defensa social (Ferrajoli, 2004, pp. 763 y ss.). En esa medida, «lo peligroso» ya no es preponderantemente un asunto definido en sentido «biológico», sino que, más bien, está vinculado a situaciones como la pobreza (apofobia [Benito, 2024]), la raza o la apariencia (jóvenes tatuados), etc.

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

Se trata, entonces, de un modelo penal cuya razón de ser se ha orientado y limitado a la necesidad de prevenir (algunos) delitos y, sobre todo, de evitar de entre todas las posibles conductas típicas, antijurídicas y culpables, solo aquellas perturbaciones al orden público a través de medidas de defensa social que logren el mayor rédito político. Esto supone también estrategias para la inocuización de aquellos que confrontan el orden establecido (Maqueda, 2003, p. 11), que seguramente serán acompañadas acríticamente por la opinión pública. Estas estrategias se incentivaron desde la década del ochenta para brindar una sensación de seguridad aparente a las víctimas (gobernar con el delito [Simon, 2007]) contra los delitos violentos y los delitos callejeros. Ello se logró aumentando las penas de los delitos contra las personas y la propiedad, además de ampliando la red de controles policiales (Van Swaanningen, 2011). De ahí el desarrollo vigoroso de la criminología de tipo actuarial y el «gerencialismo» para el control del delito (Dieter, 2013; Rigakos, 1999). De igual manera, se ampliaron las estrategias de lucha contra el terrorismo (no tanto contra su financiación), resurgiendo teorías criminológicas antiguas como las basadas en el papel jugado por los extranjeros (*Alien Theory*) como «amenazas» latentes en la cultura occidental (Dorsett, 2008; Engle, 2020) o también en las sociedades de nuestra región (Gómez & Espinoza, 2021; Navarrete, 2019).

En este escenario, se cristaliza la persecución del delito como defensa del orden público (*ante o extra-delictum*) que ofrece una apariencia de seguridad normativa y tranquiliza los reclamos securitarios de las «víctimas potenciales» y la *mass media*, lo cual también viene siendo una tradición en Latinoamérica para la incapacitación selectiva de los sujetos peligrosos. Con ello se corre el riesgo de reproducción de una lógica cercana al derecho penal de autor como consecuencia de las técnicas actuariales para la determinación de la peligrosidad y el riesgo (Dieter, 2013). En realidad, se aprecia una concepción y determinación de lo riesgoso y peligroso según un patrón al que le cabrían algunas de las críticas propias del interaccionismo simbólico y la criminología crítica en cuanto a que el delito que se persigue no es un «fenómeno objetivo» (peligroso), sino una decisión política de la autoridad encargada del control social (Bessant, 2002) en relación con aquello que se considera peligroso y que se etiqueta como tal (Gunnar, 2009). De esta manera, lo securitario queda restringido para determinado tipo de criminalidad y determinado tipo de delincuentes, tornando a esta política criminal y al ejercicio del *ius puniendi*, cuando menos, como una tarea tendenciosa y sospechosa desde parámetros del Estado de derecho, que luego se verifican en el proceso penal e inciden negativamente en el *fair trial* o «devido proceso».

III. EL CASO COLOMBIANO COMO EJEMPLO DEL CONTROL DE LA INSEGURIDAD SENTIDA

El caso colombiano exige una valoración diferenciada frente a los países de la región, donde además los desarrollos político-criminales y jurídico-penales exigen ciertas distinciones respecto a las manifestaciones securitarias en el sistema penal (Böhm, 2016, pp. 195 y ss.). Un análisis político-criminal englobante para la comprensión del caso colombiano no es suficiente, en primer lugar, porque una lectura regional sobre tendencias políticas a nivel criminal y penitenciario está condicionada a la preponderancia de las regulaciones nacionales en materia penal. Los proyectos de una construcción político-criminal común y de impacto regional siguen siendo algo accesorios (Netto, 2020). A pesar de que existen fenómenos criminales compartidos en la región de carácter transfronterizo, como lo vienen siendo la cibercriminalidad, el tráfico ilegal de estupefacientes, la trata de personas, el lavado de activos y la criminalidad organizada, entre otros (Escalante, 2024; Martínez & González, 2024), las reacciones penales a estos fenómenos en Colombia tienen unos matices históricos y sociopolíticos que no permiten establecer asimilaciones con otros países de la región sudamericana.

Es cierto que la orientación político-criminal colombiana no es ajena a tendencias expansivas como las antes mencionadas para la maniobrabilidad del riesgo y la inseguridad ciudadana. Sin embargo, la especial insistencia en la relativización del principio de taxatividad o de determinación por medio de tipos penales de captación o tipos penales borrosos, gaseosos, indeterminados y abiertos (Velásquez, 2023, pp. 81 y ss.), y un recurso al derecho penal como dispositivo de reacción a los desenlaces del conflicto, entre otros asuntos, son particularidades del caso colombiano. Altamente cuestionada es la técnica legislativa con la que se da vida a tipos penales que arropan como autor a cualquier persona sin importar su aporte, como los aportes de sujetos activos calificados a la realización de una figura punible común, convertidos en tipos agravados o autónomos; o los aportes de sujetos comunes en la realización de tipos especiales que requieren sujeto calificado, castigados como delitos autónomos; o el castigo de meros actos preparatorios o de acuerdos previos como figuras independientes, etc. (pp. 27 y ss.).

También hay algunos otros aspectos que diferencian a la política criminal colombiana de tendencias continentales. Así, por ejemplo, la renuencia a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En algunos países latinoamericanos, diversos fenómenos han incentivado la introducción de la responsabilidad penal corporativa (Medina, 2023; Modolell, 2021, pp. 399 y ss.; Zugaldía & Marín, 2015). Entre ellos son destacados la transnacionalidad de los fenómenos criminales y la ingobernabilidad de las consecuencias indirectas del crimen. Los beneficios que directa o indirectamente se generan para

EL PROCESO PENAL ANTE LA INSEGURIDAD SENTIDA. LÍMITES Y ELEMENTOS PARA UNA PROPUESTA DOGMÁTICA PROCESAL PENAL RESTRICTIVA DEL PELIGROSMO

CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE FACE OF SENSED INSECURITY. LIMITS AND ELEMENTS FOR A DOGMATIC CRIMINAL PROCEDURE PROPOSAL THAT RESTRICTS THE DANGEROUSNESS DOCTRINE

muchas empresas a partir de actividades de corrupción vinculadas a la extracción de recursos naturales o a la adjudicación de grandes y millonarias obras públicas (*i.e.*, caso Odebrecht), o al lavado de activos, entre otras, ha justificado el replanteamiento del paradigma del sujeto activo del hecho punible. Esta forma de reforzar las políticas preventivas de la criminalidad, tal como sucede en Alemania, ha tenido un tratamiento más administrativo que penal en el caso colombiano (Saliger *et al.*, 2023).

De igual manera, en Colombia se pueden encontrar resistencias institucionales a la reformulación de la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes, como la cadena perpetua o penas de prisión a perpetuidad, a pesar de que hay sanciones penales que exceden la expectativa de vida y que el uso de la pena privativa de libertad se ha erigido como columna vertebral o eje central del sistema de sanciones (Velásquez & Zuluaga, 2022). El caso colombiano, aunque caracterizado por situaciones de extrema violencia en el contexto del conflicto armado interno y de la lucha contra el narcotráfico, no es comparable, por ejemplo, con el radicalismo peligrosista que tiene lugar en El Salvador, donde con el pretexto de ofrecer mayor seguridad pública se ejerce una política criminal de encarcelamiento masivo que desconoce las garantías y derechos (humanos) de las personas privadas de libertad (Amnistía Internacional, 2024). La apuesta del gobierno de Nayib Bukele por la tolerancia cero y la disminución *manu militari* del homicidio y la violencia callejera «ha[n] retomado una línea tradicional americana en términos de expansión penal y penitenciaria, por un lado, y por otro, fundamentado excepcionalmente la manera de realizar aquel expansionismo desde un ideal utilitario a través de las “ciudades-prisión”» (Trujillo, 2023). La cárcel utilizada como tecnología del poder (Foucault, 1986) es llevada por Bukele a extremos que ultrapanan la legitimidad del castigo y convierten a El Salvador en una gran prisión (Bermúdez-Valle, 2024) donde se encierran y violan los derechos humanos de sujetos peligrosos que amenazan la seguridad (individual y pública) o de los que cuestionan el ejercicio del poder (opONENTES, disidentes, enemigos políticos o «enemigos del pueblo»).

El caso colombiano se aleja de estos extremos punitivos populistas (autoritarios), aunque se puede presentar como un modelo especial de sistema penal, cuya particularidad radica en la subordinación de la política criminal a las políticas de seguridad nacional (Orozco & Gómez, 1999). Esta política criminal tiene que ser analizada considerando la existencia de programas de «militarización» de funciones policiales como las relacionadas con las políticas de drogas dentro del denominado Plan Colombia (Rosen, 2014), lo que provoca una ampliación y difuminación del concepto «seguridad». Las políticas de seguridad ciudadana en el contexto del conflicto armado se han orientado a la manutención del

orden público (Escobar, 2001, p. 69), de tal manera que, en términos de Vélez y Pérez (1997): «Seguridad ciudadana, seguridad pública, seguridad democrática, seguridad nacional, orden público, son conceptos que o se funden o bien se confunden» (p. 100). Como efecto de esta confusión, el discurso de la guerra se ha ampliado a toda forma de delincuencia y a las herramientas legítimas para su control. Esto significa, también, que los trámites a las cuestiones de seguridad (pública, ciudadana, nacional o democrática) han subsumido las reacciones al riesgo jurídico penal.

La absorción de la cuestión criminal por los discursos y prácticas de las políticas de seguridad ciudadana en Colombia ha tenido diferentes expresiones en el ámbito material, en las formas y en las intensidades de la reacción penal. Respecto a las causas de la persecución penal, no se ha tratado solo de la confrontación de la subversión, el narcotráfico, el terrorismo u otras modalidades de crimen organizado; sino, además, de la protesta social, diferentes modalidades de asociación o hasta de la crítica académica (González Zapata, 2010, pp. 95 y ss.). En lo referente a las formas de la reacción penal, ha existido una interacción de órdenes y estructuras de control legales y extralegales. Por un lado, se encuentran las prácticas policiales y penales propias de un derecho penal de tercera velocidad o del enemigo, con lo que se facilitan prácticas de

controles corporales, de intervención de comunicaciones o de intromisión en ámbitos privados sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, testigos sin rostro, prolongación de los períodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa, reconsideración de la invalidez de la prueba ilícita (Díez, 2016, p. 230).

Por otro lado, las acciones represivas y preventivas de carácter extralegal (*i.e.*, desplazamientos forzados, masacres, etc.) se han normalizado, especialmente en el marco de las soberanías en disputa (Londoño, 2016; Pérez *et al.*, 1999, pp. 31 y ss.).

En lo atinente a las intensidades, se ha trasladado a los imputados o acusados las dinámicas de persecución de combatientes, leídos como subversivos del orden público (Escobar, 2001, p. 69). Dentro de esta lógica de confusiones conceptuales y de excesos securitarios se han aplicado «planes de guerra» contra determinadas formas de criminalidad, involucrando al Ejército en las funciones securitarias propias de la Policía, de las que han acontecido conductas de exterminio o ejecuciones extrajudiciales de ciudadanos que las fuerzas militares hicieron pasar por «falsos combatientes», «falsos terroristas», «falsos delincuentes» o, como lo ha denominado la prensa, «falsos positivos». Estas violaciones flagrantes a los derechos humanos perseguían el objetivo de recibir beneficios estatales como descansos, condecoraciones, retribuciones

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

JOHN ZULUAGA TABORDA Y
PABLO GALAIN PALERMO

económicas u otros reconocimientos (Human Rights Watch, 2017). Se trató de una «política» que solo puede ser comprendida dentro de una lógica de guerra interna similar a la «guerra sucia» o del «terrorismo de Estado» durante las dictaduras del Cono Sur en décadas pasadas.

La indiferenciación entre las especificidades, los métodos de intervención y las competencias en el área de la gestión de los asuntos de orden público frente a la seguridad ciudadana y, por lo tanto, también del sistema penal colombiano, ha dado lugar a una suerte de magnetismo discursivo a partir del cual el concepto de «seguridad» —pública, ciudadana o democrática— hace posible la adhesión de una variedad de campos discursivos cuya interrelación no tendría lugar de otra manera. En el resultado, se termina irradiando la misma lógica bélico-punitiva del conflicto armado sobre campos discursivos como la salud pública, el orden económico, el régimen constitucional, la política de drogas, etc. (Galain, 2024). Lo mismo sucede respecto a otros sectores jurídicos del sistema penal, como el derecho penitenciario, el derecho administrativo o, incluso, el derecho civil (Díez, 2016, p. 234).

Uno de los actuales escenarios que mejor ha revelado estos entrecruzamientos a nivel jurídico penal y, muy especialmente, en la comprensión de las categorías del delito, es el de las causales de justificación. Especialmente llamativa viene resultando la relativización securitista en la interpretación a los requisitos, por ejemplo, de la *legítima defensa*. En el marco de ciertos delitos con violencia en Colombia, se han gestado opiniones que admiten la extensión de la repulsa a la agresión, incluso más allá de la terminación de esta última. Asimismo, muchos han aceptado valorar la realidad de las agresiones a partir de asimilaciones conductuales, recurriendo a ejemplos macro para establecer por qué una determinada actuación se puede identificar como agresión real o inminente. De igual manera, muchos han promovido la idea del desmonte a la exigencia de proporcionalidad bajo el argumento de que en estado de inseguridad ciudadana absoluto no pueden imponerse límites al ciudadano para su defensa (Zuluaga, 2024).

Estas opiniones enseñan un desconocimiento de exigencias propias de la *legítima defensa* a los fines de justificar alguna conducta típica; entre otras, la comprensión de la agresión como una conducta humana final-social o el requisito de unidad de acto entre la agresión y la reacción (Reyes, 2021, pp. 16 y ss.). Además, el vaciamiento teleológico-constitucional sufrido en razón de la desatención a la exigencia de protección de bienes jurídicos —es decir, al encumbramiento de la seguridad ciudadana como marco de justificación de la *legítima defensa*— lo que termina estimulando es la desnaturalización de muchos límites al *ius puniendi* (proporcionalidad, lesividad, subsidiariedad, etc.).

Estas lecturas tienen un impacto profundo en el sentido y funcionalidad de la figura del error de prohibición indirecto, cuya naturaleza es exculpante. «En este marco, hasta la reacción a “actitudes sospechosas”, “algunas formas de vestir”, “apariencias criminales”, etc., terminan siendo tramitadas como errores sobre la concurrencia de circunstancias propias de la justificante» (Zuluaga, 2024). De esta manera, las discordancias de comprensión sobre circunstancias constitutivas de la justificante parecen entrar a validar imaginarios discriminatorios para la gobernabilidad del miedo.

Es importante resaltar que esta no es una característica exclusiva del legislador y el gobernante colombiano. En otras jurisdicciones también obsesionadas por el discurso de la seguridad y el temor a la inseguridad, como Uruguay (Ley 19.889, 2020) y Chile (Ley 21.560, 2023), se recurre al relajamiento y la elasticidad en los presupuestos de la legítima defensa, debilitando lo objetivo en favor de lo subjetivo o creando una legítima defensa «presunta» o «privilegiada» para la policía. Con esto se trataría de aumentar no solo la «sensación de seguridad», sino también los casos de abuso policial, claro indicador de que la seguridad hoy es un valor que se posiciona por encima de derechos y garantías en tiempos en los que se «gobierna a través del delito», ofreciendo fórmulas normativas que prometen mayor eficacia preventiva contra el temor al delito (violento).

IV. TOMA DE POSICIÓN

Como se ha anotado, se puede apreciar una reacción del sistema penal en distintos niveles ante la inseguridad sentida. No se trata solo de la inflación de nuevas prohibiciones y sanciones penales, sino también de la interpretación securitista de las categorías del delito y de la relajación de garantías procesales penales. Con ello sucede una suerte de reacomodamiento político-criminal y, por ende, dogmático-penal para el manejo de incertidumbres. El control penal resulta trasladado, por un lado, a la promesa de control global de riesgos sociales y, por otro lado, a la efectiva gestión de incertidumbres de la vida personal. Al mismo tiempo, se abren posibilidades para debilitar derechos y garantías que pierden valor frente al derecho a la seguridad.

Esta fantasía tecnocrática torna completamente cuestionable cualquier intento de control penal del riesgo de forma total y eficaz, y convierte a esta aspiración de eficiencia en un atropello del carácter subsidiario del derecho penal. A su vez, instala a la inseguridad sentida como límite interno del sistema punitivo. Es decir, no se trata solo de una expansión hacia afuera con más tipos penales y aumento de las penas (principalmente, contra determinados autores peligrosos contra la seguridad física); sino, además, de una relativización valorativa (expansión hacia adentro). Esto último resulta posible a través de

cierto subjetivismo metodológico en la interpretación de las categorías del delito.

En vez de permutar los límites del derecho penal por aprehensiones subjetivas sobre lo que es un injusto penal, resulta acertada una estricta diferenciación. Los riesgos y la inseguridad ciudadana no son la *ratio cognosendi* del juicio de desvalor de un acto/autor penalmente relevante. La interpretación de las condiciones definitorias de una conducta como típica y antijurídica no deben sobrepasar los límites de la legalidad. Tampoco deben rehacerse a partir de la valoración personal de los componentes objetivos y subjetivos del injusto a los fines de inocuir meras voluntades criminales. En lo relativo a las eximentes de responsabilidad penal, estas no pueden convertirse en patente de corso para maniobrar sensaciones de seguridad ciudadana. El deslinde de la legalidad y el empoderamiento de analogías policiacas en la definición del injusto penal resultan altamente lesivas del principio de estricta jurisdiccionalidad. En este punto, son altamente pertinentes las advertencias de parte de la doctrina en el sentido de que la forma como reaccionamos a las emergencias permite palpar el nivel del contenido pensante del poder punitivo (Zaffaroni *et al.*, 2002, pp. 270 y ss.).

Esto no solo cobra vigencia con la radical reconfiguración del derecho penal, sino también por medio de muchas estrategias de confrontación en la lógica de una «reacción ambiental», inspiradas en la teoría de las ventanas rotas o de la prevención situacional. El sistema político es consciente de que el delito es inevitable en una sociedad compleja y que es muy difícil un eficiente control preventivo de la criminalidad. En otras palabras, se trata de la configuración de un modo de vivir urbano para el control del miedo. En este escenario, no se busca incidir directamente sobre acciones individuales, sino sobre espacios y oportunidades que propician riesgos, amenazas o peligros. De esta manera, la orientación se inclina a la conservación de esferas de seguridad y no a la confrontación del delito en sentido estricto (Zuluaga, 2019).

V. EL PROCESO PENAL Y LAS GESTIONES SECURITARIAS: EL CASO COLOMBIANO COMO EJEMPLO PARADIGMÁTICO

V.1. La sospecha como eje reconstructivo de la inseguridad

V.1.1. De los pronósticos de participación en un hecho punible

Uno de los escenarios más expresivos del encuentro entre la discrecionalidad de los operadores del proceso penal y las reivindicaciones político-criminales frente al control de la inseguridad sentida, el riesgo o el peligro tiene lugar en los procesos de determinación de la probabilidad

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSIMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

de autoría y participación en la investigación penal. Este proceso es constitutivo de la sospecha penal, que es considerada eje y piedra angular de la fase investigativa. En términos de Kühne (2010), «a pesar de todas las dificultades para la objetivización a manera de pronóstico, el concepto de sospecha es el eje del procedimiento de investigación» (nm. 321). El análisis de autoría y participación en grado de probabilidad es transversal a múltiples ordenamientos procesales penales como requisito para la restricción de derechos fundamentales en la investigación. Así, por ejemplo, en el caso de Alemania la sospecha (*Tatverdacht*) es considerada noción central del proceso penal y ha tenido uno de los tratamientos dogmáticos procesales más profundos en el mundo jurídico europeo continental. En ese sentido, se ha dicho que no puede tener lugar «Ninguna investigación y ninguna búsqueda de la verdad sin sospecha» (Zabel, 2014, p. 340), o que la sospecha es: a) un terreno de «seguridad, certeza y verdad» (Volk & Engländer, 2013, § 8, nm. 3); b) «el motivo y fundamento procesal del trámite» (Schulz, 2001, p. 475); y c) aquello que impregna de significado al proceso penal (Ebert, 2000, p. 101). En el caso colombiano y en otros sistemas de la región, esta institución tiene su equivalente en la figura de los «motivos fundados», siendo la «sospecha» la que permite llegar a un determinado «nivel de probabilidad» sobre la autoría o participación en un hecho punible. Este es un presupuesto determinante para la autorización de muchas medidas investigativas y para la construcción de la verdad procesal (Zuluaga, 2014, pp. 167 y ss.). Como umbral mínimo para poder ordenar la ejecución de medidas procesales coactivas propias de la investigación penal, es considerado un «muro de protección» del ciudadano ante injerencias estatales no fundadas.

Más allá de su trascendencia procesal, podríamos señalar que en esta figura existen carencias de certeza exigidas por el principio de legalidad; es más, se ha criticado el vacío que existe en torno al significado de dicha noción. La explicación de la carencia conceptual respecto del término «sospecha» ha girado en torno a la deficiente reflexión analítica de la noción de probabilidad (*Wahrscheinlichkeit*) que es inherente a dicha institución¹. Se cuestiona que la dogmática procesal penal ha minimizado la discusión sobre la incertidumbre como parte implícita del concepto de sospecha y, al contrario, ha tendido a desarrollar una comprensión de dicha noción descuidando que la misma da cuenta de pocos presupuestos de certeza. También se ha denunciado la arbitrariedad a la que puede conducir la indeterminación del concepto y que los intentos de definición logrados hasta ahora son «fórmulas vacías que parafrasean la incertidumbre» (Kühne, 2010, nm. 325).

1 Sobre la sospecha como nivel de probabilidad, véase Ebert (2000, p. 16); sobre la probabilidad como condición de la definición de sospecha, Kühne (2010, nm. 327 y ss.); y sobre la determinación de la sospecha, Kohlmann (2012, p. 162) y Lohner (1994, p. 39).

La sospecha como institución cobra la dimensión de un juicio de probabilidad. Dicho juicio tiene lugar a la manera de un proceso de deducción que tiene su sustento en la evaluación del aspecto empírico-objetivo de una determinada situación para establecer si la misma tuvo lugar. En otras palabras, se trata de un pronóstico con sustento fáctico y normativo a los fines de esclarecer la ocurrencia de un determinado hecho (Kühne, 2010, nm. 327; Schulz, 2001, pp. 273 y ss.). En principio, no es un juicio predictivo, sino retrospectivo (Ebert, 2000, p. 17). En esa medida, en la determinación del concepto de sospecha como juicio de probabilidad (de un hecho pasado) están implicados dos niveles de razonamiento correlacionados. Por un lado, se encuentra la valoración retrospectiva relativa a la realización de un determinado hecho punible y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar (el sí y el cómo sucedieron los hechos). Por otro lado, esta valoración está atada a la lógica de pronósticos retrospectivos con los que se trata de determinar en grado de probabilidad la ocurrencia de todos aquellos factores definitorios del acontecimiento de un hecho punible y de aspectos relacionales (las circunstancias y el alcance de los hechos, y el grado de participación de los intervenientes). Estos razonamientos tienen dos anclajes que disuaden las meras suposiciones. Se trata de vínculos subjetivos concretos y fácticos que delimitan el juicio de relevancia penal de una determinada conducta ya ocurrida. A las características de la sospecha se debe añadir su carácter de «sujeto a reserva» (*Vorbehaltlichkeit*) de autoridad judicial competente (Ebert, 2000, p. 22).

A pesar de los esfuerzos por una delimitación procesal penal de la sospecha como juicio de probabilidad de autoría y participación (Lohner, 1994, pp. 39 y ss.), se reconoce que es un concepto indeterminado; es decir, al concepto de probabilidad se le adjudican no solo muchos vacíos en su definición y determinación lógica, sino también la ausencia de un desarrollo legal que delimita su estructura y aplicación judicial (Kohlmann, 2012, p. 162). A estas dificultades se suma la connotación psicológica con la que se reconoce en la sospecha un profundo acto preventivo-defensivo basado en la identificación de indicios de hechos indeseables (Muñoz, 2015, p. 19). Es por ello que algunos recurren a identificar en la sospecha un juicio de peligrosidad, entendido como una construcción (Schulz, 2001, p. 421) que es de carácter multidimensional (Graumann, 1989, pp. 161 y ss.). Especialmente en los contextos de actuación policial, el concepto de sospecha como condición de activación de competencias investigativas se basa en la comprensión de «peligro» o de «peligroso» que tenga el respectivo observador (Kingreen & Poscher, 2020, § 8, nm. 1). En esa medida, la peligrosidad de la que se deriva la sospecha se determina por procesos policiales de atribución y por las operaciones de focalización y los controles de identidad asociados (Ruch, 2022, p. 258).

Si dirigimos nuestra atención a la realidad, esto es lo que la criminología denomina «*stop and search*» (Waddington *et al.*, 2004, pp. 889 y ss.) y que ha sido muy criticado por utilizarse para acosar a comunidades raciales (Harris, 2017). La problemática de la elaboración de perfiles policiales en Europa (Brown, 2020; Eastwood *et al.*, 2013) y América del Norte (Armony *et al.*, 2019) ha adquirido cierta prominencia, en particular suscitando la hipótesis de que la policía procede a la elaboración de perfiles étnicos o raciales para la determinación de la sospecha y los sospechosos (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2017). El tipo de perfil adoptado y practicado tendrá un impacto en la relación entre el sospechoso (en particular, evidentemente, los jóvenes, marginales, sin educación ni trabajo fijo, con contacto previo con las instituciones encargadas del control social formal, etc.) y el aparato de control social formal que comienza con la sospecha de la policía. Estos criterios, en los países latinoamericanos, pueden ser la base de todo un sistema de selectividad arbitrario o sesgado con clara incidencia en las estadísticas criminales, aunque en Latinoamérica es prácticamente imposible acceder a documentos policiales (actas de detención, perfiles policiales o criminológicos, etc.) o a las «carpetas investigativas de fiscalía» (salvo para los intervenientes en el procedimiento), razón por la cual no es posible que se refleje a cabalidad el problema práctico de la sospecha.

Aquí se encuentra uno de los desafíos nucleares de la dogmática procesal penal en torno a los juicios de probabilidad de autoría y participación en un hecho punible. No se trata solo de los vacíos de definición legal, sino también de la deficitaria estructura metodológica para la realización de los pronósticos retrospectivos inherentes a aquel juicio de probabilidad (Kohlmann, 2012, p. 163), lo que vemos en todo su esplendor cuando la sospecha domina la intervención del sistema penal de maneras flexibles o basada en interpretaciones un tanto arbitrarias o peligrosistas en lo que refiere a la imputación del hecho a sus responsables. Esto resulta muy relevante en tanto que las injerencias en los derechos fundamentales del imputado o acusado tienen lugar sobre esta base maleable de la sospecha. En otras palabras, la expresión de los poderes coactivos de intervención en el investigado penalmente tiene lugar a partir de una exigencia cuyo componente esencial es la incertidumbre (Kohlmann, 2012, p. 165; Kühne, 2010, nm. 326). Esto se refleja, por ejemplo, en la restricción de la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la libertad y, además, en diferentes actos de impulso procesal que pendan de la confirmación de una autoría o participación en grado de probabilidad.

V.1.2. Los juicios de probabilidad de orientación preventiva: un ejemplo paradigmático

La orientación preventiva y de carácter policial de los juicios de probabilidad de autoría o participación, en especial de la etapa de investigación

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

preliminar, no es un fenómeno exclusivamente colombiano, sino que ha estado presente en múltiples países de la región donde la policía cuenta con amplias facultades de intervención penal (Ambos & Woischnik, 2000, pp. 849-851) e incluso del mundo europeo continental, donde se aprecia una «policialización» (*Verpolizeilichung*) de la fase de instrucción (Gleß, 2001, p. 661)². Lo particular del caso colombiano, es que muchas de las orientaciones preventivas del derecho procesal penal y sus prácticas judiciales pueden ser entendidas como reacción al conflicto armado o como una forma de darle trámite a diferentes expectativas de seguridad (Aponte, 2006, pp. 486 y ss.). En ese marco, incluso el denominado sistema procesal penal acusatorio es entendido como un punto de encuentro entre los actuales cursos de procedimientos penales y cierta cultura procesal inquisitiva que ha gobernado la persecución penal en Colombia (Vélez, 2013, pp. 32 y ss.) y también en otros países de la región.

Este fenómeno no solo es expresivo de una irracionalidad legislativa a nivel procesal penal en Colombia (Sotomayor, 2007, p. 25), sino que refleja la severidad que se ha admitido en el ámbito de las injerencias a derechos fundamentales; es decir, la flexibilidad de los requisitos de afectación y la drásticidad de las restricciones. En muchos casos, la decisión de afectación a derechos fundamentales se sustenta en criterios que van más allá de la probabilidad de autoría o participación en el hecho punible y con rezagados controles posteriores del juez de garantías. Muchos han visto en estas dinámicas una verdadera maniobrabilidad de *expectativas de seguridad* por medio de la injerencia en ámbitos de riesgo o peligro (Zabel, 2014, p. 346; Zuluaga, 2023, p. 306). En esa medida es que se ha apreciado la subrogación fáctica de los *motivos fundados* por racionalidades peligrosistas (Zuluaga, 2023, pp. 198 y ss.).

Existen diferentes manifestaciones dentro del actual CPP (2004) con las que se podría ejemplificar la funcionalidad de muchas medidas investigativas y sus respectivos requisitos frente a expectativas de seguridad. En primer lugar, debe mencionarse el artículo 241 CPP, con el que se regula el *análisis e infiltración de organización criminal*. Este artículo establece que si de motivos razonablemente fundados se infiere que el investigado pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, la Fiscalía General de la Nación podrá ordenar la infiltración de la misma. Con esta medida se trata de una reacción de observación con fines de neutralización y para la misma se exige la inferencia sobre la continuidad de una actividad criminal (Bernal & Montealegre, 2013, p. 276; Guerrero, 2007, pp. 144 y ss.; Morales, 2009, pp. 239 y ss.). También puede traerse a colación el artículo 240 CPP, que regula lo

2 Sobre el dominio policial de la investigación penal en Alemania, véase Ambos (2002, pp. 15 y ss.).

relativo a la *vigilancia de cosas*; o el artículo 243 CPP, que regula la *entrega vigilada*, entre otros.

Lo que puede observarse con estas constelaciones de investigación penal es que los juicios de probabilidad de autoría y participación que se encarnan en la exigencia de motivos fundados resultan guiados por fines extraprocesales. Con ello se da apertura a correlaciones político-criminales que limitan la verificación judicial por la ausencia de concreción y determinabilidad de los motivos de una medida investigativa, requisito inherente a los motivos fundados (Sentencia C-185, 2008, V.5). Con las justificaciones requeridas para la respectiva autorización judicial, se hacen maniobrables otros fines político-criminales que van más allá de la investigación sobre la participación de un autor concreto en un hecho punible. Esto no solo se evidencia en la confrontación de la criminalidad organizada, sino que es especialmente sensible en el marco del régimen de restricción de la libertad, donde ha primado el peligrosismo como presupuesto de la detención preventiva, además «inmerso en el escriturismo y el secreto en la etapa de investigación» (Posada, 2024, p. 44).

En esa medida, frente a estas patologías el reto está en la identificación de parámetros reales de justiciabilidad de las injerencias en derechos fundamentales en la fase de investigación penal. De lo que se trata es de delimitar unos presupuestos más estrictos para la confección de las motivaciones a partir de las cuales se habilitan aquellas injerencias. Respecto a las referencias securitarias que se encarnan en las autorizaciones de medidas investigativas en el marco de la criminalidad organizada o la restricción de la libertad, el desafío se encuentra en la confección de una dogmática procesal penal que le dé capacidad realizativa a los juicios de autoría y participación como criterio restrictivo de las razonalidades peligrosistas o previsoras del riesgo. Esto cobra mucho más sentido si de lo que se trata es de la constitución de poderes efectivos de control por parte del juez de garantías en la investigación penal, que hoy no se aprecian con la claridad necesaria.

V.2. Límites y elementos para una propuesta sobre una dogmática procesal penal restrictiva del peligrosismo

V.2.1. Límites a los juicios de probabilidad retrospectivos o prospectivos
La limitación de la receptividad securitaria que se da en los juicios de probabilidad de autoría y participación en el proceso penal debería pasar, entre otras cosas, por la fijación de estándares de construcción de este tipo de juicios. Esto es aceptable si se entiende, como lo sugiere Ferrer (2001), que el concepto de «probabilidad» que subyace en los razonamientos probatorios está ligado a la necesidad de establecer estándares de prueba que determinen un nivel adecuado de respaldo

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSISMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

para las hipótesis presentadas en un juicio (p. 18). En el fondo no se trata de la confección de un juicio de probabilidad como una definición objetiva, sino de la fijación de criterios que permitan tramitar un concepto indeterminado a partir de parámetros evaluativos que puedan dotar de lógica y de sentido constitucional al respectivo juicio de probabilidad (Manco, 2024, pp. 166 y ss.). Ahora bien, para la fijación de estándares hay que tener en cuenta que los juicios basados en la probabilidad no pueden estar contaminados por sesgos ni otras decisiones susceptibles de lesionar principios, garantías ni libertades, y ello aplica también para los sistemas de justicia que comienzan a aplicar herramientas tecnológicas y de inteligencia artificial en los procedimientos penales para determinar la gravedad de los riesgos y decidir los régimenes de libertades (Guzman & Galain, 2024; Nieva-Fenoll, 2022; Quattrocolo, 2020). Esto, en el fondo, permite analizar en qué proporción la gestión de los riesgos y de los sujetos peligrosos responde a una política criminal determinada de protección de bienes jurídicos o de combate frente a formas graves de criminalidad (asociaciones, grupos, transnacionalidad, tráfico, etc.) o de procesos más cercanos a «gobernar a través del delito» o a aquellos dominados por la selectividad del sistema con relación a determinadas franjas de la población o frente a ciertas actividades en particular, tal como lo describen las teorías del *labelling approach* y la criminología crítica latinoamericana.

Lo anterior nos sitúa, en primer lugar, ante la necesidad de delimitar reglas con un estatus lógico-cognitivo que orienten los análisis probabilísticos de una forma más pertinente con los fines y principios (normativos) procesales en los que estén insertos. De lo que se trata es de distinguir los juicios de probabilidad de procesos de selectividad basados en meras suposiciones policiales (Sentencia C-024, 1994, num. II.7.2.; Zuluaga, 2014, p. 176), y ello teniendo en cuenta los principios y derechos fundamentales que deben proteger a los ciudadanos de las tendencias pragmáticas del derecho procesal actual (Gómez, 2020). Con esto podría restringirse en alguna medida la indeterminabilidad de las denominaciones fácticas y jurídicas que sostienen la prognosis del juez (generalizaciones y prejuicios como terrorista, peligroso, drogadicto, ratero, etc., que pueden aún hoy leerse en la jurisprudencia regional). Esto supone, en segundo lugar, la instalación de una base normativa más estricta a partir de la cual se pueda superar la ponderación de expectativas de seguridad como criterio de autorización de medidas investigativas y de injerencia en derechos fundamentales. En tercer lugar, se le debería conceder mayor capacidad realizativa a la verificación crítica de las actuaciones judiciales en las audiencias preliminares a través de una mejor infraestructura logística. A continuación, se insistirá en lo primero; es decir, en la delimitación de criterios para la confección del juicio de probabilidad de autoría y participación con el que se habilitan

facultades coactivas sobre el imputado o acusado, especialmente en la fase de investigación penal.

Si se considera que es *imposible construir objetivamente un juicio de probabilidad (de sospecha)*, en tanto la determinación de aquella está impregnada por motivaciones selectivas como la subjetividad y las experiencias personales, lo pertinente es la restricción de las discrecionalidades en el proceso de construcción de la probabilidad (Lohner, 1994, pp. 46 y ss.). En opinión de Kohlmann (2012), cada paso del proceso de construcción de un juicio de probabilidad de autoría o participación (sospecha) «se caracteriza por opiniones, conocimientos y conclusiones individuales. Sólo es necesario que haya hechos, todo lo demás viene determinado por la forma en que la persona que actúa evalúa esos hechos» (p. 172). Esto exige reconocer, entre otras cosas, que hay distintos niveles de probabilidad que conducen a diferenciaciones tanto de los fundamentos fácticos y jurídicos como de las reglas para la determinación específica de las respectivas probabilidades de autoría y participación. En general, estos juicios deben estar respaldados en hechos que sustenten el pronóstico de probabilidad (Kühne, 2010, nm. 336) sobre los que se requiere una valoración desde el punto de vista jurídico y fáctico de los hechos reconocidos (Hellmann, 2006, nm. 59). Por ello, una simple suposición de un hecho punible no es suficiente para fundamentarlos (Kohlmann, 2012, p. 170). En esa medida, de una delimitación fáctica concreta se sigue la construcción retrospectiva de la probabilidad de autoría y participación en los hechos (p. 170). Esto tiene que ir acompañado de un proceso de subsunción que debe aclarar si el asunto examinado es relevante penalmente (Ebert, 2000, p. 44), con consideración de todos los aspectos relevantes de la dogmática penal que subyace a la teoría de la tipicidad y el concurso de personas en el hecho punible (Bernal & Montealegre, 2013, p. 273; Guerrero, 2007, p. 265; Zuluaga, 2023, p. 309).

La confirmación de una inferencia inculpatoria debería ser el resultado de la delimitación fáctica, con respaldo probatorio y relevancia típica, de los hechos conocidos en el proceso penal (aquellos que podría ser imputado como delito). Esta inferencia inculpatoria subyace a todas las diligencias que exigen la presencia de motivos fundados en el CPP colombiano para ser autorizadas o convalidadas por el juez de control de garantías. Tal nivel de inferencia establece una restricción subjetiva y objetiva que permite delimitar, por ejemplo, los elementos objetivos del tipo penal, el nivel de contribución al hecho punible y la finalidad en la comisión del mismo. Este también debe ser un presupuesto de las medidas investigativas como las del artículo 341 CPP y similares, que vincula teleológicamente la infiltración en una organización criminal al hallazgo de información útil para una investigación. Además, debe leerse en concordancia con el artículo 375 CPP, que habla de la pertinencia del

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

JOHN ZULUAGA TABORDA Y
PABLO GALAIN PALERMO

elemento material probatorio, la evidencia física y los medios de prueba (Bedoya, 2008, p. 205; Zuluaga, 2023, p. 282).

Esta delimitación del juicio de probabilidad de autoría y participación debería estar vinculada a la autorización de todas las medidas investigativas que suponen injerencias medias o altas en derechos fundamentales durante la investigación penal (Zuluaga, 2014, p. 181). Estos presupuestos de construcción deben ser, además, criterios del control que realiza el juez de garantías en la respectiva audiencia preliminar. Esta es una posición que ya con mucha antelación ha sentado la Corte Constitucional de Colombia, según la cual el control debe ser amplio e integral (Sentencia C-1092, 2003, num. 5.1). En estos casos, debería ser extensivo el criterio de la Corte Constitucional que prevé una doble revisión: para la ordenación de la medida y la revisión de su ejecución (Sentencia C-156, 2016, § 33 y ss.)³. De igual manera, debe ser vinculante en el marco de los requisitos del escrito de acusación requeridos por el artículo 336 CPP, que fija la condición de una probabilidad de autoría o participación en grado de verdad. De lo que se trata es que la decisión sobre la injerencia en derechos fundamentales supere el umbral del peligrosismo como mera sospecha individual (criterio subjetivo) y se sustente en pronósticos estrictamente vinculados al fin de las medidas investigativas y concordantes con la exigencia de proporcionalidad de las mismas (criterio objetivo).

V.2.2. Cualificación especial de los motivos razonablemente fundados como elemento restrictivo del peligrosismo

Restringir la racionalidad peligrosista que justifica diversas medidas investigativas en el proceso penal demanda la incursión de una motivación cualificada para la autorización de tales actividades. Con esto se quiere decir que todas las medidas investigativas que suponen injerencias en derechos fundamentales deben estar amparadas en una tipología especial de motivos fundados. Acá se podría hablar de un motivo razonablemente fundado con inferencia inculpatoria, el que se sustenta en una «alta probabilidad» de autoría o participación del investigado en un hecho punible⁴. Esta configuración de los motivos fundados tiene equivalentes comparativos en figuras como la sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*) en la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO, por sus siglas en alemán) (Ebert, 2000, p. 139, nota al pie 590; Kohlmann, 2012, p. 178, nota al pie 819). En este ámbito procesal, este nivel de sospecha es presupuesto esencial para autorizar la detención preventiva (*Untersuchungshaft*) y se sustenta en la confirmación de una «alta probabilidad» de autoría o participación en el hecho punible.

3 Sobre la limitación de los controles posteriores, véase Sentencia C-014 (2018, Consideraciones).

4 Se encuentra una crítica a la expresión «alta probabilidad» [*hohe Wahrscheinlichkeit*] en Ebert (2000, p. 143).

Esta cualificación especial de los motivos fundados supondría una tipificación del principio de proporcionalidad, de tal manera que las ponderaciones sobre idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto limiten la incursión de referencias extrapenales diferentes a la probabilidad de autoría y participación (entre otras, limitar los sesgos de selectividad policiales y/o de prognosis, como sucede con las herramientas de inteligencia artificial). La llamada *tipificación del juicio de proporcionalidad* por medio de los niveles de sospecha obedece al hecho de querer reducir los espacios normativos a la discrecionalidad dentro del análisis de legalidad (Schulz, 2001, p. 568, nota al pie 482). La propuesta de motivo fundado con inferencia inculpatoria, en concordancia con la figura de la sospecha vehemente, recoge una construcción de probabilidad que está dirigida tanto a la existencia de unas determinadas circunstancias o hechos como relacionada con la autoría o participación en el hecho punible. Esto supone que los hechos o el material probatorio recolectado que sean de carácter exculpatorio no deben ser preponderantes frente al imputante («alta probabilidad») (Ebert, 2000, p. 143, y nota al pie 620; Kohlmann, 2012, p. 178). Para la determinación de la sospecha vehemente, el juez se orienta por una libre valoración de la prueba (*freier Beweiswürdigung*) con fundamento en hechos concretos (Löwe & Rosenberg, 2006, § 112, nm. 20, nota al pie 56). En cualquier caso, el juez toma su decisión con fundamento en el estado más actual de la investigación y de la situación probatoria (Wolter, 2023, § 112, nm. 7).

Esta cualificación de motivos fundados con una inferencia de autoría o participación en un grado de alta probabilidad es transversal a todas las medidas que suponen una injerencia media o alta en derechos fundamentales. Sin embargo, acá resulta necesario diferenciar la inferencia que demanda el artículo 287 CPP para la formulación de una imputación y la requerida por el artículo 336 CPP para la presentación del escrito de acusación. En este último caso, la exigencia de «probabilidad de verdad» está asociada a la probabilidad de condena. Esta probabilidad supone un cúmulo de probabilidades; es decir, debe ser demostrable la comisión del hecho, la convicción del juez sobre los elementos que fundamentan la punibilidad de la conducta y la ausencia de impedimentos procesales (Zuluaga, 2023, p. 271). En ese sentido, este nivel de motivos fundados se soporta en un alto grado de probabilidad —en otras palabras, en una probabilidad de condena—, el cual es confirmado en la audiencia de formulación de acusación también, asegurando la no existencia de causales de incompetencias, impedimentos, recusaciones, nulidades o cualquier observación sobre el escrito de acusación (Urbano, 2013).

De igual manera, las cualificaciones de la inferencia son diferenciables cuando se trata de motivos fundados a partir de los cuales se debe

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

inferir la posibilidad de hallazgo probatorio. La posibilidad de hallazgo de información útil para la investigación (CPP, 2004, arts. 233, 239 y 240-242 CPP) debe plantearse en los límites del juicio de proporcionalidad; es decir, el juicio de probabilidad debe estar antecedido de un análisis de idoneidad y pertinencia de la medida. En ese sentido, la autorización de la medida también debe estar respaldada en una inferencia inculpatoria o incriminante cuando la medida se realice en la etapa de indagación o en la investigación en sentido estricto. De igual manera, si alguno de los componentes del juicio de probabilidad no logra una preponderancia positiva, no se alcanza el nivel de probabilidad; o sea, no superaría la verificación en la audiencia preliminar ante el juez de control de garantías (Löwe & Rosenberg, 2006, § 112, nm. 19, nota al pie 33). Esta también debería ser la conclusión cuando los funcionarios con competencias investigativas no están en condiciones de dedicarse con la necesaria celeridad a las respectivas investigaciones tendientes a superar los vacíos y carencias indiciarios. Así se entiende también por la opinión dominante en Alemania, que considera que la vehemencia (*Dringlichkeit*) de la sospecha desaparece por imposibilidad de la investigación a cargo de los funcionarios de la investigación (nota al pie 34). Una exigencia como esta obliga a un análisis exhaustivo al momento de decidir, por ejemplo, dentro del amplio ámbito del principio de oportunidad, entre una negociación que conduzca a una formalización para lograr una condena en juicio abreviado y otra para obtener salidas alternativas al proceso (en este caso, sin una condena o pronunciamiento sobre la responsabilidad).

Existen muchos problemas relativos a la fundamentación de este nivel de motivos fundados respecto a medidas de investigación específicas, lo cual podrá ser desarrollado en estudios posteriores. Es el caso de la exigencia de inferencia inculpatoria frente a medidas que se realizan antes de la formulación de imputación. En tanto la autorización de la medida, en principio, solo está precedida de actos urgentes (preliminares) de investigación, el nivel de convicción o probabilidad inculpatorio es más bajo que en la formulación de imputación. De igual manera en lo referente al respaldo probatorio, que debe estar vinculado a las inferencias inculpatorias en la indagación, y respecto a las particularidades de cada una de las medidas investigativas. No menos importante es la realización del principio de estricta jurisdiccionalidad frente a aquellos actos investigativos con controles posteriores. Todas estas problemáticas demandan análisis diferenciados respecto a la probabilidad de las inferencias inculpatorias. Además, enseñan que es completamente relevante la concepción de una doctrina de los motivos fundados que le dé trámite a estas diferenciaciones de motivación, respaldo probatorio y juicios inferenciales. En definitiva, se trata de brindar mayor seguridad jurídica al momento de aplicar en los casos

concretos las políticas criminales securitarias al exigir cualificaciones especiales (motivos fundados) a las fases de indagación, formalización e imputación.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En el presente estudio se discutió la correlación entre las nuevas dimensiones de inseguridad ciudadana y la forma como estas pueden permear la configuración del sistema penal, específicamente en sede de la investigación penal. El trabajo muestra cómo las percepciones de riesgo, incertidumbre e inseguridad determinan algunas concepciones de delito y de investigación penal. En un primer momento se ha resaltado que, detrás de las percepciones de inseguridad, se expresa un particular desenlace histórico en el que muchos dispositivos llamados a determinar certidumbres y seguridades han fracasado, lo que ha sido visto como una crisis de la modernidad. Con ello, cristaliza lo que se ha dado en llamar «sociedad del riesgo» como un correlato de la crisis de la sociedad posindustrial. En este espacio se puede encontrar una importante explicación a los desbordes del control punitivo dominado por la subjetividad, con lo que se explota una conexión directa entre el miedo y la reacción penal dentro de un ámbito más cercano a la política electoralista de tipo simbólico («gobernar a través del delito») que a una efectiva política criminal de prevención (objetiva) de la criminalidad y la gestión de las reacciones punitivas respetuosa de los presupuestos garantistas que deben sobrevolar las investigaciones, formalizaciones e imputaciones penales (también en un sistema penal orientado por el principio de oportunidad y la gestión eficiente del delito).

Estos desenlaces, por muchos reconocidos como una «expansión del derecho penal», «tercera velocidad» o, en casos extremos, «derecho penal contra enemigos», han determinado un especial relajamiento de muchos límites materiales y formales del *ius puniendi*, funcional a una determinada política pública de gestión (administrativa) y gobernanza a través del delito. Además, ha marcado la racionalidad de diversos estadios de criminalización, orientando el sistema penal a partir de la enunciación de claves preventivas eficientes (función comunicativa/simbólica). En este ámbito se pueden reconocer diversas dificultades, tanto a nivel legislativo como desde el punto de vista procesal y de ejecución de penas que podrían ultrapasar los límites dogmáticos de la legitimación y justificación del castigo penal. Al respecto, son altamente expresivos los procesos de construcción de probabilidades de autoría y participación (sospechas) que son requeridos para habilitar distintas medidas investigativas en las que se suprime muchas barreras y garantías para la injerencia en derechos fundamentales de los perseguidos penalmente (problemas de selectividad). Especialmente

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSIMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

en medidas propias de la confrontación a la criminalidad organizada y en las decisiones sobre medidas cautelares personales restrictivas de la libertad, se visibiliza esa excitación del recurso punitivo para administrar sensaciones de seguridad con la relajación del principio de reserva judicial y la normalización del abuso de la prisión como espacio de defensa social, siendo que solo cumplen con propósitos de inocuización peligrosista y comunicación general de mínima tolerancia y combate al delito.

En este trabajo se toma una posición profundamente crítica de estas comprensiones «expansivas del proceso penal», más cercanas a un «proceso penal contra enemigos» que a un proceso con todas las garantías legales. No se trata solo de la insostenibilidad de estas tesis desde el punto de vista empírico, sino de lo altamente lesiva que resulta la promoción de apuestas de control absoluto del riesgo y del peligro por medio de la habilitación de facultades coactivas en la investigación penal como herramientas del control de la inseguridad ciudadana, según pautas de tipo policial o de defensa social intolerante sobre cuya materialidad (elementos) y límites no tenemos certeza (problemas de seguridad jurídica).

Esto no significa desconocer la necesidad de una política criminal de prevención efectiva de los riesgos para los bienes jurídicos asociados a determinadas formas de criminalidad y la importancia que puedan tener las leyes penales materiales y procesales para «dar respuesta» frente a determinados fenómenos (*i.e.*, terrorismo, criminalidad organizada, lavado de dinero, corrupción, tráficos trasnacionales de objetos prohibidos, etc.). Sigue siendo necesario concebir presupuestos realizativos para la función comunicativa/simbólica de la pena, dirigida a la población y cuya efectividad también pasa por la exposición mediática de poderosos delincuentes que son «investigados», «formalizados» y, algunas veces, «imputados» por el sistema penal.

El problema es que también contra estos autores el procedimiento penal debe respetar las reglas del «debido proceso» (Trechsel, 1997) y no puede funcionar como un instrumento dirigido únicamente «contra enemigos» de los que la sociedad puede defenderse disminuyendo garantías y aumentando el riesgo o la sospecha. En todos los casos, incluso en un escenario de apogeo de lo securitario, el proceso penal es un marco epistémico diseñado para proteger bienes jurídicos de los riesgos creados por «ciudadanos» y, por ello, responde a principios generales (*i.e.*, presunción de inocencia, derecho de defensa, debido proceso, prohibición de analogía *in malam partem*, etc.) estrechamente vinculados con garantías y mecanismos que protegen derechos (*i.e.*, igualdad de armas, *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*, *nemo tenetur*, etc.) de todas las partes involucradas (Ashworth, 2006).

El éxito procesal de la política criminal no debería venir de la mano de un «recorte» de garantías, sino, en todo caso, de la utilización de nuevas formas de intervención y reacción diseñadas para el trámite de estos fenómenos, siempre que estas pasen por el control judicial de garantías. Entre otras funciones, el proceso penal no solo persigue la investigación y judicialización de delitos (de ninguna manera la extrema «caza de enemigos», basando la «intervención policial» en perfiles como la raza, la etnia o la apariencia física como «indicadores de sospecha» [Harris, 2017, pp. 135 y ss.]), pues también debe cumplir con objetivos de protección de la sociedad, transparencia, dignidad humana y «pena proporcional y necesaria», lo que sería de difícil realización—en términos empíricos— en un «proceso contra enemigos». En esta línea, para la prevención y reacción al delito se comienza a exigir con mayor recelo un marco jurídico democrático compuesto por *democratic rules*, que tienda a la transparencia y cuente con mayor participación ciudadana en el diseño y la aplicación por parte de las «agencias estatales» (Ponomarenko & Friedman, 2017, p. 18).

En esa línea, se plantea la relevancia de cualificar los estándares lógicos y cognitivos de las motivaciones con las que se habilitan herramientas de investigación con carácter injerencista en derechos fundamentales del «ciudadano». De especial relevancia resulta la concepción de juicios de probabilidad de autoría y participación basados en criterios dogmático-penales y con apego a estrictas delimitaciones fácticas, tendientes a la disuasión de meras suposiciones policiales o de estados de pertenencia (grupos raciales, colectivos, asociaciones, grupos étnicos, pueblos originarios, orientaciones sexuales o de género, migrantes, desempleados, etc.).

Con este trabajo se intentó contribuir a la necesaria construcción de una propuesta sobre una dogmática procesal penal restrictiva del peligrosismo y de la subjetividad. De este modo, los límites y elementos enunciados pueden servir para disminuir la incidencia negativa de los problemas de selectividad y seguridad jurídica identificados y, de esa manera, lograr un equilibrio entre los objetivos de securitización por medio de un sistema penal respetuoso del debido proceso y del *rule of law* (problemas de proporcionalidad). Esta propuesta se compadece con mandatos constitucionales que reivindican un carácter subsidiario del derecho penal y, por lo tanto, con una forma de comprensión del control social con otras pedagogías políticas, distintas a las lógicas policiacas en el proceso penal y a la tarea de gobernar a través del delito.

REFERENCIAS

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2017). *Informe sobre los derechos fundamentales 2017. Dictámenes de la FRA*. <https://fra.europa.eu>.

eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-fundamental-rights-report-2017-opinions_es.pdf

Alonso, M. (2003). Crisis de la política, ciudadanos sufrientes y sociedad sinóptica. *Estudios Políticos*, (22), 11-28. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.17539>

Ambos, K. (2002). Control de la policía versus dominio policial de la instrucción. *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, (3), 15-28.

Ambos, K., & Woischnik, J. (2000). Las reformas procesales penales en América Latina. En Julio B. J. Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik (coord.), *Las reformas procesales penales en América Latina* (pp. 849-851). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Amnistía Internacional. (2024). *El Salvador: Crisis de derechos humanos podría profundizarse durante el segundo mandato de Bukele*. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2024/02/el-salvador-human-rights-crisis-bukeles-second-term/>

Aponte, A. (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Ibáñez.

Armony, V., Hassouci, M., & Mulone, M. (2019). *Les interpellations policières à la lumière des identités racisées des personnes interpellées. Analyse des données du Service de Police de la Ville de Montréal (SPVM) et élaboration d'indicateurs de suivi en matière de profilage racial*. Servicio de Police de la Ville de Montreal. https://classiques.uqam.ca/contemporains/armony_victor/Interpellations_policieres_Mtl/Interpellations_policieres_Mtl.html

Ashworth, A. (2006). Four Threats to the Presumption of Innocence. *South African Law Journal*, 123, 63-97. <https://journals.co.za/doi/10.10520/EJC53683>

Bacigalupo, S. (2022). El cambio del paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal. En Víctor Gómez Martín, Carolina Bolea Bardon, José-Ignacio Gallego Soler, Juan Carlos Hortal Ibarra y Ujala Joshi Jubert (dirs.), *Un modelo integral de derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Miren Txu Corcoy Bidasolo* (pp. 419-434). Madrid: Aeboe.

Bauman, Z. (2002). *En busca de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.

Bauman, Z. (2008). *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*. Barcelona: Paidós.

Beck, U. (1986). *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp.

Bedoya, L. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: FGN.

Benito, D. (2024). Aporofobia y delito: la criminalización del top manta. *Revista Penal*, (48), 5-32.

Bermúdez-Valle, Á. (2024, 25 de septiembre). *Los presos de Bukele*. Diálogo Político. <https://dialogopolitico.org/agenda/los-presos-de-bukele/>

Bernal, J., & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal. Tomo II: Estructura y garantías procesales* (6.^a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bessant, J. (2002). Left, right or straight ahead: contemporary prospects for progressive and critical criminology. En Kerry Carrington y Russell Hogg (eds.), *Critical Criminology. Issues, Debates, Challenges* (pp. 218-242). Cullompton: Willan Publishing.

Böhm, M. L. (2016). Securitización. En Kai Ambos, María Laura Böhm y John Zuluaga (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana* (pp. 173-201). Göttingen: Göttingen University Press. <https://doi.org/10.17875/gup2016-907>

Brown, J. (2020). Police powers: stop and search. *Briefing Paper*, (3878). <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN03878/SN03878.pdf>

Burchard, C. (2021). Von der »Strafrechts«ordnung der Prä diktionsgesellschaft zur Strafrechts«ordnung« des liberalen Rechtsstaats. En Rainer Forst y Klaus Günther (eds.), *Normative Ordnungen* (pp. 553-579). Frankfurt: Suhrkamp.

Cigüela, J. (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(12). <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-12.pdf>

Díez, J. (2016). De la sociedad del riesgo a la ciudadana: un debate desenfocado. *Nuevo Foro Penal*, 12(69), 198-248. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3774>

Díez, J. (2017). El abuso del sistema penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19). <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf>

Dorsett, J. (2008). Assessing the Constitutionality of the Alien Terrorist Removal Court. *Duke Law Journal*, (57), 1833-1864.

Eastwood, N., Shiner, M., & Bear, D. (2013). *The Numbers in Black and White. Ethnic Disparities in the Policing and Prosecution of Drug Offences in England and Wales*. Release. Drugs, The Law und Human Rights. <https://www.release.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/Release%20-%20Race%20Disparity%20Report%20final%20version.pdf>

Ebert, A. (2000). *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*. Frankfurt am Main: Lang.

Engelhart, M. (2010). *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*. Berlin: Duncker & Humblot.

Engle, K. (2020). Constructing Good Aliens and Good Citizens: Legitimizing the War on Terror(ism). En Cyra Akila Choudhury y Khaled A. Beydoun (eds.), *Islamophobia and the Law* (pp. 56-76). Cambridge: Cambridge University Press.

Escalante, E. (2024). *Política criminal transnacional en la lucha contra el crimen organizado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Escobar, M. (2001). Algunas limitaciones institucionales para la implementación de políticas de convivencia y seguridad ciudadana en los ámbitos nacional y territorial. *Planeación y Desarrollo*, 1(32), 67-100.

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

- Eser, A. (2001). Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. En Julio B. J. Maier (comp.), *De los delitos y de las víctimas* (pp. 13-52). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Fair, H., & Walmsley, R. (2024). *World Prison Population List fourteenth edition*. Prison Studies. https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_14th_edition.pdf
- Ferrajoli, L. (1988). Justicia Penal y democracia. El contexto extra-procesal. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, (4), 3-7.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (6.^a ed.). Madrid: Trotta.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- Foucault, M. (1986). *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI.
- Frisch, W. (2022). La doctrina del delito de Welzel desde los años setenta. Entre el incremento subjetivista y la crítica normativista. En Yesid Reyes Alvarado, Carmen Eloísa Ruiz López, Nathalia Bautista Pizarro y Hernán Darío Orozco López (eds.), *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel* (pp. 353-414). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Galain, P. (2010). *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galain, P. (2021). El delito de lavado de activos: ¿Cómo y hasta donde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos? En R. Hefendehl y P. Galain, *El Derecho Penal Económico en su dimensión global. Dogmática, criminología y política criminal* (pp. 73-176). Montevideo y Buenos Aires: Bdef.
- Galain, P. (2024). La política de guerra contra las drogas en América Latina: algunas consecuencias y daños colaterales. *Revista de Estudos Criminais*, (95), 67-98.
- Galain, P., & Lascano, S. (2021). Uruguay. En Nicolás Rodríguez (dir.), *Tratado Angloiberoamericano sobre compliance penal* (pp. 833-874). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galain, P., & Saad-Diniz, E. (eds.). (2021). *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gleß, S. (2001). Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bemerkungen. En S. Gleß, R. Grote y G. Heine (Hrsg.), *Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol, Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz* (pp. 645-695). Freiburg, Iuscrim.
- Gómez, M., & Espinoza, A. (2021). Percepción de amenaza como mediadora de la relación entre los estereotipos y el prejuicio hacia los migrantes venezolanos en Perú. *Liberabit*, 27(1), 1-20. <https://doi.org/10.24265/liberabit.2021.v27n1.04>
- González, J. (2010). La criminalización de la crítica. *Estudios Políticos*, (36), 95-99.

Gottfredson, M. (2006). Una teoría del control explicativa del delito. En Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora y Alfonso Serrano Maíllo (dirs.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 333-345). Madrid: Dikinson.

Gracia, L. (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gracia, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho Penal del enemigo'. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(2), 1-43.

Graumann, C. (1989). Die Zuweisung von Verantwortung Ein sozialpsychologisches Problem. En Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), *Verantwortlichkeit und Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (pp. 161-168). Opladen: Westdeutscher Verlag.

Greco, L. (2021). *La teoría de la imputación objetiva. Una introducción*. México: CEJL.

Guerrero, O. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* (2.^a ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Gunnar, J. (2009). Labeling theory. En M. Krohn, A. Lizotte y G. Penly Hall (eds.), *Handbook on Crime and Deviance* (pp. 187-207). Nueva York: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-1-4419-0245-0>

Guzman, A., & Galain, P. (2024). Las nuevas tecnologías en el sistema penal uruguayo. En Ezequiel Malarino, Alicia Gil Gil y Hartmut Rank (eds.), *Nuevas Tecnologías y Sistema Penal: un estudio de los ordenamientos latinoamericanos* (pp. 325-355). Bogotá: KAS.

Harris, D. A. (2017). Racial Profiling. En Erik Luna (ed.), *2 Reforming Criminal Justice: Policing 117*. U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper N.^o 2017-30. <https://ssrn.com/abstract=3086232>

Hellmann, U. (2006). *Strafprozessrecht* (2.^a ed.). Berlín: Springer.

Horvitz, M. (2012). Seguridad y garantías: derecho penal y procesal penal de prevención de peligros. *Revista De Estudios De La Justicia*, (16), 99-118. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29500>

Huertas, O., Manrique, F., & Benítez, C. (2019). *Análisis del estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia: propuestas para el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Human Rights Watch. (2017, 11 de noviembre). Los incentivos perversos detrás de los "falsos positivos. Human Rights Watch da a conocer una directiva inédita sobre condecoraciones del Ejército. <https://www.hrw.org/es/news/2017/11/11/los-incentivos-perversos-detrás-de-los-falsos-positivos>

Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.). (2000). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares.

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSIMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

- Jakobs, G. (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de Derecho penal* (pp. 293-324). Madrid: Civitas, UAM.
- Jakobs, G. (2003). La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. En Francisco Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (pp. 53-64). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jiménez, M. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16(8).
- Kessler, G. (2009). *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Kingreen, T., & Poscher, R. (2020). *Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht* (11.^a ed.). Múnich: Beck.
- Kohlmann, D. (2012). *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technikeinsatz, Bedeutung und Legitimation ihres Einsatzes im Ermittlungsverfahren*. Baden-Baden: Nomos.
- Kühne, H. (2010). *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts* (8.^a ed.). Heidelberg: Müller.
- Kury, H., & Brandenstein, M. (2006). Sobre la cuestión de una nueva punitividad - actitudes sancionadoras y política sancionadora. En Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora y Alfonso Serrano Maíllo (dirs.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez* (pp. 369-402). Madrid: Dikinson.
- Lohner, E. (1994). *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren: Begriff, rechtliche Ausgestaltung, praktische Handhabung und Kontrolle am Beispiel der polizeilichen Verdachtsfeststellung*. Fráncfort del Meno: Lang.
- Londoño, H. (2016). *Sistemas punitivos y derechos humanos. El caso de la comuna 13 de Medellín-Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Universidad de Antioquia.
- Löwe, E., & Rosenberg, W. (eds.). (2006). *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* (26.^a ed.). Berlín: De Gruyter Recht.
- Luneke, A., & Trebilcock, M. (2023). Prevención del delito, la construcción de la seguridad ciudadana y los cambios en la política criminal en Chile. 1990-2017. *Política Criminal*, 18(35), 352-377. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992023000100352>.
- Manco, Y. (2024). *La duda jurídico-penal: los hechos, los valores y las normas desde una epistemología abierta del proceso penal* [tesis de doctorado en Filosofía, Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia]. Medellín.
- Maqueda, M. (2003). Crítica a la reforma penal anunciada. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, (47), 6-11.
- Martínez, M., & González, C. (eds.). (2024). *Seguridad ciudadana en Latinoamérica: problemáticas actuales. El crimen organizado, las víctimas y el Estado*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.

Matus, J., & Ramírez, C. (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Medina, G. (2023). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Panorama actual y perspectivas. *Estudios Penales y Criminológicos*, (43), 544-566.

Mendieta, D., & Gómez, J. (2022). Estado de cosas inconstitucional y sistema penitenciario y carcelario de Colombia. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 14(3), 329-350. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2022.143.03>

Mendoza, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.

Modolell, J. (2021). La conducta jurídico-penal de la persona jurídica como ejemplo de expansión punitiva. En P. Galain y E. Saad-Diniz (eds.), *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo* (pp. 399-415). Valencia: Tirant lo Blanch.

Morales, M. (2009). *La investigación encubierta con fines judiciales como técnica especial de investigación: análisis constitucional y legal desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Muñoz, F. (2003). El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “derecho penal del enemigo”. En M. Ontiveros y M. Peláez, M. (coords.), *La influencia de la ciencia penal en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin* (t. I, pp. 117-126). Ciudad de México: Instituto de Ciencias Penales.

Muñoz, L. (2015). *El paradigma de la sociedad de sospecha en Chile: análisis crítico de una política criminal basada en el estado de policía* [tesis de maestría en Criminología y Sociología Jurídico Penal, Universidad de Barcelona]. Barcelona.

Navarrete, B. (2019). La inmigración en la agenda de seguridad en Chile. Las nuevas amenazas en los libros de la defensa nacional. *Estudios Internacionales*, 51(193), 37-63. <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/54137> <http://dx.doi.org/10.5354/0719-3769.54137>

Netto, J. (2020, 20 de octubre). *Disuasión focalizada: una nueva estrategia de política criminal para América Latina*. derechopenalonline.com/disuasion-focalizada-una-nueva-estrategia-de-politica-criminal-para-america-latina/

Nieto, A. (2014). De la Ética Pública al „Public Compliance“: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. En Adán Nieto y Manuel Maroto (dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* (pp. 17-42). Valencia: Tirant lo Blanch.

Nieto, A. (2023). La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración. *Revista de Responsabilidad penal de personas jurídicas y compliance*, (1), 1-42.

Nieva, J. (2022). Technology and fundamental rights in the judicial process. *Civil Procedure Review*, 13(2), 53-68.

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

- Obando, J. (2009). *Reformas del proceso penal y seguridad ciudadana en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, H., & Galain, P. (2024). Corrupción institucional y organizacional: las redes complejas de corrupción. *Política Criminal*, 19(37), 129-161. <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2024/07/Vol19N37A5.pdf>
- O'Neil, C. (2016). *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*. Nueva York: Crown.
- Orozco, I., & Gómez, J. (1999). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis, Iepri, UNAL.
- Paeffgen, H. (1986). *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*. Köln: Heymanns.
- Paredes, J. (2023). Recensión a Cornelius Prittwitz, Derecho penal y riesgo. Madrid: Marcial Pons. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 735-739. <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/418778/513151>
- Pásara, L. (2010). El impacto de la reforma procesal penal en la seguridad ciudadana. *Derecho PUCP*, (65), 55-67. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.002>
- Pérez, W., Vanegas, A., & Álvarez, C. (1999). Las políticas públicas de control de la criminalidad en Medellín. *Estudios Políticos*, (14), 31-64.
- Ponomarenko, M., & Friedman, B. (2017). Democratic Accountability and Policing. En Erik Luna (ed.), *Reforming Criminal Justice Volume 2: Policing* (pp. 5-25). The Academy for Justice, Arizona.
- Posada, J. (2024). *Crítica al régimen de libertad en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Prittwitz, C. (1993). *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt: Klostermann.
- Prittwitz, C. (2000). El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. En Romeo Casabona (dir.), *La insostenible situación del Derecho Penal* (pp. 427-446). Granada: Comares.
- Prittwitz, C. (2014). La criminalidad de los poderosos. *Revista Digital De Ciencias Penales de Costa Rica*, (6). <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15824>
- Quattrocolo, S. (2020). *Artificial Intelligence, Computational modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*. Suiza: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-52470-8>
- Reyes, Y. (2021). Aspectos controversiales de la legítima defensa. A manera de estudio preliminar. En Y. Reyes y H. Orozco (eds.), *Entre la legítima defensa y la venganza. Un análisis de los requisitos de la legítima defensa en el ordenamiento penal colombiano a la luz de los casos prácticos* (pp. 15-55). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rigakos, G. (1999). Risk society and actuarial criminology: Prospects for a critical discourse. *Canadian Journal of Criminology*, 41(2), 137-150.

Rosen, J. (2014). *The Losing War. Plan Colombia and beyond*. Nueva York: Suny Press.

Roxin, C. (1970). Gedanken zur Problematik der Zurechnung in Strafrecht. En Eberhard Barth (eds.), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970* (pp. 133-150). Gotinga: Verlag Otto Schwartz.

Roxin, C. (2001). Transformaciones de la teoría de los fines de la pena. En Carlos Julio Lascano (dir.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin* (pp. 211-226). Córdoba: Lerner.

Ruch, A. (2022). Hautfarbe als Verdacht. Das Zusammenwirken von „gefährlichen Orten“ und „racial profiling“. *Kriminologie - Das Online-Journal*, 4(3), 249-262. <https://doi.org/10.18716/ojs/krimoj/2022.3.3>

Ruggiero, V. (2006). New potential for anti-criminology. En I. Rivera, H. C. Silveira, E. Bodelón y A. Recasens (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli* (pp. 183-196). Barcelona: Anthropos.

Saliger, F., Ruiz, C., Pastor, N., & Coca, I. (eds.). (2023). *Responsabilidad penal de personas jurídicas. Volumen I Fundamentos filosóficos-Volumen II Sistema de sanciones*. Bogotá: Tirant lo Blanch.

Schulz, L. (2001). *Normiertes Misstrauen: der Verdacht im Strafverfahren*. Fráncfort del Meno: Klostermann.

Schünemann, B. (1991). Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. En Bernd Schünemann y Jesús María Silva Sánchez (comps.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (pp. 31-80). Madrid: Technos.

Silva, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2.ª ed.). Madrid: Civitas.

Simon, J. (2007). *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa.

Sotomayor, J. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia. Un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal*, 3(71), 13-65. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1846/1846>

Teijón, M. (2023). Los delitos de peligro en el derecho penal contemporáneo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25(29). <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-29.pdf>

Tenenbaum, G. (2022). *Los protectores del capital. Las conexiones entre el tráfico de drogas mexicano y el lavado de dinero en Uruguay*. Montevideo: Debate.

Trechsel, S. (1997). Why Must Trials be Fair? *Israel Law Review*, 31(1-3), 94-119.

Trujillo, O. (2023, 13 de marzo). Expansionismo penal en El Salvador: entre el autoritarismo y el derecho. *periodicounal.edu.co*. <https://periodico.unal.edu.co/articulos/expansionismo-penal-en-el-salvador-entre-el-autoritarismo-y-el-derecho>

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

- Van Swaanningen, R. (2011). *Perspectivas europeas para una Criminología Crítica*. Montevideo y Buenos Aires: BdeF.
- Velásquez, F., & Zuluaga, J. (eds.) (2022). *La prisión perpetua en Colombia. Perspectivas Político-Criminales Comparadas*. Bogotá: Tirant lo Blanch, USA-KAS Ius LA.
- Velásquez, F. (2013). Las transformaciones del concepto de autoría: El caso de los aparatos criminales organizados de poder en el contexto colombiano. *Cuadernos de Derecho Penal*, (10), 27-51.
- Velásquez, F. (2023). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General* (6.^a ed.). Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Vélez, L. (2013). *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menoscambio de la libertad personal y autoritarismo penal*. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
- Vélez, J., & Pérez, W. (1997). Seguridad ciudadana y homicidio en Medellín. *Estudios Políticos*, (11), 99-129.
- Vives, T. (2019). Intervención penal y garantías constitucionales. En Alonso Rimo (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana* (pp. 31-36). Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Volk, K., & Engländer, A. (2013). *Grundkurs StPO* (8.^a ed.). Múnich: Beck.
- Waddington, P., Stenson, K., & Don, D. (2004). In Proportion: Race, and Police Stop and Search. *The British Journal of Criminology*, 44(6), 889-914. <https://doi.org/10.1093/bjc/azh042>
- Wolter, J. (Hrsg.). (2023). *SK-StPO - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. Band 2: Mit GVG und EMRK; Band II (§§ 94-136a StPO). Colonia: Carl Heymanns Verlag.
- Zabel, B. (2014). Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts. *ZIS*, 7(8), 340-347.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte General* (2.^a ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Zugaldía, J., & Marín, E. (dirs.). (2015). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*. Barcelona: Aranzadi.
- Zuluaga, J. (2019, 24 de diciembre). *Dos anotaciones sobre el vandalismo post 21N*. Legis Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/dos-anotaciones-sobre-el-vandalismo-pos-21n>
- Zuluaga, J. (2014). De los motivos “fundados” para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano. *Nuevo Foro Penal*, 10(83), 167-211. <https://doi.org/10.17230/nfp.10.83.6>
- Zuluaga, J. (2023). *Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen. Eine rechtsvergleichende Analyse*. Schriften zum Strafrechtsvergleich (SRV), Band 19. Berlín: Duncker & Humblot.

Zuluaga, J. (2024, 12 de marzo). *La legítima defensa y el relativismo securitario*. Legis Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/la-legitima-defensa-y-el-relativismo-securitario>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

Ley 906, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Congreso de la República [Colombia], 1 de septiembre de 2004.). *Diario Oficial*, (45.658), 1 de septiembre de 2004. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=14787>

Sentencia C-014, Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-11876] (Corte Constitucional [Colombia], 14 de marzo de 2018).

Sentencia C-156, Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-10950] (Corte Constitucional [Colombia], 2016, 6 de abril de 2016).

Sentencia C-185, Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-6910] (Corte Constitucional [Colombia], 27 de febrero de 2008).

Sentencia C-822, Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5549] (Corte Constitucional [Colombia], 10 de agosto de 2005).

Sentencia C-1092, Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-4489] (Corte Constitucional [Colombia], 19 de noviembre de 2003).

Sentencia C-024, Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-350] (Corte Constitucional [Colombia], 27 de enero de 1994).

EL PROCESO
PENAL ANTE LA
INSEGURIDAD
SENTIDA. LÍMITES Y
ELEMENTOS PARA
UNA PROPUESTA
DOGMÁTICA
PROCESAL PENAL
RESTRICTIVA DEL
PELIGROSMO

CRIMINAL
PROCEEDINGS IN
THE FACE OF SENSED
INSECURITY. LIMITS
AND ELEMENTS
FOR A DOGMATIC
CRIMINAL
PROCEDURE
PROPOSAL THAT
RESTRICTS THE
DANGEROUSNESS
DOCTRINE

Recibido: 07/11/2024

Aprobado: 09/06/2025