

Ejemplar dedicado a la memoria del Profesor
Doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA

edp

Cuadernos de Derecho Penal



POLICÍA JUDICIAL Y PROCESO PENAL

19

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Penal

Grupo de Investigación en Ciencias Penales
y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas"

cdp

Cuadernos de Derecho Penal

19

(Enero-junio de 2018)

POLICÍA JUDICIAL Y PROCESO PENAL EN HOMENAJE AL PROFESOR BERNARDO GAITÁN MAHECHA

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Coordinadores Editoriales:

JOHN E. ZULUAGA TABORDA.

JUAN DAVID JARAMILLO RESTREPO.

Asistente Editorial:

JUAN PABLO SIERRA PIÑEROS.

Presentación

Fernando Velásquez Velásquez.

Doctrina

- Policía Judicial: A la búsqueda de un modelo adecuado para una lucha eficaz contra el crimen. *Juan-Luis Gómez Colomer.*
- La administración de justicia penal europea y transnacional como desafío para una dogmática de derecho penal moderna. *Walter Perron.*
- Algunas reflexiones sobre la víctima en el proceso penal italiano. *Renzo Orlandi.*
- Facultades de la policía judicial en la lucha contra la corrupción en los Estados Unidos. *Stephen C. Thaman.*
- La retractación en la aceptación de responsabilidad unilateral, el caso colombiano a partir de la jurisprudencia. *Gabriel Andrés Moreno Castañeda.*
- La prueba trasladada en el sistema penal acusatorio y los postulados constitucionales. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*

Jurisprudencia

- Dignidad humana e integridad de las personas privadas de la libertad a la luz del paradigma de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Lucy Nataly Girón Unigarro.*

Reseñas y recensiones

- Elbert, C. (2017). *Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*. Buenos Aires: Prosa y poesía American Editores. *Eugenio Raúl Zaffaroni.*
- Werle, G. y F. Jessberger (2018). *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch. *Fernando Velásquez Velásquez.*
- Vitale, G. L. y G. N. García (2011). *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Buenos Aires: Editores del Puerto. *Kevin Iván Giraldo Ramos.*

Entrevista

- Profesor Dr. Víctor Moreno Catena. *Fernando Velásquez Velásquez.*



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

cdp

Cuadernos de Derecho Penal

19

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 19

EDITOR

Prof. Fernando Velásquez Velásquez
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

COORDINADORES EDITORIALES

Prof. Dr. John E. Zuluaga Taborda LL. M.
Prof. Mag. Juan David Jaramillo Restrepo

ASISTENTE EDITORIAL

Prof. Dr. Juan Pablo Sierra Piñeros

COMITÉ EDITORIAL / CIENTÍFICO

Prof. Dr. José Hurtado Pozo – Universidad de Fribourg, Suiza
Prof. Dr. Alfonso Cadavid Quintero – Universidad EAFIT, Colombia
Prof. Dr. Ricardo Molina López – Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
Prof. Dr. Emiliano Borja Jiménez – Universidad de Valencia, España
Prof. Dr. Juan Luis Gómez Colomer – Universidad Jaume I, España
Prof. Dr. John A. E. Vervaele – Universidad de Utrecht, Holanda
Prof. Dr. Ricardo Posada Maya – Universidad de Los Andes, Colombia
Prof. Dr. Kai Ambos – Universidad de Göttingen, Alemania
Prof. Dr. Renzo Orlandi – Universidad de Bolonia, Italia
Prof. Dr. Rodrigo González Quintero – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Prof. Dr. Christian L. Wolffhügel Gutiérrez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia
Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

CONSEJO ASESOR

Prof. Dr. Juárez Tavares – Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil
Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras – Universidad de Jaén, España
Prof. Dr. Lotario Vilaboy Lois – Universidad de Santiago de Compostela, España
Prof. Dr. Luis E. Chiesa Aponte – Universidad de Búfalo, EE.UU.
Prof. Dr. Walter Perron – Universidad de Freiburg, Alemania
Prof. Dr. Miguel Ontiveros Alonso – Universidad Autónoma de Chiapas, México
Prof. Dr. Hernando León Londoño Berrío – Universidad de Antioquia
Prof. Nodier Agudelo Betancur. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas
Prof. Oscar Julián Guerrero Peralta
Prof. Hernán Gonzalo Jiménez Barrero
Prof. Carlos Roberto Solórzano Garavito
Prof. Álvaro Vargas
Prof. Mario Trapani

CORRECTOR DE ESTILO

Prof. Fernando Velásquez Velásquez
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Jimmy F. Salcedo Sánchez

DISEÑO CARÁTULA

Jimmy F. Salcedo Sánchez

IMAGEN DE PORTADA

Shutterstock.com

Fecha de edición: enero-junio de 2018.
Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa
autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 N.º 74-40
Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. www.usa.edu.co Fax: 3177529
Correo: cuadernos.der.penal@usa.edu.co

Versión electrónica: <http://www.usergioarboleda.edu.co/cuadernos-de-derecho-penal/>
ISSN: 2027-1743 / 2500-526x (en línea)

Contenido

| | |
|---|-----|
| I. Presentación | 7 |
| II. Doctrina | |
| Policía Judicial: a la búsqueda de un modelo adecuado para una lucha eficaz contra el crimen <i>Juan-Luis Gómez Colomer</i> | 11 |
| La administración de justicia penal europea y transnacional como desafío para una dogmática de derecho penal moderna <i>Walter Perron</i> | 47 |
| Algunas reflexiones sobre la víctima en el proceso penal italiano <i>Renzo Orlandi</i> | 61 |
| Facultades de la policía judicial en la lucha contra la corrupción en los Estados Unidos <i>Stephen C. Thaman</i> | 69 |
| La retractación en la aceptación de responsabilidad unilateral. El caso colombiano a partir de la jurisprudencia <i>Gabriel Andrés Moreno Castañeda</i> | 83 |
| La prueba trasladada en el sistema penal acusatorio y los postulados constitucionales <i>Ingrid Bibiana Muñetones Rozo</i> | 117 |
| III. Jurisprudencia | |
| Dignidad humana e integridad de las personas privadas de la libertad a la luz del paradigma de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Lucy Nataly Girón Unigarro</i> | 159 |

IV. Reseñas y recensiones

Elbert, C. (2017). *Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*. Buenos Aires: Prosa y poesía American Editores.

Eugenio Raúl Zaffaroni 197

Werle, G. y F. Jessberger (2018). *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernando Velásquez Velásquez 205

Vitale, G. y García, G. (2011). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Kevin Iván Giraldo Ramos 208

V. Entrevista

Profesor Dr. Víctor Moreno Catena

Fernando Velásquez Velásquez 215

I

Presentación

Este nuevo número aparece con renovados esfuerzos encaminados a brindar, cada día, una mejor publicación. El lector encontrará las habituales secciones. En efecto, en el apartado destinado a la doctrina se incluyen seis colaboraciones distintas: la primera, denominada como *Policía judicial: A la búsqueda de un modelo adecuado para una lucha eficaz contra el crimen*, ha sido elaborada por el profesor español Juan Luis Gómez Colomer, quien aprovecha esta oportunidad para hacer una evaluación en torno a los modelos de policía judicial en el contexto de las recientes transformaciones en el ámbito del derecho procesal penal; la segunda, se denomina *La administración de justicia penal europea y transnacional como desafío para una dogmática de derecho penal moderna*, que es de la autoría del profesor alemán Walter Perron y sirve, a no dudarlo, para jalonar el debate en materia de la internacionalización del derecho penal en un mundo cada vez más globalizado, aunque miradas las cosas desde la perspectiva germana.

Así mismo, en tercer lugar, aparecen la aportación que hace el profesor de la Universidad de Bolonia Renzo Orlandi, denominada *Algunas reflexiones sobre la víctima en el proceso penal italiano*, en la que muestra cuál es el papel de esta parte en el proceso penal de su país, algo de sumo interés cuando se trata de ventilar esta discusión en el ámbito latinoamericano y colombiano. A su turno, la cuarta colaboración –obra del profesor Stephen C. Thaman– se denomina como *Facultades de la policía judicial en la lucha contra la corrupción en los Estados Unidos*, y es una tentativa de mostrar el papel de ese organismo en tratándose de ese tipo de manifestaciones criminales, en un país caracterizado por impulsar ese tipo de estrategias en el plano internacional.

De igual forma, la quinta contribución es obra del egresado de nuestra Maestría, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal, Gabriel Andrés Moreno Castañeda y se intitula como *La retractación en la aceptación de responsabilidad unilateral, el caso colombiano a partir de la jurisprudencia*, esto es, una reflexión enderezada a examinar ese instituto en el contexto del modelo procesal penal vigente en tratándose de la llamada justicia premial. Para culminar, aparece el trabajo que –con nuestra dirección– realizó la profesional Bibiana Muñetones Rozo también como requisito de grado de la Maestría, intitulado como *La prueba trasladada en el sistema penal acusatorio y los postulados constitucionales*. El mismo trata de indagar sobre la importancia y pertinencia de ese instituto probatorio en el sistema procesal penal vigente; ella, debe advertirlo el lector, a partir de este número ha cesado en sus funciones como gestora técnica por decisión voluntaria.

En el apartado destinado a la Jurisprudencia, se inserta el estudio hecho por Lucy Nataly Girón Unigarro, egresada de la Maestría del *alma mater*, intitulado como *Dignidad humana e integridad de las personas privadas de la libertad a la luz del paradigma de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, que es un esfuerzo encaminado a estudiar la materia precisa de la cual se ocupa, en el contexto propio de la jurisprudencia del más importante tribunal regional de derechos humanos.

De igual forma, en la sección de reseñas y recensiones se examinan tres textos académicos de importancia: uno, de la obra *Franz von Liszt: teoría y práctica*

en la *política criminal (1899-1919)*, del académico argentino Carlos Elbert, llevado a cabo por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni; otra, que corresponde a la tercera edición de la obra *Tratado de Derecho Penal Internacional*, de los profesores Werle y Jessberger, a cargo del suscrito. Y, en fin, la compilación de los estudiosos Gustavo L. Vitale y Gerardo Nicolás García intitulada como *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, que es de la autoría de nuestro colaborador Kevin Iván Giraldo Ramos.

Para culminar, el apartado destinado a entrevistar a grandes académicos que mucho han contribuido a las disciplinas penales y procesales se destina en esta oportunidad a una muy agradable, sentida y productiva charla celebrada con el distinguido estudioso español, el profesor Víctor Moreno Catena, quien tantos vínculos académicos y profesionales ha tenido con Colombia y, por supuesto, con nuestra Universidad.

Este número, como se podrá observar por el subtítulo dado al mismo, también sirve para rendirle un muy sentido homenaje al Profesor Bernardo Gaitán Mahecha (1924-2018) quien partió este año, luego de una larga y fructífera vida al servicio del país como ministro, congresista, alcalde de Bogotá y Embajador ante la Santa Sede, entre muchos otros cargos. Él, estudió derecho en la Universidad Javeriana de cuya facultad de Derecho fue decano y donde, además, formó a muchos alumnos (entre ellos, a algunos de los directivos de la Universidad Sergio Arboleda que fueron sus discípulos) a partir de 1952 y hasta el momento de su deceso.

Sus principales incursiones académicas tuvieron lugar en el ámbito de la Parte general del Derecho penal con su obra “Derecho penal general”, publicada por la Editorial Lerner de Bogotá en 1963, que fue pionera en el ámbito de la dogmática jurídico-penal y en la cual recogió su trabajo pionero intitulado “El Derecho penal conforma a las concepciones modernas”, publicado en el N.º 1 de la Revista del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Colombia, en 1953; y, también con su producción “Esquema de Derecho Procesal Penal colombiano” (Temis, 1958). Asimismo, Diferentes contribuciones suyas aparecieron en distintas revistas especializadas y libros colectivos; también, fue autor o coautor de diversas reformas legislativas como los proyectos que sirvieron de base para la expedición del Código Penal de 1980, e intervino en los años sesenta del siglo pasado en la comisión redactora del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, a partir de 1963.

En fin, quiero aprovechar esta nueva oportunidad –como ya es habitual– para agradecerles a los autores por sus contribuciones, a los pares académicos que los han revisado por su encomiable tarea, a los miembros de los Comités Editorial y Científico y del Consejo asesor por su renovado apoyo; y, por supuesto, a todos nuestros colaboradores y al señor Rector, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, quien siempre ha acogido esta tarea con mucho afecto.

Fernando Velásquez Velásquez.

Editor.

II

Doctrina

POLICÍA JUDICIAL: A LA BÚSQUEDA DE UN MODELO ADECUADO PARA UNA LUCHA EFICAZ CONTRA EL CRIMEN*

*Juan-Luis Gómez Colomer***

Resumen

Este trabajo se ocupa de las relaciones entre el Estado y el crimen, a cuyo efecto se hacen diversas sugerencias para lograr un marco organizativo general que sea adecuado para la Policía Judicial. Además, se examina las funciones generales que la misma debe tener en el proceso penal, los límites de la investigación policial y sus consecuencias; así mismo, aborda algunos aspectos complejos de la actuación policial en su calidad de autoridad pública, cuando actúa en la persecución del delito en los momentos actuales. Al final, señala los aspectos mínimos comunes que sí deberían conformar un modelo policial efectivo, tanto desde un punto de vista material, como puramente jurídico.

Palabras claves

Estado, España, crimen, proceso penal, policía judicial, investigación policial.

Abstract

This work deals with the relations between the State and crime, for which purpose various suggestions are made to achieve a general organizational framework that is suitable for the Judicial Police. In addition, it examines the general functions that it must have in the criminal process, the limits of the police investigation and its consequences; likewise, it addresses some complex aspects of police action in its capacity as public authority, when it acts in the prosecution of crime at the current time. In the end, it he points out the minimum common aspects that should make up an effective police model, both from a material point of view and purely legal.

Keywords

State, Spain, crime, criminal process, judicial police, police investigation.

* Texto de la ponencia presentada en "II Congreso Internacional de Policía Judicial Nuevos Retos", organizado por el Instituto de Criminalística, Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, el día 20 de octubre de 2017.

** Licenciado en Derecho y graduado en Criminología, Universidad de Valencia; Profesor de la Universidad Jaume I de Castellón, España; E-mail: colomer@dpu.uji.es

Estado, Policía y crimen: una introducción

Explicar la actividad de la policía en relación con la investigación del delito es un tema complejo, primero, porque ella, en la generalidad de los países, no suele dedicarse exclusivamente a tareas de investigación del crimen, con lo que su actividad puede enmarcarse en varias instituciones jurídicas y, por tanto, tener diferentes naturalezas jurídicas; y, segundo, porque requiere, además de un catálogo preciso en que se definan sus funciones, explicitándose los límites de su actuación con claridad, de una organización administrativa, generalmente de dimensiones enormes, que sea capaz de cumplir con eficacia las funciones que tiene asignada.

Desde el primer punto de vista, hay un acuerdo bastante generalizado en considerar a la policía como una institución absolutamente necesaria para investigar con eficacia el crimen y que se pueda así un día castigar a su autor en cumplimiento de la pena impuesta por un tribunal de justicia. Es más, se considera que la policía es pieza imprescindible del engranaje articulado para la persecución del delito por el Estado, siendo indiscutiblemente en todos los países autoridad pública de persecución.

Pero con la misma nitidez se descubre a continuación, desde el segundo punto de vista, que aun gozando de la extraordinaria ventaja de ese importante acuerdo, cada país tiene dificultades, a veces enormes, para organizar administrativamente la policía de manera que pueda cumplir adecuadamente con sus fines procesales penales, no se sabe muy bien si a causa de la complejidad de la institución, de la falta de claridad en el Estado sobre cómo hacerlo exactamente, o incluso porque hay interés en que verdaderamente no funcione.

Dado que este texto se escribe específicamente para un congreso internacional sobre policía judicial que fue realizado en Bogotá, siempre que sea oportuno me referiré a América Latina, pues presenta además el aliciente de que todos sus países han adoptado ya el modelo adversarial norteamericano de enjuiciamiento criminal, lo que nos da la ventaja de poder tener una cierta identidad en el tratamiento. Una manera de resolver adecuadamente ambas cuestiones es fijarse en los modelos existentes en los países democráticos más avanzados.

En mi opinión, tener o seguir un modelo policial es necesario absolutamente para que la justicia penal funcione con corrección, de la misma manera que lo es el saber qué modelo de organización judicial queremos en cada uno de nuestros países. Por tanto, para que los ciudadanos sepan que el tercer poder del Estado realmente es tal en una democracia, garantizador objetivamente de la paz social y de la convivencia pacífica, y subjetivamente de los derechos de los ciudadanos vulnerados por el delito, satisfaciendo en la medida de lo posible a la víctima y castigando a su autor, es requisito *sine qua non* que exista la policía, porque como hemos dicho sin ella el descubrimiento del crimen y de quién lo ha cometido es prácticamente imposible, y ése es el principio del camino para alcanzar esas metas.

En América Latina, a la hora de volver a la democracia y reorganizar la fuerza policial, han influido dos modelos policiales absolutamente distintos: uno, el anglo-

sajón, en el que en su origen la policía se configura como un garante de los derechos de los ciudadanos, solo sujeta a la ley, con poderes limitados, siendo muy normal su descentralización (al servicio del poder local) y la falta de coordinación entre todos los cuerpos existentes. Cuando fuese necesario el uso de la fuerza, actuaría el ejército. Y, otro, el modelo europeo continental, en el que en origen la policía es un instrumento del poder político (centralidad), estando en parte militarizada (bien armada y acuartelada), sustituyendo internamente al ejército y estando profesionalizada.

Ambos modelos persiguen controlar el crimen, pero existen diferencias claras, que parten de estar configurados los dos con bases culturales distintas. Sin embargo, fue el diseño anglosajón, con la creación de la Policía Metropolitana de Londres a principios del siglo XIX, concretamente en 1829, el que acabó influyendo en el continental. Pero la policía se creó en muchos países europeos con regímenes absolutistas 200 años antes. Por ejemplo, y por lo que hace referencia a mi país, la Santa Hermandad en Castilla, creada en 1476, se reconoce como la más antigua del mundo, aunque el precedente directo del modelo actual se creó en España en 1824. Se puede decir, por tanto, que el modelo continental es más antiguo, pero menos influyente en el diseño actual de la policía, en donde se ha desarrollado mejor el modelo anglosajón.

Es evidente que hoy ninguno de los dos se articula exclusivamente con base en esas raíces, ante la complejidad de la vida moderna y el disparatado aumento de la criminalidad organizada, la más peligrosa de todas [la policía inglesa lleva armas en concretos momentos y situaciones, tiene determinadas legalmente sus funciones desde la PACE – *Police and Criminal Evidence Act*, de 1984, y es instrumento de la fiscalía (CPS - *Crown Prosecution Service*) creada en 1985, para la investigación del crimen, lo que ha conllevado además una visible centralización; y por lo que respecta a la policía de Estados Unidos, su complejidad y fragmentación debida a la enormidad del territorio y el crecimiento de la población en determinadas ciudades, la hicieron evolucionar en forma distinta, primero en los estados, y luego en la administración federal, con la creación en 1908 del FBI – *Federal Bureau of Investigation*, orientándose hacia una gran profesionalización].

Pues bien, partiendo de ambos modelos, que tienen hoy muchos puntos en común, como la profesionalización de sus miembros, la primera pregunta debe ser en consecuencia qué policía queremos para una investigación del delito eficaz. Desde mi perspectiva la policía que importa es la que, como autoridad pública, tiene el deber de investigar el crimen. Por tanto, debo partir necesariamente, expuesto lo anterior, de una perspectiva distinta, que no es otra que la legal, desmenuzada en todos sus contenidos. Pues bien, aunque me limite en este breve análisis a algunos aspectos procesales penales, no hay que olvidar que el modelo policial se nutre legalmente de tres componentes muy difíciles de desligar entre sí, a saber, el constitucional, el administrativo y el procesal penal.

El *componente constitucional* es el fundamental, en tanto en cuanto nos delimita, o nos debe delimitar, la estructura básica de la organización policial (por ejemplo, creando una verdadera policía judicial, separándola de la policía administrativa y

distinguiéndola sobre todo del ejército allí donde lo haya y tenga funciones de prevención, grave problema histórico en países como Bolivia, Colombia o Chile); las clases de policía que el Estado quiere tener (en función de si es federal o no, así como lo relativo a las policías geográficamente más limitadas y la coordinación institucional entre ellas, cuestión más importante de lo que se cree en países federales como Argentina, Brasil y México); las líneas básicas de actuación en el proceso penal (investigar el delito, descubrir a su autor); y los principios a que se somete en su actuación, quedando obligada, en particular, a respetar los derechos de los ciudadanos, sobre todo los del inculpaado.

A su vez, el *componente administrativo* es de una gran trascendencia también, especialmente en aquellos países en los que la policía judicial es la misma que la policía administrativa, porque debe definir las reglas de actuación cuando se auxilia al poder judicial y cuando no, teniendo en cuenta que para los ciudadanos el papel preventivo de la policía, que se concreta en el mantenimiento del orden público y de la seguridad ciudadana, es muy importante. También nos indica la estructura jerárquica de funcionamiento, que indiscutiblemente debe formar parte del modelo policial.

Finalmente, aparece el *componente procesal penal*, que es el que importa aquí, pues la policía actúa entonces en funciones de represión del delito. En este sentido, un modelo policial, cualquier modelo policial válido, tiene que articular estos tres aspectos de manera adecuada para que la institución policial pueda cumplir sus fines con eficacia. Si la policía no es efectiva, algo importante falla en ellos.

Voy por consiguiente a proponer a continuación algunas cuestiones que pueden contribuir al menos a un conocimiento pragmático de que el modelo policial debe formarse, completarse o perfeccionarse cuanto antes en cada país, advirtiendo previamente que no entraré en cuestiones administrativas (prevención del delito), y que el fin de las páginas que siguen no es definir un modelo policial abstracto, válido para cualquier país en general, sino explicar qué debe prever necesariamente el mismo para que la actuación de la policía en el proceso penal sea realmente eficaz en cualquier país. Me importan por tanto los contenidos concretos de la institución, no los ideales de la misma. Tampoco quiero criticar modelos ya existentes o la configuración propia de cada país consultado en Latinoamérica, ni mucho menos importar un modelo extranjero, de Europa o de Estados Unidos. El Estado que haya materializado una opción no tiene derecho a pensar por esto solo que la suya es la mejor y que por ello debe exportarla. Solo me detendré, en consecuencia, en los aspectos mínimos comunes que sí deberían conformar en mi modesta opinión un modelo policial efectivo, tanto desde un punto de vista material, como puramente jurídico.

El verdadero problema, el punto de partida de todos los demás aspectos discutidos, es que no existe realmente un modelo policial en América Latina, es decir, que no hay una concepción estatal sobre la organización de la policía como auxiliar de los tribunales y de los fiscales para la investigación del crimen o, si la hay, sus contenidos no están ni bien perfilados ni bien definidos, o lo están de tal manera que la policía es absolutamente ineficaz en su trabajo. Más preocupante es, sin embargo, que no

parece deducirse de las políticas respectivas de cada uno de los países que este importante problema esté en vías de solución, aunque hayan existido reformas más o menos amplias de la Policía en algunos países.

Opino así porque las quejas sobre su ineficacia son, más que comunes, unánimes, lo que revela que la organización es deficiente. Además, cuestiones clave como la definición de su relación con el poder ejecutivo y con el poder judicial no están, a veces, ni siquiera esbozadas. Finalmente, se constata que los niveles de corrupción, impunidad y arbitrariedad son altísimos, lo que implica desdén o tolerancia estatal incompatible con un modelo policial propio de un Estado de Derecho.

Sugerencias para un marco organizativo general adecuado de la policía judicial

Es preciso, en consecuencia y ante todo, que el Estado elabore un marco organizativo general adecuado en el que implementar el modelo por el que haya optado. La concepción, articulación y puesta en práctica de los contenidos de un modelo policial es, en efecto, responsabilidad del Estado, porque él tiene atribuidas por decisión popular en una democracia las funciones de garantizar la seguridad de los ciudadanos y la paz social, por un lado, y la investigación del crimen y de su autor por otro. Para cumplir con la primera crea la policía administrativa; para con la segunda crea los jueces y los fiscales, pero haciendo auxiliar suyos a la policía, sea judicial estrictamente o no.

Las precisiones al respecto para lograrlo son importantes y nada se debe dejar al azar. En mi opinión un modelo policial válido para la investigación del crimen debería circunscribirse a dos tipos de cuestiones de suma trascendencia, una de carácter organizativo y otra de carácter funcional. Trataremos, ahora, el modelo policial como organización y dejaremos para el epígrafe siguiente el aspecto funcional del modelo. En este sentido, debe crearse legislativamente ante todo una verdadera policía judicial, sea éste el nombre u otro equivalente. Por policía judicial entiendo una policía verdaderamente autónoma respecto a la policía administrativa u otras clases de policía, por tanto, no subordinada al poder ejecutivo (ministerio del interior), al servicio exclusivo de la justicia penal. El Organismo de Investigación Judicial de Costa Rica podría ser un buen ejemplo de partida.

Como tal, la policía judicial debe ser organizada de manera que pueda cumplir perfectamente con las funciones a las que me referiré luego, lo que implica decidir de quién depende jerárquicamente, a qué régimen de responsabilidad se somete y qué grado de profesionalización se desea alcanzar.

En cuanto a la *jerarquía* la decisión sobre de quién depende jerárquicamente la policía judicial debe ser a favor del juez o del fiscal competente para la investigación, o de ambos como ocurre en algunos países. En ningún caso debe depender del poder ejecutivo, frente al que las normas vigentes en cada país y, sobre todo, su práctica, deben garantizar una verdadera autonomía. La opción de incardinarlo en el poder judicial o en la fiscalía general, con matices, parece aceptable.

Esas leyes deben regular con nitidez, y, concretamente, el principio de subordinación oficial y el principio de exclusividad de la actuación de la policía judicial, de forma que, por el primero, sus miembros solo dependan de las autoridades públicas de persecución que estén por encima de ellos, a saber, solo del juez o solo del ministerio público, o solo de ambos, como queda dicho, incluso preferentemente solo de uno de ellos para evitar los problemas consustanciales a tener un mando bicéfalo; mientras que, por el segundo, los miembros de la policía judicial solo podrán realizar tareas que le sean propias, o las derivadas de las mismas, no siendo posible que puedan desarrollar otras, v.gr., de tipo preventivo, ni tampoco que puedan ser apartados de una actuación o investigación criminal para efectuar otras actividades de naturaleza administrativa.

En relación con la *responsabilidad*, el miembro de la policía judicial es un funcionario público o figura equivalente. Por ello el régimen jurídico general de su actividad como tal le es plenamente aplicable, aunque esté luchando contra el crimen, o precisamente por ello. En particular debo destacar que los actos que realicen, por acción u omisión, que no estén amparados por la legalidad vigente en cada país, deben dar lugar a responsabilidad personal. Pero ha de existir también una responsabilidad objetiva de la administración por los daños patrimoniales que la actuación no ajustada a derecho de la policía judicial pueda causar.

Que el policía esté sujeto a responsabilidad personal disciplinaria, civil y penal, y que se haga efectiva cuando se produzca la infracción, es una garantía para acabar con la corrupción, la arbitrariedad y la impunidad de los miembros de la policía. Por eso no es de extrañar que en aquellos países de América Latina en los que más corrupción, arbitrariedad e impunidad policiales se dan, o bien las normas sobre responsabilidad sencillamente no existen, o bien si las prevé el ordenamiento jurídico no se aplican en absoluto.

En cuanto a la *profesionalización*, el modelo policial finalmente debe sentar las bases para que la policía judicial esté totalmente calificada. Esto implica garantizar tres ámbitos concretos: Primero, que la policía judicial goce de una formación jurídica adecuada, particularmente a nivel de Derecho penal, Derecho procesal penal y Derecho constitucional, lo que presupone un nivel cultural general mínimo, que no se suele dar en los países latinoamericanos analizados, atendidos los perfiles policiales, con excepción de algunos países en lo relativo a los mandos; segundo, que disfrute de una gran formación científica, estando bien equipada técnicamente, de manera que pueda luchar eficazmente contra todo tipo de crimen, especialmente contra la gran delincuencia (la de la criminalidad organizada), uno de los fenómenos actuales más preocupantes, gozando de personal y de medios plenamente capacitados para ello, en plena colaboración con las Policías de otros países, lo que requiere ineludiblemente unas dotaciones presupuestarias adecuadas para ello; y tercero, que perciba salarios dignos, quizás la principal arma en la lucha contra la corrupción, que le haga sentirse importante en su trabajo sin preocuparse por tener que buscar ingresos extras, a veces de manera tan fácil como ilegítima.

Resueltas estas tres cuestiones de manera satisfactoria, el modelo es ya visible y puede quedar garantizada una correcta operatividad, especialmente en la lucha contra el crimen.

Las funciones generales de la policía judicial en el proceso penal

En ese sentido, este modelo implementado en un marco de organización y actuación debe dar un paso más y articular legalmente y con gran precisión las funciones de la policía judicial en el proceso penal. Es la parte del modelo policial contemplado como estructura funcional, a la que nos referíamos en el epígrafe anterior.

Los cometidos de la policía judicial son muy variados. Teóricamente no debería ser decisivo en esta cuestión que el proceso penal estuviera instruido por un juez o por un fiscal, puesto que el crimen y sus autores deben ser descubiertos en ambos casos igualmente, si bien en América Latina, a causa de precedentes lamentables de sobra conocidos que afectan a la corrupción judicial, se ha preferido el cambio a la figura del fiscal instructor. Sea como fuere, lo cierto es que, en los últimos tiempos, por influencia anglosajona sin duda alguna, las principales funciones de la policía judicial se suelen fijar en una fase del proceso específica previa a la intervención del juez y del fiscal, anterior incluso a la propia incoación formal del proceso. Esto no aparece siempre claramente así en todos los códigos procesales penales de los países latinoamericanos analizados, aunque en algunos sí, como en Cuba, o como se pretende con el nuevo Código Procesal Penal de Nicaragua de 2001, pero en los demás se deduce inequívocamente de sus disposiciones. Positivamente en cuanto a su formulación, los arts. 200 a 212 CPP 2004 (L. 906/2004) de Colombia.

Con ello se da reconocimiento legal a la dirección material de la investigación, es decir, se otorga cobertura normativa a la actuación verdaderamente instructora de la policía judicial, porque ni el juez ni el fiscal pueden hacerlo en la práctica, ante su falta de tiempo, de medios y en muchos casos de preparación técnica. Por eso, sin duda, dijo con gran acierto el gran jurista alemán Kern hace muchos años que la fiscalía sin la policía es como una cabeza sin manos, no puede actuar sin ella.

Pero es necesario el control, porque la investigación real no puede descargarse en manos de la policía judicial sin que deba dar cuenta de sus actos. Esto puede conllevar el riesgo de una gran oposición por parte del poder político, porque puede manejar mucho más fácilmente a la policía que a los jueces, pero es necesario para que exista una auténtica justicia penal. Pues bien, el modelo policial debe garantizar que la policía judicial pueda realizar con efectividad las funciones siguientes:

En relación con *el autor del delito*, debe averiguar quién o quiénes son los responsables de los hechos criminales, actuando por iniciativa propia en cumplimiento de la ley como respuesta a las denuncias ante ella presentadas, o por orden de la autoridad judicial o fiscal. En caso de estar legalmente permitido por mor del principio de proporcionalidad, deberá detener al presunto autor y ponerlo a disposición judicial (o fiscal) tras la realización de las diligencias pertinentes, básicamente el interrogatorio policial del detenido, que es el acto más delicado puesto que afecta a derechos

constitucionales del mismo irrenunciables, como el derecho a su integridad física y psíquica, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa por abogado, y el derecho a ser informado de la acusación.

Además, en relación con *el delito cometido* el modelo policial debe hacer posible que la policía judicial pueda averiguar de manera profesional, técnicamente adecuada y con pleno respeto al principio de legalidad, las circunstancias que rodean la comisión del hecho punible, practicando los actos de investigación necesarios para ello, incluidas las llamadas diligencias de prevención o primeras actuaciones a realizar una vez cometido y descubierto el delito (protección de la víctima, recogida de pruebas y de piezas de convicción como el arma homicida, identificación del presunto autor y, en su caso, detención del mismo, v. *infra*). Se trata de dominar a la perfección la escena del crimen para cumplir adecuadamente con estos fines.

Así mismo, en relación con *la víctima del delito* la policía judicial debe estar preparada para auxiliarle inmediatamente, lo que incluye proporcionarle rápidamente atención médica en su caso. Un aspecto decisivo desde el punto de vista jurídico es sin duda obligar a la policía judicial a que instruya a la víctima sobre sus derechos de manera que en la práctica sea verdaderamente eficaz la protección (derecho de información de la víctima). Pensemos en colectivos que por diferentes razones merecen una especial tutela procesal penal (víctimas especialmente vulnerables), como menores desamparados o desvalidos, incapacitados y mujeres maltratadas, víctimas de la violencia de género u objeto de abusos sexuales, y comprenderemos enseguida la importancia de esta función. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, ha tenido una gran influencia en Europa, fruto de la cual es la Ley 4/2015 española del Estatuto de la Víctima del Delito, que mejora la situación jurídica y derechos de las víctimas del delito, sobre todo de aquéllas que no desean ser parte en el proceso penal.

Todo ello sin perjuicio de otras funciones de ejecución de órdenes judiciales (que concretaremos *infra*), y de auxilio al juez o al fiscal, que, si bien son igualmente importantes y que por esto mismo deben estar garantizadas por el modelo policial, carecen ahora de mayor relevancia.

Los límites de la investigación policial y sus consecuencias

Hasta aquí el modelo nos debe ayudar claramente a resolver el problema de la eficacia técnica de la policía judicial, pero también ha de contribuir sin flaquear un ápice a garantizar la eficacia jurídica de su actuación. En efecto, la incidencia mayor del modelo policial que nota la ciudadanía se produce en el desarrollo de la fase de investigación de cualquier proceso penal, porque el sistema de enjuiciamiento criminal tiene que fijar determinados aspectos de la actuación de la policía judicial en esa fase, lo cual significa que el modelo policial y la legislación procesal penal deben actuar coordinadamente.

La principal cuestión que se plantea, sin embargo, en el proceso penal propio de un Estado de Derecho no es qué puede (o debe) hacer la policía judicial en la investigación del crimen, sino qué no puede (o no debe) hacer. El diseño debe por consiguiente fijar los límites de la investigación criminal que la policía puede llevar a cabo, lo que nos lleva a considerar los actos restrictivos de derechos fundamentales que puede practicar. Por tanto, el primer límite se encuentra en la propia Constitución política. Esto, a su vez, nos conduce a un mundo jurídico muy particular que tiene igualmente un punto de partida, un contenido y unos efectos muy determinados, a veces poco claros en las legislaciones latinoamericanas consultadas.

Llamo ahora la atención sobre el hecho de que me refiero a toda una constelación de actos procesales practicados por la policía en función de órgano auxiliar de la justicia penal de los que depende el éxito, no de la investigación criminal en curso, sino del propio proceso penal. Ello, porque la policía judicial debe saber indubitadamente cuándo puede actuar y cuándo no (prueba prohibida); cuándo puede detener y cuándo no (detención ilegal, *habeas corpus*); cómo debe investigar (prueba inútil); qué enfoque táctico debe dar a su actuación frente a la macro delincuencia organizada, el terrorismo y el narcotráfico, principalmente, sin excluir a mafias, corrupción pública, trata de mujeres, pornografía infantil, subversión y rebelión, etc. (introducción de informantes, policías infiltrados, testigos *de auditur*), lo que en algún país como Perú ha dado lugar a numerosa legislación de excepción; y cuáles son los límites de su actuación frente a determinados actos garantizados muy importantes (escuchas telefónicas, injerencias corporales, entradas y registros en moradas ajenas, interrogatorio de sospechosos e inculpados, etc.). El más mínimo error o la más pequeña vulneración de la norma en estas cuestiones, además de la frustración de la investigación y del proceso penal (posible sentencia de condena), implicaría sobre todo y en definitiva el fracaso más rotundo del Estado de Derecho.

El punto de partida.

Pues bien, *el punto de partida* es ése mismo Estado de Derecho pues en nuestras democracias no podía ser de otra manera. En ese sentido, el Estado de Derecho no permite que en la investigación del crimen valga todo. Como dijo con precisión admirable el Tribunal Supremo Federal alemán en sentencia del catorce de junio de 1960, “no es un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio”. El juego procesal debe ser limpio (*fair*), se diría desde el mundo anglosajón. Por ello en su actuación la policía judicial debe vigilar estrechamente en la fase de investigación del crimen, no solo que las garantías procesales se cumplen y que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sobre todo los del imputado, se respetan, sino que también y ante todo, debe cumplirlas y preservarlas ella misma.

Esto significa, en definitiva, que el Estado no puede reaccionar contra el delito igualándose al delincuente incluso actuando tan bárbaramente como él, sino mediante un juicio debido, ordenado, objetivo, imparcial y justo. Pero es cierto que en ocasiones es difícil contener los límites de la reacción contra el delito y el delincuente,

de ahí la existencia de dos disposiciones claves que protegen a los particulares frente a aquellos Poderes, que constituyen a su vez límites concretos ciertos de la actuación de la policía judicial:

En primer lugar, la tajante prohibición de la tortura, medio históricamente utilizado para obtener la infalible confesión del imputado, tutelando a éste debidamente en caso de infracción (Convenio de Nueva York de 1984, además de, en muchos casos, normas constitucionales expresas de los países latinoamericanos democráticos, sin perjuicio de las regulaciones específicas de los códigos penales y códigos procesales penales respectivos).

Y, en segundo lugar, el establecimiento de dos reglas probatorias significativas: La libre apreciación de la prueba, y la presunción de inocencia (art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, art. 8.2 del Pacto de San José de 1969, también consagrada en muchas constituciones europeas y americanas), por medio de las cuales las pruebas se valoran con arreglo a criterios racionales y sin valor tasado previo ninguna de ellas, presumiendo a todo imputado inocente hasta que se demuestre su culpabilidad. El modelo policial debe incidir especialmente en este aspecto, que se traduce en propiciar una formación jurídica excelente a los miembros de la policía judicial, incluidos cursos de reciclaje periódicos, sobre todo de explicación de la Jurisprudencia que las respectivas cortes supremas estén formando al respecto. Es el efecto disuasorio (*deterrent effect*), tan importante para ordenar la actividad de la policía al cumplimiento estricto de la ley y evitar exclusiones probatorias por infracciones constitucionales en su obtención.

El contenido.

En cuanto al contenido de la actuación de la policía debe decirse que es muy amplio, pues tiene que ver con la aplicación de normas procesales penales, complementadas con una adecuada técnica policial, en la investigación del delito, cualquier delito, lo que significa un abanico de posibilidades de por sí ya bastante extenso, frente a su posible autor, cualquier autor, lo que nos lleva todavía más allá. Me limitaré por ello al aspecto esencial, a saber, los límites probatorios de la actuación policial o, lo que es lo mismo, la llamada prueba prohibida o ilícita.

El ejercicio de la coacción estatal en el proceso penal, necesaria –como es lógico para la persecución del delito y enjuiciamiento del delincuente–, atenta contra determinados derechos fundamentales muy importantes de los particulares, aunque con justificación por ello mismo. Así, por ejemplo, la detención y la prisión provisionales van contra el derecho de libertad; las medidas de aseguramiento de objetos o prestación de fianzas, atentan contra el derecho de propiedad; el registro domiciliario, vulnera el derecho a la inviolabilidad de domicilio; y la grabación de comunicaciones privadas lesiona el derecho al secreto de las mismas; etc.

Estas relaciones entre el Derecho procesal penal y el Derecho constitucional tienen, desde otro punto de vista, una conexión ideológica evidente, puesto que el proceso

penal acoge siempre en su seno las condiciones políticas de la sociedad en que se ha de desarrollar, lo que significa que nuestro proceso penal es el espejo en el que se miran los preceptos constitucionales, reflejando la verdadera naturaleza del régimen político imperante. Aunque tales injerencias en los derechos fundamentales aparezcan justificadas, y las leyes las rodeen de las máximas garantías (fundamentalmente, intervención y aprobación del juez), los sistemas que escogen la jurisdicción constitucional concentrada suelen permitir que un tribunal (corte) constitucional pueda controlar y enjuiciar las vulneraciones de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, no solo los procesales penales, y a pesar de haber sido ordenadas por un juez, mediante el proceso de amparo o equivalente.

Obsérvese, pues, que siendo el Derecho penal un derecho de protección individual y social de bienes jurídicos entroncados con principios básicos de todas las constituciones democráticas, el Derecho procesal penal se convierte en el garante del Estado de Derecho consagrado por esa misma constitución. Si se piensa desde esta perspectiva en las funciones de la policía judicial, la relevancia de su actuación es en la práctica diaria enorme.

Por eso, cualquier trasgresión en la actuación policial con ocasión de la investigación de un delito, que afecte a un derecho fundamental del imputado y que no se haya realizado de conformidad con las disposiciones de la constitución política y del código procesal penal correspondientes (en general y sin matices: autorización judicial y proporcionalidad), conlleva comúnmente la nulidad de la práctica de la prueba en sí y del resultado probatorio obtenido, porque estamos ante una prueba prohibida o ilícita, lo que puede implicar a su vez la ausencia total de prueba en la causa y, por tanto, la puesta en libertad obligada de un auténtico criminal, salvo que las leyes o la jurisprudencia de cada país hayan consagrado elementos de escape, como la conocida teoría del descubrimiento inevitable, que también tiene su propia constelación de problemas y por consiguiente no puede considerarse plenamente aceptable.

Hay muchos supuestos específicos en concreción de lo anterior regulados por los códigos procesales penales. Por ejemplo, recordemos, la detención, las declaraciones ante la policía, el derecho de defensa, la entrada y registro, la intervención de las comunicaciones privadas, en donde están en juego varios derechos fundamentales del imputado, investigado o acusado. No tengo espacio para referirme a todas ellas, por eso trataré ahora los llamados actos contra la integridad corporal y la utilización de alta tecnología para la investigación del crimen, porque me parecen los de mayor trascendencia en la actualidad. Me fijaré en mi país como punto de partida, a efectos de facilitar una exposición más ordenada.

Los dos conjuntos de actuaciones.

En este sentido voy a considerar dos tipos de actuaciones:

Los actos contra la integridad corporal, en especial, el cacheo, el ADN y el test de alcoholemia.

El art. 15 CE reconoce, a todos, el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. Sin embargo, la integridad física puede verse afectada por determinadas medidas de investigación criminal, generalmente además no reguladas por la ley en forma expresa, por ejemplo, cuando son necesarios reconocimientos corporales para averiguar las circunstancias del delito y la posible responsabilidad de sus autores. Sorprende de manera muy negativa esta falta de regulación en tema tan importante como delicado, sobre todo teniendo en cuenta la ingente cantidad de reformas procesales que se han producido en 2015. El papel de la policía judicial no queda, por tanto, en líneas generales, convenientemente regulado.

Pues bien, en estos casos, convendría fijar una serie de presupuestos, acordes con la naturaleza de derecho fundamental, que en todo caso no dejan de ser una opinión personal del autor de estas páginas. Concretamente, los actos de investigación que significan injerencias a la integridad corporal deberían: 1º) Ser acordados exclusivamente mediante auto del JI, salvo que el titular del derecho preste su consentimiento o existan razones de urgencia muy fundadas, en cuyo caso pueden ser acordados por el ministerio fiscal o la policía judicial, requiriéndose la ratificación judicial *a posteriori*; 2º) ser practicados por personas expertas o profesionales (v.gr., la policía judicial científica, el médico forense u otro médico cualificado, etc.); 3º) en tanto puedan reconducirse a actividades periciales, deberán ser de aplicación las normas previstas para este acto de investigación; y 4º) en ningún caso se debe acordar la medida cuando haya peligro grave para la salud.

Dicho esto, las diligencias pueden ser muy variadas:

- Extracciones de sangre (v. gr., en delitos contra la libertad sexual, arts. 178 y ss. CP español).
- Análisis de líquidos humanos (saliva, semen, orina, etc.), y punciones pulmonares o medulares. Merece destacarse aquí la toma de muestras para averiguar el ADN de una persona. El ácido desoxirribonucleico (ADN, o DNA en sus siglas en inglés) es una huella o vestigio de naturaleza biológica que permite averiguar un hecho criminal y sus circunstancias, así como su posible autor o autores. Se descubrió en 1953 y se utilizó procesalmente por vez primera en Inglaterra en 1985 (*caso Enderby*). Forma parte de las llamadas pruebas científicas. Esta prueba afecta a varios derechos constitucionales del investigado (integridad física, intimidad, a no declarar contra sí mismo, defensa). Como puede practicarse a efectos meramente identificadores y también de archivo (nunca del ADN codificante) en una base de datos específica, los derechos fundamentales afectados pueden variar.

Por lo que hace referencia a España, la LECRIM la regula muy parcialmente en los arts. 326, 363 y 778.3, así como en su DA-3ª. La LO 10/2007, de 8 de octubre ha regulado la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN; la legislación europea sobre el tema es ya muy amplia, destacando el Tratado de Prüm de 2005.

La práctica de la prueba la inicia la policía científica tomando las muestras, huellas, restos o vestigios biológicos; y se desarrolla por un equipo técnico forense altamente cualificado integrado en un laboratorio oficial. El control de la cadena de custodia juega aquí un papel fundamental. No es una prueba documental como dice la ley española, sino pericial, que se valora libremente por el juzgador conforme a los límites jurisprudenciales establecidos para estas pruebas por la jurisprudencia. Es una prueba que puede ser practicada en algunos casos sin abogado defensor, por ejemplo, cuando esas huellas o vestigios están abandonados o consiente el propio imputado; también puede ejecutarse en contra de la voluntad del imputado mediando autorización judicial.

- Radiografías, electrocardiogramas o encefalogramas.
- Tactos vaginales o anales (v.gr., en delitos contra la salud pública, arts. 359 y ss. CP español).
- Reconocimientos corporales (v. gr., en delitos de aborto, arts. 144 y ss. CP, LO 2/2010, de 3 de marzo, para España).
- Los test psiquiátricos o psicológicos.
- Los test de alcoholemia y de estupefacientes en delitos contra la seguridad del tráfico (para España, art. 379.2 CP y arts. 12 LTraf y 20 a 28 Rto.LTraf).

Su ejecución corresponde a la policía judicial, conforme a las normas previstas en la LECRIM, la LTraf y a las técnicas policiales apropiadas. El TC español, que admite la validez de este medio de investigación (y de prueba), entendiendo que no viola derecho fundamental alguno, ha exigido especiales garantías para que el test pueda en su día convertirse en prueba, y fundamentar de este modo la posible sentencia de condena.

Así, el posible infractor, que está obligado a someterse al test una vez es requerido para ello en el control policial correspondiente, tiene derecho a ser informado de que puede someterse a un segundo examen trascurrido un tiempo, y a análisis de sangre, y, en todo caso tiene derecho de defensa, sobre todo si el control implica detención policial, y a que los miembros de la policía judicial que realizaron el test se ratifiquen luego en el juicio oral (v. SS TC 100/1985, 3 octubre; 145/1987, 23 septiembre; y 3/1990, 15 enero, entre otras).

Finalmente, debe quedar fuera de toda duda que en caso de inconsciencia del imputado, la extracción de sangre requiere sin excepción alguna autorización judicial, dada la imposibilidad de prestar su consentimiento el afectado en un sentido o en otro. Obsérvese, por tanto, la enorme importancia que tiene la actuación de la policía judicial en la práctica de la mayoría de estos actos de investigación. De ahí la necesidad, una vez definido el modelo, de una regulación precisa y, hasta cierto punto, exhaustiva, que permita fijar con absoluta claridad sus obligaciones y los límites de su intervención.

La utilización de alta tecnología para la investigación del crimen.

El crimen se ha desarrollado enormemente en los últimos tiempos, especialmente bajo la creación de grupos organizados, es decir, en su modalidad de criminalidad organizada, que tiene el dinero suficiente como para estar a la última en cuanto a la más moderna tecnología, lo que obliga al Estado, si realmente quiere ser eficaz en su lucha contra ella, a utilizar las mismas armas en la defensa de la convivencia pacífica de sus ciudadanos y de los derechos de los mismos. Para ello, la dotación tecnológica de la policía judicial al más alto nivel es imprescindible.

Ahora bien, así como la utilización por el crimen obliga a una determinada protección de la ciudadanía honrada, no es claro que con la utilización de los mismos medios el Estado pueda dar una respuesta jurídicamente impecable, porque los nuevos instrumentos para la investigación del crimen que utilizan alta tecnología son muy contundentes, algunos verdaderamente agresivos, y ello implica siempre peligro de poner en cuestión los derechos fundamentales de los ciudadanos, riesgo al que no es en absoluto ajena la policía judicial, y de ahí nuestro breve tratamiento en estas páginas.

En España, que, insisto, sigo tomando como ejemplo, se ha reformado la LECRIM en 2015 con este fin, cuya característica general es la limitación de derechos constitucionales. Al respecto diré que:

En primer lugar, la justificación de su introducción es plausible si se considera la protección de la sociedad frente a la altísima preocupación social que causan las nuevas formas de delincuencia, que utilizan todos los avances tecnológicos para cometer sus horribles crímenes, frente a los que la sociedad está en principio atónita y después indefensa. Como dice la EM de la LO 13/2015, de 5 de octubre: "Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos". Se trata por tanto de utilizar las mismas herramientas, las que proporciona la alta tecnología de la que disfrutamos en la actualidad, para luchar eficazmente contra esa delincuencia, casi siempre organizada.

Así mismo, en segundo lugar, algunos de los nuevos actos de investigación tecnológicos representan un nivel de agresión en la esfera personal y privada del ciudadano sospechoso de haber cometido el delito tan alto, que parecen hacernos decir que un nuevo Estado marcadamente policial podría estar pergeñándose.

Ante este panorama, al Estado no le ha quedado más remedio, para luchar con eficacia contra la nueva delincuencia tecnológicamente avanzada, que ponerse a su altura con los mismos medios para contrarrestarla, aunque para conseguirlo tenga que afectar a la vida privada de las personas. El problema es que al criminal le da igual vulnerar derechos constitucionales de los ciudadanos, pero al Estado democrático ello no le puede ser indiferente. Y aquí precisamente es donde se encuentra el principal problema de las medidas que vamos a estudiar a continuación.

No debemos exagerar, pero tampoco dejar de estar atentos, pues el garantismo procesal en España ha alcanzado una cota una vez restablecida la democracia, tras décadas de ausencia, que vale la pena mantener en favor del juicio “justo” o con todas las garantías, siendo admisibles matices en donde ese nivel presente fisuras, justificadas bajo estrictos requisitos, que puedan afectar a derechos de la ciudadanía honesta. Es cierto que todos los países democráticos están reaccionando de la misma manera y todos tienen en alguna forma como actos de investigación los que ahora se han incorporado a la legislación española (USA, Alemania, Italia, España). La lucha contra la criminalidad organizada (definida por el art. 570 *bis*.1, II CP español) y los horribles crímenes que comete parecen justificar este nivel superior de control policial y judicial que estos actos representan.

Además, en tercer lugar, la cuestión jurídica se centra por tanto en hallar el equilibrio exacto entre la exigencia de tutelas específicas por la sociedad en peligro y los derechos del ciudadano imputado o sospechoso de haber cometido un crimen de esa naturaleza, siempre inocente hasta la sentencia de condena. Es la propia LO 13/2015 la que proporciona lo que a su juicio son instrumentos esenciales de ese equilibrio, a saber, el reconocimiento de unos principios rectores y la exigencia de cumplimiento de unos requisitos garantistas, que reafirmen a un tiempo el Estado de Derecho y la eficacia de la persecución de esos delitos. Sobre su regulación destacaré:

Principios rectores y las garantías constitucionales y ordinarias de los nuevos actos de investigación tecnológicos.

La Ley establece unas disposiciones comunes a los modernos actos de investigación tecnológicos [(arts. 588 *bis* a) a 588 *bis* k)], a los que llama principios rectores y garantías constitucionales y ordinarias de los nuevos actos de investigación tecnológicos. Se trata de los siguientes principios:

De naturaleza constitucional.

Exclusividad jurisdiccional. El acto de investigación únicamente se puede practicar si se ha autorizado previamente por el juez instructor mediante auto. En este sentido, la ley dispone que durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

La LECRIM regula con detalle el requisito de la autorización judicial, por ser sin duda el más importante y el que permite el control de los demás presupuestos. Lo importante es destacar que la policía judicial puede solicitar la medida, si bien lo usual es que lo haga el ministerio fiscal. También está legitimada para solicitar su prórroga. La resolución judicial que autorice la medida concretará, entre otros extremos, la unidad investigadora de policía judicial que se hará cargo de la intervención, quien estará obligada a informar al juez de instrucción del desarrollo y los resultados

de la medida, en la forma y con la periodicidad que éste determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

Investigación de un delito iniciada (principio de especialidad). El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. Con ello se quieren prohibir expresamente las diligencias con carácter prospectivo, es decir, las que sin relación con un caso concreto se adoptan para buscar pruebas por si acaso hubiera algo (una diligencia de “peinado” por ejemplo).

Necesidad del acto de investigación. Es decir, en aplicación de los principios de excepcionalidad, idoneidad y especialidad solo podrá acordarse la medida:

Principio de proporcionalidad. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Obsérvese, por tanto, que los únicos criterios para decidir si estamos ante una medida proporcionada ya no son la gravedad del hecho ni la trascendencia social del mismo, sino que se aumentan y adaptan mejor a la realidad. La concurrencia de los principios de exclusividad jurisdiccional, idoneidad, especialidad, necesidad y proporcionalidad, hace que la medida a adoptar sea legítima desde el punto de vista constitucional. Y no menos importante, el respeto a los mismos garantiza que tanto la medida como los resultados obtenidos serán prueba válida y lícita a efectos de la acusación o la defensa.

Duración. El plazo de vigencia de la medida no podrá exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos, aunque la ley española fija para cada acto un período concreto.

De naturaleza ordinaria.

Secreto. La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa (art. 588 bis d). Algo obvio, porque si el interceptado sabe que le están grabando no dirá nunca nada que tenga relevancia penal en su contra.

Extensión a terceros. Podrán acordarse las medidas de investigación reguladas en los siguientes capítulos aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas.

Esto significa, por poner un ejemplo concreto, que la diligencia de investigación de interceptación no busca intervenir el teléfono del titular o propietario solo, sino también el de cualquier usuario que sea un tercero procesal en estos momentos. Lo importante por tanto es el teléfono o medio de comunicación.

Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales. El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales es posible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis (art. 588 bis i).

Cese de la medida. El art. Artículo 588 bis j) dispone que el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

Principios referentes a los actos concretos de investigación que implican el uso de alta tecnología.

En cuanto a este tipo de actos destaco los siguientes:

La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

La antigüedad de la LECRIM impidió que se previera y regulara la posibilidad de tomar conocimiento, para los fines del proceso penal, de comunicaciones privadas que se efectúan a través de medios distintos al correo y telégrafo, como el teléfono, el télex, el fax, el correo electrónico y cualquier forma de mensajería instantánea a través de la red (Skype, FaceTime, Viber, Twitter, Facebook, SMS, MMS, WhatsApp, Messenger, Telegram, etc.).

Que el juez de instrucción pudiese intervenir una conversación telefónica o comunicación por télex, fax, o cualquier otro medio, era indudable ya desde el art. 18.3 CE, pero para actualizar la LECRIM se modificó su art. 579 en 1988, regulándose la intervención y escucha de conversaciones telefónicas en la fase de investigación del proceso penal. Pero en el fondo la reforma fue muy defectuosa, ya que el supuesto normativo resultó poco preciso y con evidentes lagunas, que han tenido que ir interpretándose y perfeccionándose progresivamente por la doctrina del TC (S 184/2003, de 23 de octubre), y por el TS, cuyo punto de partida es el Auto TS de 18 de junio de 1992 (RA 6102).

La reforma de la LECRIM ha venido también impuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en diversos casos en los que se alegó la vulneración del art. 8 del Convenio (sobre todo *Kruslin c. Francia*, *Huvig c. Francia*, ambos de 1990, y *Valenzuela Contreras c. España*, de 1998), concluyó que era necesario que la limitación del derecho fundamental estuviera expresamente prevista por la ley y precisamente por una ley que fuera compatible con la preeminencia del derecho. En esta doctrina ha insistido la STEDH de 18 de febrero de 2003 (caso *Prado Bugallo*).

Ante estos antecedentes, la LO 13/2015, ha procedido a reformar profundamente el acto de investigación meritado, que pasa a denominarse “Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, regulado en el nuevo Capítulo V del Título VIII del Libro II LECRIM, arts. 588 *ter a*) a 588 *ter m*). Se trata de un desarrollo específico y muy relevante en el ámbito del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de la Constitución. La medida afecta a todos los medios de comunicación posibles a través del teléfono o telemáticamente (tanto los conocidos hoy como los que en el futuro puedan incorporarse al mercado). Como puede suponerse fácilmente, todos los ciudadanos, en calidad de usuarios, somos susceptibles de ella ante la utilización masiva de los mismos.

Por interceptación debe entenderse tomar conocimiento la autoridad judicial o la policial por su delegación de comunicaciones telefónicas (verbales), en cualquiera de los medios posibles, o telemáticas (escritas), igualmente sea cual fuere el programa utilizado, mediante el uso de aparatos configurados técnicamente para ello, entre dos o más personas que desconocen la interceptación y que se encuentran separadas entre sí.

Antes de la aprobación de la reforma operada por la LO 13/2015, ya el TS había tenido ocasión de pronunciarse sobre la utilización como prueba de conversaciones usando redes sociales (como Twitter, Facebook, Twenti, etc.) o la utilización de mensajes mediante el medio más utilizado en España, el WhatsApp, admitiendo su validez con cautela y dados ciertos requisitos, tanto mediante aportación directa de los mismos como mediante la llamada coloquialmente técnica del “pantallazo” o foto de pantalla que se incorpora como documento gráfico (SS núm. 850/2014, de 26 de noviembre [RJ 2014 \ 6423]; y núm. 300/2015, de 19 de mayo, RJ 2015 \ 1920). Referencia importante también fue la doctrina de inconstitucionalidad de las grabaciones de conversaciones del detenido en sede policial mientras no se reformara profundamente el art. 579 LECRIM, pues con su hoy derogada redacción no daba cobertura legal a las mismas (S TC 145/2014, de 22 de septiembre).

La limitación del derecho formal al secreto de la comunicación exige la concurrencia de unos requisitos, que pueden clasificarse en constitucionales y de legalidad ordinaria, produciendo esta distinción importantes consecuencias.

Requisitos constitucionales. Son los indicados anteriormente, con alguna precisión. La importancia de atribuir a un requisito naturaleza constitucional radica en que el desconocimiento del mismo supone la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ, con lo que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, vulnerando el derecho del art. 18.3 CE, además de abrirse la posibilidad del amparo constitucional.

Un problema importante que se puede plantear es que, en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el ministro del interior o, en su defecto, el secretario de estado de seguridad. Quien la va a ejecutar es por tanto la policía, pero no la judicial, sino la administrativa.

Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

La labor de la policía judicial, coordinadamente con el prestador del servicio de telecomunicaciones es clave para el éxito de la investigación. La policía es quien escucha y transcribe las conversaciones, aportando al juez aquella parte que afecte a la investigación en curso, aunque éste siempre le puede solicitar el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

La ley impone un deber de colaboración con el juez, el fiscal y la policía a todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como a toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, bajo secreto, para que este acto de investigación se pueda practicar, pudiendo incurrir en delito de desobediencia en caso contrario (art. 588 *ter e*).

Debo referirme al principio de prohibición del exceso, pues se exige: En primer lugar, necesidad de la medida. Ella supone que la intervención telefónica tiene que ser el único medio por el que puede descubrirse la existencia del delito o de sus circunstancias o, por lo menos, el medio por el que se sacrifican menos los derechos fundamentales del imputado (recordemos que es un principio rector, fijado en el art. 588 *bis a*)-5). En último caso la necesidad tiene que referirse a que los otros posibles medios de investigación de un determinado delito y de una concreta persona no ofrecen garantías de alcanzar la finalidad perseguida. Por ello es por lo que a veces se habla, no de necesidad, sino de subsidiariedad.

En segundo lugar, proporcionalidad de la misma. El principio viene fijado ahora por el nuevo art. 588 *ter a*), al disponer que la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación. Recordemos que esos delitos son los siguientes: 1.º delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2.º delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º delitos de terrorismo.

Por tanto, se trata de los delitos graves y más graves, siguiendo la tendencia europea de no permitir la interceptación en cualquier caso. Se acaba así con la perturbadora idea de permitir la medida, como ocurría hasta ahora con fundamento jurisprudencial, con base en la naturaleza del delito, tanto por lo que se refería a la pena del mismo, como a su trascendencia social (v. SS TC 166/1999, de 27 de septiembre; y 167/2002, de 18 de septiembre). Ahora el criterio es puramente objetivo,

salvo para los delitos dolosos, en los que se opta por el valor cuantitativo de la pena (tres años de prisión), lo que permite que muchos delitos menos graves caigan dentro del requisito.

La cuestión más grave que se presenta en la práctica es la del descubrimiento de hechos casuales o “descubrimiento inevitable”, esto es, el que al estar investigando un delito y a una persona determinada, se intervenga una conversación por la que se conoce otro delito con autor diferente. La solución jurisprudencial no era clara, pero se admitía que el juez podía inmediatamente, por medio de auto, bien ampliar el objeto de la investigación en el mismo procedimiento preliminar, bien proceder a incoar nuevo procedimiento. La adquisición de resultados de investigación mediante pruebas ilícitas o ilegalmente obtenidas, que de otra manera lícita o legal se habrían obtenido necesariamente, es constitucionalmente válida según nuestra jurisprudencia (STS de ocho de febrero de 2000, RA 291), pero esta doctrina debe ser analizada con sumo cuidado por los evidentes peligros que entraña a la vista del nuevo art. 588 *bis* i), párrafo II, en relación con el art. 579 *bis* LECRIM.

Requisitos de legalidad ordinaria. Me fijaré tan solo en el llamado control judicial. La exclusividad jurisdiccional supone que la medida es decretada solo por el juez de instrucción y que al mismo corresponde la ejecución de la misma. Razones prácticas, con todo, aconsejan que la actividad física de la escucha y de la grabación se encomiende a la policía judicial, si bien debe tenerse en cuenta que ésta actúa en todo caso bajo las órdenes directas del juez. Consiguientemente no se trata de que el Juez «controle» a la policía en una actividad propia de ésta, sino de que aquél se auxilie de ésta (v. S TC 9/2011, de 28 de febrero). Ese auxilio supone, entre otras cosas, que el juez debe dar las instrucciones necesarias sobre cómo se realiza la intervención.

El art. 588 *ter* f) establece por ello que la policía judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que éste determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Se indicará el origen y destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.

La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

El nuevo Capítulo VI del Título VIII del Libro II regula la “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, arts. 588 *quater* a), a 588 *quater* e) LECRIM. En realidad, va más allá, pues también permite la captación de imágenes. Constituye igualmente un desarrollo específico en el ámbito del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3, pero no solo, pues también está afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 y del derecho a la privacidad (intimidad y propia imagen) del art. 18.1 de la Constitución. La razón para introducir esta medida se funda en la experiencia que ha proporcionado la persecución de determinados delitos hasta ahora, en los que

captar lo que están hablando dos personas en un lugar público o abierto con medios técnicos resulta imprescindible para su esclarecimiento.

Como hay un evidente peligro de extralimitación, la LECRIM limita la procedencia del acto de investigación a encuentros concretos que vaya a mantener el investigado, debiéndose identificar con precisión el lugar o dependencias sometidos a vigilancia. En otras palabras, no se legitiman autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales con carácter general o indiscriminado.

Es posible la grabación de las comunicaciones orales directas en los siguientes términos: Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. Pero si fuese necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad para la instalación de los correspondientes dispositivos, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

Adicionalmente, la escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde. Obsérvese que no se regula la grabación entre particulares (v. gr., con cámara oculta), por lo que habrá que estar a la S TS núm. 793/2013, de 28 de octubre, que en principio admite su validez. Con ello queda afectado no solo el investigado sino también todo su entorno familiar.

Solo podrá autorizarse cuando concurren los requisitos siguientes: de un lado, que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos: 1.º delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2.º delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º delitos de terrorismo. Y, del otro, que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

La policía judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés. El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida (art. 588 *quater* d).

La utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

El nuevo Capítulo VII del Título VIII del Libro II LECRIM regula la “Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización”, arts. 588 *quinquies* a) a art. 588 *quinquies* c). Puesto que se trata de un acto de

investigación a practicar en lugares públicos, debe ser puesto en relación con el acto de filmación en lugares públicos (v. *infra*). Constituye igualmente otro desarrollo específico en el ámbito del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución, pero también queda afectado el derecho a la privacidad (intimidad y propia imagen) del art. 18.1 de la Constitución.

La captación de imágenes en lugares o espacios públicos (estamos hablando por ejemplo del sistema de geolocalización de posicionamiento global o GPS) queda sujeta a los requisitos establecidos en el art. 588 *quinquies* a): La policía judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación.

Al amparo de este acto de investigación, vulnera el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y el derecho constitucional a la intimidad la utilización de prismáticos, que ciertamente no graban imágenes, por la policía desde un lugar público para observar lo que ocurre en un domicilio, aunque las ventanas estén abiertas o las cortinas despasadas; al igual que el uso de drones con la misma finalidad de intrusión virtual. En ambos casos, a falta del consentimiento del interesado, se requiere autorización judicial expresa (v. S TS núm. 329/2016, de 20 de abril, RJ 2016\1691, FD 2). Los prestadores, agentes y personas a que se refiere el artículo 588 *ter* e) están obligados a facilitar al juez, al ministerio fiscal y a los agentes de la policía judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos por los que se ordene el seguimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

Cuando concurren razones de urgencia que hagan temer razonablemente que, de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización, se frustrará la investigación, la policía judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, a la autoridad judicial, quien podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso.

La policía judicial entregará al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando éste se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones. La información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización a los que se refieren los artículos anteriores deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida.

El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

El nuevo Capítulo VIII del Título VIII del Libro II LECRIM regula el “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, arts. 588 *sexies* a) a art. 588 *sexies* c). Estamos ante otro desarrollo específico en el ámbito del proceso penal del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución. También quedan afectados indiscutiblemente el derecho a la protección de datos del art. 18.4 y el derecho a la privacidad (intimidad y propia imagen) del art. 18.1 de la Constitución. Ante esta complejidad dogmática se habla modernamente del “derecho al propio entorno virtual” (S TS núm. 342/2013, de 17 de abril [RJ 2013\3296]), como derecho de nueva generación integrador de todos los citados en estos supuestos. Se cubre un vacío legal importante con la aprobación de este acto de investigación. Para la EM de la LO 13/2015, esta reforma descarta cualquier duda acerca de que esos instrumentos de comunicación y, en su caso, almacenamiento de información son algo más que simples piezas de convicción. De ahí que se haya fijado una exigente regulación respecto del acceso a su contenido.

Se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos. Cuando quienes lleven a cabo el registro o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo conforme a lo dispuesto en este capítulo, tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una parte de él, podrán ampliar el registro, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para éste. Esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el juez, salvo que ya lo hubiera sido en la autorización inicial. En caso de urgencia, la policía judicial o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El Juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación.

En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la policía judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al Juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida. Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria,

siempre que de ello no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

Los registros remotos sobre equipos informáticos.

El también nuevo Capítulo IX del Título VIII del Libro II regula los “Registros remotos sobre equipos informáticos”, arts. 588 *septies* a), a 588 *septies* c) LECRIM. Es la última de las medidas de investigación tecnológica introducidas en 2015 fundada en el art. 18.3 de la Constitución, sin perjuicio de poder quedar afectados también el derecho a la protección de datos del art. 18.4 y el derecho a la privacidad (intimidad y propia imagen) del art. 18.1 de la Constitución.

Con la aprobación de este acto de investigación se cubre otro vacío legal importante, adaptando nuestra legislación a las más avanzadas en Europa. Se trata de utilizar programas informáticos (software) altamente sofisticados que se introducen desde centros de control policial en el ordenador u ordenadores estáticos o portátiles (laptop), tabletas, teléfonos móviles, etc., en cuanto aparatos que almacenan datos del investigado, con el fin de extraer cualquier tipo de información que en él se contenga válida a efectos de investigación de un crimen.

Se comprende inmediatamente que estamos ante una medida altamente agresiva, puesto que utilizar la llamada técnica del “gusano informático” para espiar ordenadores ajenos, es en el fondo tener acceso a toda la vida virtual del investigado, quien ciertamente se ampara en el anonimato que proporciona Internet para cometer sus crímenes, por lo que habrá que estar muy atentos a las prevenciones que hicimos al comienzo de esta lección. Por eso el legislador quiere reforzar el ámbito objetivo de la medida, para lo que se han acotado con un listado *numerus clausus* los delitos que la pueden habilitar, y limitar la duración temporal, lo que en estos momentos no sabemos aún si será suficiente. Procede si se persigue la investigación de alguno de los siguientes delitos: a) delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. b) delitos de terrorismo. c) delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente. d) delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional. e) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

Obsérvese que la ley, una vez autorizado el acceso al dispositivo de almacenamiento de datos, por ejemplo, al ordenador estático que tiene en su casa el investigado, permite rastrear cualquier elemento del sistema, cualquier programa, cualquier dato, cualquier base de datos, cualquier texto, etc., contenido en él. Todo es por tanto objeto de investigación. Sorprende por ello que se incluyan muchos delitos que ni siquiera podrían llegar a ser menos graves, a la vista del tenor literal de los apartados c) y e) del precepto. Sería de desear por el principio de proporcionalidad una mayor precisión de esos delitos.

Cuando los agentes que lleven a cabo el registro remoto tengan razones para creer que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o en una par-

te del mismo, pondrán este hecho en conocimiento del juez, quien podrá autorizar una ampliación de los términos del registro. Se obliga a colaborar con la justicia a los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 *ter e*), y a los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro, para la práctica de la medida y el acceso al sistema. Asimismo, están obligados a facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización. Las autoridades y los agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que facilite la información que resulte necesaria para el buen fin de la diligencia. Deben guardar secreto y están sujetos a responsabilidad.

Algunos aspectos complejos de la actuación policial en calidad de autoridad pública de persecución del delito en los momentos actuales

Como es fácilmente imaginable a la vista de lo expuesto hasta aquí, la policía judicial como autoridad pública de persecución del crimen, realiza numerosas actuaciones y de muy distinto contenido. No es de extrañar por ello que en la práctica se destaquen algunas de ellas que, junto con las que infringen los derechos fundamentales del investigado, antes analizadas, son especialmente problemáticas o presentan problemas jurídicos de enjundia. Antes he recogido algunos actos de investigación garantizados en los que la actuación de la policía judicial es clave para el éxito de esta fase procesal. Trataré aquí las diligencias de prevención, el atestado policial, las declaraciones del investigado y el valor jurídico de las actuaciones policiales.

Diligencias de prevención.

Son de una importancia decisiva, porque implican las primeras actuaciones tras el descubrimiento del crimen. Son las siguientes: Dar protección a los ofendidos y perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, consignar las pruebas del mismo que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, y detener en su caso a los sospechosos (art. 13 LECRIM).

La ejecución de las primeras diligencias significa, en ciertos casos de gran trascendencia social y que requieren una actuación urgente, la adopción de determinadas medidas cautelares, no solo penales, pues también pueden tener naturaleza civil. Eso sucede con la protección procesal penal de las víctimas de la violencia de género, pudiéndose decretar en concreto las previstas en el art. 544 *bis*, o en el art. 544 *ter*. Es importante resaltar que su competencia es exclusivamente judicial, por tanto, en ningún caso puede la policía judicial proceder a su imposición. La práctica de estas diligencias obliga a comunicar la comisión del delito a la autoridad judicial o fiscal inmediatamente, salvo que se perjudique la propia investigación (arts. 284 y 295 LECRIM, éste último modificado parcialmente por la Ley 41 / 2015, de 5 de octubre).

Téngase en cuenta que el aseguramiento (detención) del presunto autor de los hechos, y el auxilio a las víctimas del delito, son diligencias prioritarias para la Ley,

de manera que únicamente pueden practicarse otras cuando estas dos, en su caso, estén cumplidas (art. 366 LECRIM). Sobre la práctica en concreto de las diligencias, conviene tener en cuenta los siguientes aspectos: En primer lugar, la obligación de practicar las diligencias de prevención surge para la policía judicial en el momento tengan noticia de la comisión de un hecho punible (art. 4 RD 769/1987, de 19 de junio). En segundo lugar, la práctica de las diligencias de prevención cesa cuando se haga cargo de la investigación la autoridad judicial, o el fiscal encargado de las actuaciones, a quienes se hará entrega de todo lo practicado, incluyendo los efectos intervenidos, poniendo a su disposición las personas detenidas si las hubiere (art. 5 Real Decreto 769/1987, de 19 de junio);

Y, en tercer lugar, algo muy importante: No habiéndose incoado sumario o diligencias previas, en los países en los que como en España existe la figura del juez instructor, el jefe de los miembros de la policía judicial es exclusivamente el fiscal, por lo que solo a él deben dar cuenta de las investigaciones practicadas, sin perjuicio de ejecutar las que les ordene (art. 20 RD 769/1987, de 19 de junio).

Tratándose de diligencias de prevención practicadas por la Policía Local, esta función, necesaria tras la presentación de las correspondientes denuncias por los ciudadanos por hechos delictivos, o por conocimiento propio, consiste en realizar las diligencias que el caso aconseje y que tengan carácter urgente, y, tanto si se han completado como si no, dar parte inmediatamente a la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía o al puesto de la Guardia Civil autorizado más cercano. En caso de que se haya practicado una detención, deberá entregar la Policía Local al detenido inmediatamente a la Policía Nacional o a la Guardia Civil.

Finalmente, qué tipo de diligencias pueden practicarse. La respuesta es muy sencilla, puesto que, dado que el acto de investigación a realizar depende fundamentalmente del hecho delictivo concreto producido, y dado que el art. 13 LECRIM establece las diligencias con carácter abierto, se pueden ejecutar todas las conducentes al buen fin de la investigación (v. art. 299 LECRIM), salvo que su autorización esté reservada exclusivamente al juez o al fiscal. No obstante, la ley clasifica las actuaciones, sin perjuicio de que para el proceso abreviado y para el proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos los arts. 770 y 796 establezcan disposiciones específicas, en cinco grupos, cuyo orden seguimos:

- Dar protección a los perjudicados: No solo está pensando el legislador en posibles consejos jurídicos a la víctima del delito, sino y más fundamental en realizar las actuaciones físicas que permitan a ésta hacer que la situación se recupere, cese o quede protegida frente al peligro del delito. Por ejemplo, llevarla a un hospital, recoger sus pertenencias, evitar la continuación de la agresión, etc. La protección comprende también a los familiares de los ofendidos o perjudicados e, incluso, a otras personas.
- Consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer: Actuación totalmente necesaria, puesto que la prueba va a servir para convencer al juez el día del juicio oral si el acusado es culpable o inocente (art. 741, I, LECRIM).

Su pérdida podría significar sin duda el fracaso del proceso y la impunidad del delincuente. Así, el miembro de la policía judicial deberá anotar todos los testigos que hayan presenciado el hecho, los elementos que requieran una actuación posterior de carácter pericial, etc.

- Recoger y poner en custodia cuanto conduzca a la comprobación del delito (piezas de convicción): Los miembros de la policía judicial deben asegurar también aquellos objetos que sean las piezas de convicción del delito, como el arma homicida, la droga, los documentos contables, etc., que sirven para que el órgano jurisdiccional se forme una idea exacta de cómo han ocurrido los hechos (arts. 438 y 712 LECRIM).
- Identificación del delincuente: Si no es posible directamente, leyendo su documentación personal, las actuaciones a practicar permiten incluir la toma de huellas dactilares, descripción de testigos, etc.
- Detener al presunto autor: Posibilidad permitida con carácter general por el art. 492 LECRIM, que es una medida cautelar personal.

Atestado policial.

La gran especialización técnica de la policía judicial actual, que la ha convertido realmente en una policía científica, hace que sus actuaciones tengan un contenido muy rico desde el punto de vista procesal, tanto que su valor, a efectos sobre todo probatorios, puede ser decisivo en la fundamentación de las sentencias de condena. No siendo sin embargo ni autoridad judicial ni fiscal, la LECRIM, anticuada en este tema, no ha previsto que la documentación policial relativa a actos de investigación penal, que hoy es ciertamente compleja, tiene diferente valor y alcance. De ahí que la jurisprudencia, tanto la del TS como la del TC, hayan precisado, sobre todo últimamente, estas cuestiones.

El atestado policial es el documento que contiene la investigación (entendida como conjunto y no como unidad) realizada por la Policía respecto a un hecho aparentemente criminal, sea de la naturaleza que sea. En principio tiene valor de denuncia, según el art. 297, I, LECRIM, pero esta declaración legal es decir bien poco. Los atestados, por tanto, pueden tener muy diversos orígenes o fundamentos. Por eso la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

En primer lugar, el atestado tiene valor de denuncia, como hemos indicado, de manera que cumple la función de ser acto de iniciación del proceso penal (declaración que ha formulado el TC desde su Sentencia 31 / 1981, de 28 de julio, y ha reiterado luego constantemente).

Así mismo, en segundo lugar, para que el acto de iniciación pueda llegar a tener consecuencias probatorias es necesario que el miembro de la policía judicial que lo redactó declare como testigo en el juicio oral ante el tribunal juzgador y sentenciador, reiterándolo y ratificándolo. El policía es así en el proceso penal testigo (S TC

173/1985, de 16 de diciembre; y SS TS de 10 de diciembre de 1986, RA 7873; y de 18 de enero de 1988, RA 300, entre otras muchas).

No se trata de que el atestado se convierta en medio de prueba en el juicio oral, sino de que los hechos constados en él pueden llegar a entrar en el juicio oral por medio de la declaración del policía como testigo, que es cosa muy diferente y por ese camino pueden llegar a tener consecuencias probatorias. Naturalmente esos hechos han de haber sido antes afirmados por las partes.

Además, en cuanto al contenido estricto de los atestados, la importantísima S TS de 23 de enero de 1987 (RA 450), ha hecho las siguientes distinciones:

La primera de ellas es que cuando se trata de opiniones o apreciaciones de la Policía (por ejemplo, su parecer de cómo han ocurrido los hechos), de las declaraciones de los imputados, aunque se les haya instruido de sus derechos constitucionales y hayan gozado de la asistencia de Abogado, de declaraciones de testigos, de diligencias de identificación o de reconocimiento, en rueda o fuera de ella, o de otras diligencias semejantes, efectivamente, no se les puede atribuir por sí solas otro valor que el de meras denuncias, aunque luego si el policía declara como testigo en el juicio oral debe estarse al valor probatorio de este medio de prueba;

La segunda es que cuando se trata de dictámenes o de informes emitidos por gabinetes de los que actualmente dispone la policía, tales como los de dactiloscopia, identificación, análisis químicos, balísticos y otros análogos, tendrán, al menos, valor de dictámenes periciales, aunque deban ser ratificados en presencia judicial, durante las sesiones del juicio oral y con la posibilidad de que las partes puedan dirigir observaciones u objeciones o pedir aclaraciones a los miembros de los referidos gabinetes; y,

Finalmente, la tercera es que tratándose de diligencias objetivas y de resultado incuestionable, como la aprehensión «*in situ*» de los delincuentes, los supuestos en que éstos sean sorprendidos en situación de flagrancia o de cuasi flagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos e instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes, efectos estancados o prohibidos, entrada y registro en lugar cerrado y lo que se hallara durante el transcurso de los mismos, siempre que mediara asentimiento del morador o del que tiene derecho a excluir, o de otros supuestos semejantes, el valor que debe atribuírsele es el de verdaderas pruebas (documentales o periciales, añadimos nosotros, sin perjuicio de la testifical del agente), sometidas como las demás al principio de libre valoración establecido en los arts. 717 y 741, I, LECRIM.

El art. 75 de la Ley de Tráfico de 1990, para los supuestos específicos en que intervengan los agentes con competencias en materia de circulación vial, añade que las denuncias efectuadas por los mismos harán fe, salvo prueba en contrario, respecto de los hechos denunciados, sin perjuicio del deber de aquéllos de aportar todos los elementos probatorios que sean posibles sobre el hecho denunciado. La jurisprudencia, sin embargo, con buen criterio, hace caso omiso de esta vinculación probatoria,

porque conforme a los preceptos de la LECRIM acabados de citar, todas las pruebas, absolutamente todas, se valoran por los tribunales penales libremente.

Declaraciones ante la Policía y su valor jurídico.

La Jurisprudencia ha tenido ocasión igualmente de pronunciarse acerca del valor probatorio que tienen las declaraciones formuladas por los imputados ante la policía judicial, particularmente cuando luego no son ratificadas por estos en el acto del juicio, e incluso son negadas.

El principio general parte de la necesidad de practicar las diligencias de referencia rodeadas de todas las garantías establecidas por el art. 17 CE y la legislación ordinaria (art. 520 LECRIM fundamentalmente, precepto que ha sufrido dos modificaciones en el año 2015, la primera por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, y la segunda, de mayor calado, por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre), y en particular con la presencia del abogado defensor (S TC 31/1981, de 28 de julio).

Para que dichas declaraciones alcancen el valor de prueba tienen que ser ratificadas por el posteriormente acusado en el acto del juicio oral, y así poder el órgano jurisdiccional formar su convicción libremente, tanto en lo relativo a su ratificación en sentido estricto, como si el acusado niega o se contradice respecto a lo declarado ante la Policía o el propio juez de instrucción, ya que en este último caso el tribunal debe realizar una apreciación conjunta sobre todas las declaraciones producidas (doctrina sentada por el TC en sus SS 80/1986, de 17 de junio; y 217/1989, de 21 de diciembre, entre otras muchas).

La clave de esta interpretación se basa en que el acusado, de un lado, haya sido interrogado con respeto íntegro a todos sus derechos constitucionales y, en segundo lugar, que tenga oportunidad el día del juicio oral de explicar la rectificación o retractación de su declaración, naturalmente con vigencia del principio de contradicción (SS TC 161/1990, de 19 de octubre; y 80/1991, de 15 de abril).

No obstante, nos parece que siendo la única prueba realizada en el proceso, la retractación o negación en el acto del juicio de la declaración ante la policía no puede llevar más que a la absolución, puesto que solo el segundo acto es probatorio y nunca el primero, y conforme al art. 741, I, LECRIM la convicción judicial se forma con base en la actividad probatoria y no a la sumarial o policial, sin perjuicio de infringir el principio de la presunción de inocencia, al no existir mínima actividad probatoria de cargo, según la conocida doctrina del TC al respecto. No obstante, la revelación de datos ante la policía que únicamente puede conocer el imputado declarante, sí debería ser valorable como prueba aunque luego se retracte, si tal declaración fue hecha con todas las garantías que la ley prevé. Y, por supuesto, deberían ser igualmente valorables como prueba en lo que afecten a otros participantes, aunque luego se retracte.

Pero, en lo que se refiere a España, el último Acuerdo de la Sala II en Pleno no Jurisdiccional de 3 de junio de 2015, que deroga el Acuerdo de 28 de noviembre de

2006, relativo al valor de la declaración del imputado en sede judicial, al haber perdido su validez como consecuencia de la STC 68/2010, de 18 de octubre, no admite ni una sola excepción. En su virtud: «Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba pre constituida en los términos del art. 730 de la LECR. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron. La condena vendría asegurada, por tanto, existiendo otras pruebas de cargo, coadyuvando como otro elemento más la valoración judicial de la retractación.

Otras actuaciones problemáticas.

Intervenciones específicas de la policía judicial en materia de seguridad ciudadana.

Sin entrar en muchos detalles, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad ciudadana, prevé actuaciones administrativas que debe desarrollar la policía (administrativa) que pueden acabar siendo materia de proceso penal por transformarse o dar paso a un delito, en el que actuarán como policía judicial. Así, atendidos los arts. 15 (entrada y registro en domicilio y edificios de organismos oficiales), 16 (requerimiento de identificación de personas), 17 (restricción del tránsito y controles en las vías públicas), 18 (comprobaciones y registros en lugares públicos), 20 (registros corporales externos), 22 (uso de videocámaras), o 28 (control administrativo sobre armas, explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos), de esa ley, la situación puede ser perfectamente transformable inmediatamente de lo administrativo a lo penal y procesal penal (por ejemplo, de la identificación a la detención, aplicándose a partir de la misma las normas previstas en la CE, el CP y la LECRIM).

Me fijaré en el requerimiento para la identificación de personas por ser el más llamativo. Pues bien, el requerimiento para identificación que implica retención de la persona consistiría exclusivamente en el acto comprendido entre la constatación de que la persona no puede ser identificada o se niega a hacerlo, la llevanza o acompañamiento a comisaría y la realización de la diligencia de identificación, pero en contra de su voluntad, porque si lo hace voluntariamente, no hay coerción, no se alcanza el “status” de detenido. No puede durar más de seis horas, y el afectado debe ser informado de la causa de su llevanza a comisaría (art. 16.2 y 4). Después de ello, o se le pone en libertad, o se le lleva a presencia judicial. No hay alternativa (art. 16.5).

Si esto es así, la retención sería una clase especial de detención, porque para poder detener a una persona se ha de dar alguno de los presupuestos del art. 490 LECRIM,

según el art. 492-1.º y, sobre todo, según el art. 492-4.º LECRIM. Y si no se dan esos presupuestos, estamos ante una detención ilegal.

Obsérvese además que no se ha derogado o modificado ni uno solo de los preceptos que la LECRIM dedica a la detención, pero el TC ha dicho que entre la libertad y su privación no existen zonas ni parcelas jurídicas intermedias (S TC 98/1986, de 10 de julio). Por tanto, si estamos ante privación gubernativa de la libertad, se viola el art. 25.3 CE; si es privación de libertad preordenada ante un futuro proceso penal, estamos ante detención (arts. 17.2 CE y 492 LECRIM), con lo cual, el art. 16 LSC no hace ninguna falta, porque ya existen normas ordinarias para permitir hacer lo que este precepto prevé.

Finalmente, nada se dice en el art. 16 LSC sobre el derecho de defensa, aunque es menos claro que esto sea inconstitucional, porque lo que exige la CE (art. 17.3) es que se interroge a los detenidos en presencia de su Abogado, no que se les tenga que identificar ante él. Esto es competencia exclusiva de la Policía.

Estos argumentos no han sido admitidos por el TC en la Sentencia repetidamente citada. Para éste, la retención para identificación, en cuanto entraña un acompañamiento a los agentes, significa efectivamente una privación de libertad, que no deja de serlo incluso aunque el afectado la acepte (opinión concordante con la Jurisprudencia del TEDH: S 18 de junio de 1971, caso DE WILDE, OOMS Y VERSYP). Pero esta detención no es una detención preventiva. Ahora bien, sigue diciendo el TC, esta privación de libertad es conciliable con el art. 17.1 CE, puesto que el art. 20 LSC afecta a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un delito o falta (y así lo reconoce el art. 16.1).

Finalmente, concluye el TC afirmando que como tal privación de libertad, le afectan determinadas garantías previstas en el art. 17.2 y 3 TC, pero no todas: La retención debe durar el tiempo imprescindible para realizar las averiguaciones de identificación, y se le debe informar al retenido de las razones por las que se le priva de libertad; pero no tiene derecho a guardar silencio, ni tampoco a la defensa técnica (abogado), porque la medida no prevé un interrogatorio policial, sino tan solo una averiguación de datos personales.

Obtención de pruebas mediante filmaciones videográficas.

La LO 4/1997, de 4 de agosto, permite que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad filmen y graben mediante videocámaras lo que ocurre en lugares públicos, como calles o plazas, sean abiertos o cerrados (art. 1.1). Esta posibilidad, indiscutiblemente de carácter preventivo, está directamente pensada para proteger la seguridad ciudadana, erradicar la violencia callejera y garantizar la seguridad pública, incluso en materia de circulación vial, pero puede convertirse en un acto de investigación si, como consecuencia de la filmación, se detecta la comisión de un delito, o coadyuva al descubrimiento de su autor.

Este último aspecto es el que nos interesa. Hasta dicha LO, nada disponían las leyes españolas. Fue la jurisprudencia, y en concreto la del TS, la que sentó las bases de autorización de las filmaciones videográficas y obtención de fotos, particularmente en su importantísima Sentencia de 6 de mayo de 1993 (RA 3854), que distinguió entre filmaciones de lugares públicos y privados.

Partiendo de la idoneidad del medio para averiguar los hechos criminales, el TS entendió que las filmaciones y fotografías obtenidas por la Policía desde puestos de vigilancia públicos, es decir, situados en la calle o en lugares públicos, en donde se hacía el seguimiento de personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación, eran perfectamente ajustadas a derecho, y para nada afectaban al derecho fundamental a la intimidad personal y a la propia imagen de las mismas, ya que éstos no son derechos absolutos o ilimitados, sino que deben ceder ante los intereses públicos de la persecución penal, de mayor importancia en estos casos. El fundamento legal hasta 1997 se encontraría en los arts. 8 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, y en el art. 282 LECRIM. V. también la S TC 190/1992, de 16 de noviembre; y las SS TS de 23 de noviembre de 1990 (RA 9148), de 5 de noviembre de 1993 (RA 8279), de 14 de enero de 1994 (RA 12), y de 27 de febrero de 1996 (RA 1394). La LO 4/1997 ha recogido la jurisprudencia en lo esencial, estableciendo medidas de persecución penal y actuaciones de carácter administrativo, intentando respetar al máximo los derechos fundamentales implicados (art. 2).

La instalación de videocámaras se autoriza, previo informe favorable de una comisión presidida por un Magistrado (art. 3.1), que es vinculante si estima que podrían violarse los criterios de autorización del art. 4 (art.3.3), por la autoridad administrativa (el delegado del gobierno, art. 3.2), mediante resolución motivada (art. 3.4), que es recurrible administrativamente (art. 11).

La importancia práctica de la ley, que afecta directamente a la policía judicial, es que por motivos de urgencia máxima, o de imposibilidad de obtener la autorización, ésta puede instalar videocámaras móviles, dando cuenta en el plazo de 72 horas al máximo responsable provincial de las FCS (art. 5.2, III).

La utilización de videocámaras o de cualquier otro aparato análogo (art. 1.2), estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima (art. 6). Si el resultado de la investigación, es decir, la grabación concreta de imagen y sonido, muestra apariencia de delito, hay que dar parte inmediatamente a la autoridad judicial, en todo caso, en el plazo máximo de 3 días, remitiéndole la Policía el correspondiente atestado (escrito o verbal), que incluirá el soporte original íntegro de la filmación (art. 7.1), que aunque nada diga esta LO al respecto tiene indiscutiblemente al menos valor de denuncia, pudiendo convertirse en prueba si en el acto del juicio oral declaran los agentes que la realizaron, y, por tanto, siendo elemento probatorio suficiente para obtener una condena penal.

El tratamiento de la filmación se quiere por la LO que sea absolutamente reservado (art. 7.2 y 3), debiendo ser de conocimiento público su instalación si son videocámaras fijas, aunque sin decir el lugar exacto de su emplazamiento (art. 9.1). El propie-

tario del edificio está obligado a autorizar su colocación si ha sido seleccionado por la Policía (DA 6.^a). Pero cuando la grabación videográfica pueda afectar al espacio privado de la intimidad de una persona, como sería el caso de su domicilio, solo puede realizarse si previamente ha sido autorizada por el juez competente, o consentida por el interesado (art. 6.5).

Las filmaciones no se destruyen mientras sean objeto de investigación o de prueba en un proceso penal (art. 8.1), pudiendo los interesados pedir su visionado o cancelación, bajo determinados presupuestos (art. 9.2). Téngase en cuenta el nuevo art. 588 *quinquies* a) LECRIM, introducido también en 2015, sobre captación de imágenes en lugares o espacios públicos, que complementa ahora estas previsiones.

Conclusiones

Por las razones expuestas, concluyo brevemente reafirmandome de manera muy tenaz en:

Primero: La necesidad de afrontar un verdadero modelo policial válido para una investigación eficaz del crimen y, por tanto, plenamente homologable en América Latina respecto a los países más desarrollados jurídicamente del mundo.

Segundo: Ese modelo exige leyes modernas (de policía naturalmente, pero sobre todo de organización de los tribunales, de ministerio público, de procedimiento penal y también un nuevo código penal), que aseguren un funcionamiento correcto de una policía judicial verdaderamente autónoma respecto a los demás poderes del Estado; un presupuesto equilibrado que favorezca su formación cultural, jurídica y técnica, así como las dotaciones personales y materiales necesarias, garantizando por supuesto salarios dignos; y, finalmente, una toma de conciencia por parte de todos los ciudadanos y en especial por parte del Poder político, de que la policía judicial es una institución pública del Estado muy especial, clave para la consolidación y fortalecimiento de la democracia por las funciones que le corresponden en el proceso penal propio de un Estado de Derecho.

Tercero: Una vez conseguido ello, su formación y capacitación debe ser la siguiente preocupación del Estado, para conseguir en la ejecución de sus deberes una corrección legal exquisita, de manera que nunca puedan ser los causantes de exclusiones de prueba por vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos.

Solo así estaremos en mi modesta opinión de condiciones de afrontar verdaderamente una lucha eficaz contra el delito, una de las principales exigencias sociales públicas en cualquier democracia.

Referencias

AA. VV. (1987). *Policía y Constitución*, Serie Protección Ciudadana N.º 1. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.

- AA. VV. (1990). *Estudios de Policía Científica*, 2 tomos. Madrid: Ed. Dirección General de la Policía.
- AA. VV. (1991). *Jornadas sobre Policía y Seguridad: Análisis jurídico-público*. Oñati (Guipúzcoa): Ed. IVAP.
- AA. VV. (1993). *El moderno atestado policial*. Madrid: Academia Editorial Lamruja.
- AA. VV. (2009). *Manual Único de Policía Judicial*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, República de Colombia.
- Alonso, F. (1996). *Intervención del abogado ante la Policía Judicial*. Madrid: Dykinson.
- Ambos, K., Gómez, J. L. y Vogler, R. (2003). *La policía en los estados de derecho latinoamericanos*. Bogotá: Instituto Max-Planck para el Derecho Penal extranjero e internacional y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Arciniégas, G. A. (2001). *Policía Judicial y nuevo Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- De Antón y Barberá, F. y De Luis y Turégano, J. V. (2012). *Policía Científica* (5 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Escalante, J. (Coord.) (2011). *Manual del Policía*. Madrid: La Ley.
- Garrido, V. y Luque, R. (1990). *Policía y ciencias sociales*. L'Elia, Valencia: Instituto Valenciano de Seguridad Pública.
- Gómez, J. L. (1985). *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Ed. Bosch.
- Gómez, J. L. (1993). La Policía Judicial en España: Aspectos orgánicos y procesales penales. *Justicia: Revista de derecho procesal* (3-4), 389-416.
- Gómez, J. L. (1993). *El proceso penal español para no juristas*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2014). Los retos del proceso penal ante las pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis de ADN. En J. L. Gómez Colomer (coord.): *La prueba de ADN en el proceso penal* (pp. 23-67). Valencia: Tirant lo Blanch.
- López, D. (1987). *El aparato policial en España*. Barcelona: Ariel.
- Marchal, N. (Coord.) (2009). *Código de Policía Judicial*. Madrid: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Martín, P. (Dir.). (2006). *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez, R. (2001). *Policía Judicial y Constitución*. Pamplona: Aranzadi-Ministerio del Interior.

- Morales, A. (1988). *Administración policial española*. Madrid: San Martín.
- Queralt, J. (2000). *Introducción a la Policía Judicial*. Barcelona: Bosch.
- Rico, J. M. & Salas, L. (1988). *Inseguridad ciudadana y Policía*. Madrid: Tecnos.
- Rico, J. M. (1983). *Policía y Sociedad Democrática*. Madrid: Dirección de Seguridad del Estado, Ministerio del Interior.
- Roxin, C. (2001). *Derecho Procesal Penal*, trad. G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sala, C. (1999). *La Policía Judicial*. Madrid: McGraw Hill.
- Silva, G. (2003). Experiencias de unificación de cuerpos de policía. *Seminario Internacional sobre Investigación criminal. Memorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Turrado, M. (1985). *Introducción a la Historia de la Policía*, Madrid: Dirección General de Policía.
- Rico, J. M. (Comp.) (1983). *Policía y Sociedad democrática*. Madrid: Alianza.
- Zambrano, P. M. (1996). *La Policía Judicial y sus funciones en la legislación penal*. Bogotá: Ibáñez.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL EUROPEA Y TRANSNACIONAL COMO DESAFÍO PARA UNA DOGMÁTICA DE DERECHO PENAL MODERNA*

Walter Perron**

Resumen

La discusión jurídico-penal actual se caracteriza por la lenta pero segura pérdida de importancia de los discursos del derecho penal puramente nacionales, frente a la creciente importancia de las elaboraciones del derecho penal europeo e internacional; aquí, justo es decirlo, es donde se plantea la pregunta acerca de qué sucederá en el futuro con la dogmática de derecho penal alemana y su larga tradición, máxime si se tiene en cuenta que en la propia Alemania la importancia de los grandes edificios teóricos ha disminuido. Además, dado que no es posible prever, si y/o cuando se unirán los estados miembros de la Unión Europea para la creación de un “derecho penal europeo” supranacional directamente aplicable, el cual reemplace por lo menos parcialmente al derecho penal nacional, es de prever que esta alzada teórica continúe, aunque tendrá que adaptarse a los nuevos desarrollos. En cualquier caso, el autor estima que, en el porvenir, de la dogmática de derecho penal habrá de hacerse teoría del derecho penal.

Palabras claves

Derecho penal, Dogmática, política criminal, derecho penal internacional, derecho europeo, administración de justicia.

Abstract

The current legal-criminal discussion is characterized by the slow but sure loss of importance of purely national criminal law discourses, in the face of the growing importance of the elaborations of European and international criminal law; here,

* Título original: “Europäische und Transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsdogmatik”, traducción a cargo de Jhaslen Ricardo Ramírez Lemus (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg & Universidad de Málaga). El presente artículo hace parte del texto de Tiedemann, K., Sieber, U., Satzger, H., Burchard, Ch & Brodowski, D. (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden 2016, 307-320.

** Estudios de Derecho y Doctor en Derecho de la Universidad Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal comparado de la Universidad Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemania; E-Mail: walter.perron@jura.uni-freiburg.de

it is fair to say, is where the question arises about what will happen in the future with the dogmatics of German criminal law and its long tradition, especially taking that in Germany itself the importance of large theoretical buildings has diminished. Furthermore, given that it is not possible to foresee, if and / or when the member states of the European Union will be united for the creation of a directly applicable supranational "European criminal law", which at least partially replaces the national criminal law, it is to foresee that this theoretical elevation continues, although it will have to adapt to new developments. In any case, the author considers that, in the future, criminal law theory will have to be made of criminal law dogmatics.

Keywords

Criminal law / Dogmatics / criminal policy / international criminal law / European law / administration of justice.

Introducción

En un artículo publicado en la revista JZ en 2012, Joachim Vogel había profetizado una especie de "*schock* de Pisa" en el caso de que la ciencia de derecho penal alemana no abandonase su desmesurada autoestima y tomase nota de la realidad internacional (Vogel, 2012, p. 25). Bajo su perspectiva, la influencia del pensamiento jurídico alemán sobre los desarrollos internacionales es escasa y la ciencia de derecho penal alemana solo es tenida en consideración en Estados "que como Italia, España, Grecia o Japón, cuentan con un pasado problemático común con Alemania" (Vogel, 2012, p. 27). Los ejemplos a los que él acudió como prueba de este diagnóstico resultan convincentes; así, en particular, las condenas a Alemania por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en tiempos recientes o la inexistente influencia tanto de la tradición como de los conceptos de derecho alemanes en actos, convenciones e instrumentos jurídicos internacionales. No obstante, cabe preguntarse si esta valoración no resulta demasiado pesimista.

Dogmática de derecho penal alemana y sistemas internacionales multinivel

Para poder comprender el significado que tienen los desarrollos internacionales en la dogmática de derecho penal, primero hay que tener claro qué es ésta en realidad. Al respecto, Hans Joachim Hirsch, en el marco de un coloquio multinacional alemán, italiano, portugués y español llevado a cabo en 1990, afirmó de manera provocadora: "Según estándares científicos no existe una dogmática de derecho penal italiana, portuguesa, española o alemana, sino solo una total o parcialmente correcta, o, por el contrario, una errada" (Hirsch, 1991, p. 27). Hirsch justificó su afirmación aseverando que la dogmática científica investiga: "cuáles son los requisitos que debe presentar un hecho punible y cómo deben estructurarse" (1991, p. 54, nota 96).

Considero que esta postura es errónea. En mi opinión, la dogmática del derecho en general y la dogmática de derecho penal en particular no pueden prescindir del ordenamiento jurídico concreto al cual se relacionan. Al respecto, no se trata únicamente de los requisitos de un hecho punible, sino, sobre todo, de cómo estos

conocimientos generales repercuten sobre la interpretación de las disposiciones concretas de un ordenamiento jurídico y su aplicación en un caso específico. La tarea de la dogmática es la elaboración de una conexión entre los conocimientos abstractos generales y las leyes aplicables, de cara a la solución concreta de casos jurídicos individuales, para así crear un sistema lo más consistente y libre de contradicciones posible, el cual haga compatibles, en la mayor medida posible, a la seguridad jurídica y a la justicia para cada caso en concreto.

Así lo declaró el escrito “Perspectivas de la ciencia del derecho en Alemania”, el cual fue elaborado por el Consejo Científico¹: “La ciencia del derecho desarrolla la teoría acerca del contenido del derecho vigente (dogmática[s])...La ciencia del derecho alemana se caracteriza, particularmente, por tratar la totalidad del derecho de una manera amplia, conceptual y sistemática” (Wissenschaftsrat, 2012, p. 25). Consecuentemente, la dogmática del derecho es relacionada con el derecho positivo y lo desarrolla de manera amplia a través de un trabajo de elaboración conceptual y sistemático. Ésta se sitúa, por un lado, entre un positivismo legal puro, el cual aplica el derecho vigente sin adelantar una discusión crítica; y, por otro lado, dentro de la teoría general del derecho, la cual busca explicar, desprendida de las particularidades de un ordenamiento particular, la totalidad de las formas de manifestación del derecho. Por lo demás, una definición semejante es similar al concepto teológico de la dogmática, el cual, partiendo de principios centrales de la teoría del pensamiento cristiano, se encarga de “la descripción sistemática de la totalidad de las verdades de la revelación” (Ruster, 2005, p. 2).

Esto significa, para nuestro tema, que la dogmática de derecho penal siempre está relacionada a un sistema jurídico positivo, aunque no lo aplica directamente, sino que permite la continuación de su desarrollo y asesora al legislador de manera prospectiva a través del recurso a principios generales y al derecho suprapositivo², acompañándolos de perspectivas y razonamientos con talante crítico. Es por ello que la dogmática de derecho penal alemana está relacionada al derecho penal alemán y, ciertamente, desde esta perspectiva, no debería ocuparse del desarrollo internacional.

Naturalmente, una visión así no puede ser defendida hoy en día sin una fuerte limitación. El legislador nacional y los tribunales nacionales han dejado de ser soberanos en la adopción y aplicación del derecho penal y están ligados ahora en gran medida a las disposiciones del derecho internacional. Los acuerdos, decisiones marco y directivas europeas fijan el contenido a muchas, cuando no a la mayoría, de las normas de derecho penal de tiempos recientes y únicamente dejan al legislador la configuración de su modo o forma concretos (Ambos, 2014, 11,15 y ss.; Esser, 2014, 2, 135 y ss.; Hecker, 2012, 11, 1 y ss.; Safferling, 2011, 10, 47 y ss.; Satzger, 2013, 9, 31 y ss.). En la aplicación de dichas leyes, los tribunales también se ven

¹ El Consejo Científico (*Wissenschaftsrat* en alemán) es un organismo encargado de asesorar las políticas científicas en Alemania en temas tales como el desarrollo de universidades, de la ciencia y de la investigación (N. del T.).

² La expresión se utiliza en relación con el derecho natural (N. del T.).

frecuentemente obligados a tener en cuenta las disposiciones europeas a través de una interpretación conforme al derecho europeo de cara a la decisión de casos individuales (Hecker, 2012, 10, 1 y ss., con numerosa jurisprudencia del TEDH y los tribunales alemanes; fundamental para Alemania fue la decisión del Bundesgerichtshof BGHSt 37, 333, [336]); y, además, las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos repercuten de manera duradera tanto en la legislación como en la jurisprudencia, incluso si Alemania no tomó parte del procedimiento correspondiente (Ambos, 2014, 10, 8). Finalmente, Alemania ha ratificado muchos acuerdos internacionales fuera del espacio jurídico europeo, lo cuales obligan a los países signatarios a la creación de normas penales con contenidos específicos; así, por ejemplo, en el ámbito del derecho penal relacionado a sustancias estupefacientes, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 (BGB1.1993 II S. 1136).

Dicho en otras palabras: el legislador alemán ha depositado parte de su soberanía en la Unión Europea y en Organizaciones Internacionales u Órganos de derecho internacional que surgen de sus tratados. Por ende, la dogmática de derecho penal alemana debe ocuparse del trabajo de elaboración de su propio derecho bajo esta influencia internacional. De hecho, esta discusión tiene cada vez más lugar tanto en los comentarios como en los artículos y en la literatura de los manuales alemanes, así como lo demuestra la discusión actual respecto de la delimitación del §263 del StGB (Código Penal alemán) a la luz del derecho de protección al consumidor europeo (al respecto, en tiempos recientes: Kleszczweski, 2014, p. 1085; Tiedemann, 2014, pp. 1107, 1111; también, BGH NJW 2014, pp. 2595 y ss.). De todas formas, los correspondientes comentarios se ocupan casi de manera exclusiva de la pregunta acerca de las consecuencias que, de cara a la aplicación del derecho, han de extraerse a partir de las disposiciones internacionales; mientras que, en el mejor de los casos, una discusión respecto de la exactitud e idoneidad de estas disposiciones solo tiene lugar en aquellas contribuciones que se orientan al campo de la política criminal. Así, primero, la iniciativa para un “Corpus Juris” (Delmas-Marty & Vervaele, 2000), así como, recientemente y en particular, el grupo formado por Petter Asp *et al.* (2009) con el texto “A Manifesto on European Criminal Procedure Law” y “The European Public Prosecutor’s Office” (2015).

Dogmática de derecho penal europea e internacional

Es solo lentamente y con dificultades como cada vez tiene más aceptación la idea de que los diferentes “niveles” internacionales que influyen al derecho penal demuestran rasgos característicos propios de un “ordenamiento jurídico” y por ello requieren una “dogmática” propia. Para la ilustración de este desarrollo quisiera mencionar tres ámbitos: el de la Unión Europea, el de la Convención Europea de los Derechos Humanos y el de la Corte Penal Internacional.

Sobre la posición del derecho penal en la *Unión Europea* se ha escrito y discutido bastante en Alemania (Ambos, 2014, 9, 1; Hecker, 2012, desde 1, 43, a 4, 84; Satzger, 2013, 9, 116; Safferling, 2011, 10, 110). Normalmente, los autores se ocupan de temas como la creación o interpretación de disposiciones jurídicas alemanas conforme al

derecho europeo, o del régimen de competencias de la UE. Estas perspectivas son comprensibles, dado que, en el pasado reciente, el principal instrumento jurídico de la UE en el plano del derecho penal fue la decisión marco creada a través del Tratado de Ámsterdam de 1999, la cual fue a su vez sustituida vía directiva a partir del tratado de Lisboa. Ninguno de los dos, salvo excepciones, cobran efecto de manera directa, sino que requieren de su adopción por parte del legislador nacional. Además, las discusiones en materia de política criminal respecto del contenido de las decisiones marco fueron escasamente llevadas a cabo, debido al principio de unanimidad y a la dinámica específica del proceso para lograr acuerdos al interior del Consejo de la Unión Europea, donde los gobiernos nacionales no destaparon sus verdaderas posturas en el período previo a dichas decisiones. Naturalmente, esto ha cambiado fundamentalmente a partir del tratado de Lisboa: La Comisión Europea tiene ahora el derecho de iniciativa y a menudo presenta proyectos que son discutidos de manera pública (Comisión Europea, 2015), las votaciones en el Parlamento y en el Consejo son decididas por medio de mayorías –simples o cualificadas– (art. 16 IV EUV, art. 231, 238, 294 AEUV), de manera que las tácticas de secretismo son menos necesarias; y sobre todo, ahora es posible llevar a cabo discusiones públicas de forma previa a la toma de decisiones en el Parlamento Europeo, discusiones que, además, implican también a especialistas en el área; un ejemplo de ello es el procedimiento del Parlamento llevado para la Orden Europea de Investigación en materia penal (Parlamento Europeo, 2014; sobre ello, Böse, 2014, p. 152, Schuster, 2015, p. 393).

A esto ha de añadirse que, a partir del Tratado de Ámsterdam, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene competencia para decidir sobre el contenido e interpretación de decisiones marco y directivas penales (art. 19 Abs. 3 EUV, art. 267 AEUV). Dado que estos actos jurídicos utilizan frecuentemente conceptos penales clave como: “instigación”, “autoría” o “tentativa” (cfr. por ejemplo, el art. 4 de la Decisión Marco del 13.6.2002 sobre la lucha contra el terrorismo, AB1.L 164/3), el acceso con que cuenta el TJUE respecto de los fundamentos de la dogmática de derecho penal está abierto. Hasta ahora el tribunal de Luxemburgo ha hecho uso de esta posibilidad en menor medida, pero esto puede cambiar en el futuro rápidamente.

Finalmente, cada vez se encuentran más signos para la apertura de un discurso científico europeo respecto del derecho penal europeo. Al principio solían encontrarse en primer plano iniciativas individuales tales como el proyecto “Corpus-juris” o recientemente el “Manifiesto europeo” (la prueba de ello, el derecho contra los estupefacientes: la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988). Hoy día, por su parte, la creación de revistas europeas específicas conllevó a un creciente intercambio internacional (véanse las publicaciones citadas *infra*). Esto se hace palpable también, por ejemplo, en las solicitudes de subvención extranjeras dirigidas a la Fundación Alexander von Humboldt, sobre todo en el campo del derecho procesal penal, donde se presta cada vez más atención al derecho penal europeo y cuyos solicitantes presentan frecuentemente publicaciones en lengua inglesa.

Si se compendian estos desarrollos, no puede pasarse por alto el hecho de que se está desarrollando una especie de ordenamiento jurídico-penal en el plano de la Unión Europea. Aunque los ámbitos de regulación son aún muy fragmentarios y los objetos y alcances de estas discusiones son limitadas, los planos relativos a la legislación, la jurisprudencia y a la discusión científica se establecen y crecen paulatinamente de manera conjunta.

Aún más claro es el desarrollo en el campo de la *Convención Europea de los Derechos Humanos*. Sobre todo, después de la gran reforma a los tribunales de 1998, llevada a cabo a través del 11. Protocolo adicional a la CEDH del 11.5.1994, en vigor desde el 1.11.1998, los magistrados de Estrasburgo han aumentado considerablemente su confianza en sí mismos, al punto que ya no evitan conflictos con instancias nacionales altamente respetadas, como por ejemplo el tribunal federal constitucional alemán, y se están imponiendo paulatina y decididamente frente a todos los Estados miembros. Ello a pesar de que el ámbito de regulación de esta convención está fuertemente delimitado, pues solo contiene unas pocas garantías mínimas. Por otro lado, este instrumento cuenta con la figura de la demanda individual, la cual brinda a cada persona el derecho de demandar a un Estado miembro frente al TEDH (art. 34 CEDH), situación que conllevó a una oleada de procesos que en gran número desembocaron en importantes decisiones y que, en particular, influyen en el derecho procesal penal de manera duradera (cfr., por ejemplo, la compilación de sentencias en el idioma alemán en la página web del tribunal). Es así como desde hace algún tiempo entran en reiteradas discusiones las decisiones del tribunal federal frente a la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo (por ejemplo, BGHSt (GS) 52, 124, 131).

En el pasado, la discusión científica acerca de la CEDH y de la jurisprudencia del TEDH fue llevada a cabo principalmente por los representantes del derecho internacional público (Dörr, Grote & Marauhn, 2013; Frowein & Peukert, 2009; Grabenwarter & Pabel, 2015), mientras que, por otra parte, los penalistas alemanes se limitaron a la perspectiva nacional y, por ejemplo, se preguntaban si el art. 2 de la CEDH conllevaba a una limitación del derecho a la legítima defensa garantizado por el §32 del StGB (comunes, en este sentido, son los comentarios de Lenckner, 1997, 32, 62; una opinión diferente se encuentra en mis comentarios, 2014). En cambio, hoy día existe ya una discusión internacional relacionada al derecho penal de cara a las decisiones centrales del TEDH y su repercusión en los sistemas de derecho nacionales (cfr., por ejemplo, los aportes en la revista *Human Rights Law Review* editada por Oxford; otras pruebas sobre aportes en lengua inglesa en *Am-bos*, 2014, 10,1).

El estatuto de Roma de la *Corte Penal Internacional* representa un ordenamiento jurídico completo en sí mismo. Este estatuto no solamente regula la organización de la Corte, sino que incluye todas las disposiciones de derecho penal sustancial y procesal que esta ha de aplicar (Rome Statute, 2002). Se trata por ello de un área que exige el establecimiento y diferenciación de una dogmática de derecho penal internacional. Al respecto se encuentran numerosas publicaciones científicas, de

momento casi todas en el idioma inglés, que se ocupan de manera detallada de las decisiones de la CPI (cfr. tan solo el índice de literatura en Satzger, 2013, §§ 12-17, que en muchos casos también tienen que ver con autores alemanes que hacen aportaciones en el idioma inglés). Incluso tratados y manuales de relevancia central y monografías aparecen publicadas en inglés (Ambos, 2013-2014; Werle & Jeßberger, 2014). La única razón por la cual su desarrollo no se encuentra aún muy avanzado, se debe a la todavía joven historia de esta Corte y al reducido número tanto de procesos como de decisiones emitidas hasta ahora.

En este contexto cabe preguntarse si no existe ya una dogmática de derecho penal europea o internacional y, de haberla, qué aspecto tiene. A este respecto ha de dejarse claro que en el idioma inglés el concepto “dogmática”, esto es, “*dogmatics*” no es usado fuera del ámbito de la teología. Es por ello que el intento de desarrollar una dogmática internacional de derecho penal³ de corte universal liderado desde el lado alemán, ha de ser ya vista, desde el punto de vista del idioma, como infructuosa. Por otra parte, en todos los planos nombrados existe una incuestionable necesidad de investigar y concretar el contenido y significado de las disposiciones jurídicas internacionales a través de la interpretación acerca de qué deben hacer estos tribunales. A través de la discusión crítica tanto de estas disposiciones jurídicas como de su aplicación judicial, llevada a cabo en el marco de foros científicos y medios especializados, es como se origina de manera más o menos forzosa un discurso transnacional, el cual busca comprender las disposiciones y decisiones individuales en su contexto; y, además, formula sistematizaciones, si bien es claro que en muchos lugares se adelantan planteamientos claramente más pragmáticos que los de la ciencia de derecho penal alemana, más orientada a los principios.

Ciertamente, o bien existen ya varias “dogmáticas internacionales de derecho penal” o bien se encuentran en su devenir. Sin embargo, estas difieren significativamente de nuestra tradición alemana. Esto comienza ya con el idioma: también en el plano internacional, el inglés se ha introducido en la ciencia del derecho. Este permite, por un lado, el uso de formas de expresión más directas y más sencillas que las complicadas construcciones de oraciones que caracterizan al idioma alemán. Por otro lado, no obstante, se encuentra muy limitado al mundo conceptual del *Common Law*. Es por ello que deben ser encontrados nuevos conceptos y definiciones para evitar malentendidos en el discurso jurídico internacional; así, por ejemplo, el art. 30 del Estatuto de Roma habla sobre un “*mental element*” y no de una “*mens rea*”, el art. 31, por su parte, habla de “*grounds for excluding criminal responsibility*” y no de “*defences*”. A pesar de estas dificultades rige lo siguiente: quien busca ser escuchado en la discusión internacional, debe publicar en inglés, pues

³ La frase utilizada por el autor es: *Internationale Strafrechtsdogmatik*, la cual pudiese también ser traducida como “dogmática de derecho penal internacional”. Sin embargo, con el ánimo de evitar limitar su sentido al “derecho penal internacional”, esto es, al relacionado a la CPI o a los tribunales ad hoc de La ONU; y teniendo en cuenta que el autor se refiere a una dogmática surgida desde el plano internacional para el derecho penal, se ha preferido la expresión “dogmática internacional de derecho penal” (N. del T.).

las aportaciones en otros idiomas serán apenas percibidas, pese a ser publicadas en revistas de amplia tradición.

El lugar de publicación tampoco puede ser elegido según la práctica nacional, sino que ha de dirigirse a las revistas internacionales pertinentes y admitir sus condiciones, esto es y en específico, la “peer review”. Junto a las tradicionales revistas de habla inglesa internacionalmente orientadas, como por ejemplo la revista estadounidense *Harvard International Law Journal*, o la británica *Human Rights Law Review*, recientemente han sido creadas numerosas revistas con un enfoque transnacional europeo, con énfasis en derecho penal, a saber: *Journal of International Criminal Justice*, *New Journal of European Criminal Law*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Justice*, *European Criminal Law Review*, *The European Criminal Law Association’s Forum* o la *International Criminal Law Review*. Es en estas revistas donde son llevadas a cabo las principales discusiones, mientras que las revistas de habla alemana, como por ejemplo *ZIS-online*, donde solo de manera ocasional se publican aportaciones elaboradas en inglés, tienen consecuentemente menos influencia.

Finalmente, ya no es posible el apoyarse en grandes edificios o relaciones teóricas que atraviesen las naciones, de la forma en que por ejemplo lo hace la teoría del delito alemana con su separación entre injusto y culpabilidad, pues ese tipo de edificios teóricos cuentan normalmente con un fuerte carácter nacional y además son desconocidos por muchos lectores cuya procedencia es distinta. Me refiero, en específico, por quienes provienen del mundo angloparlante. El estilo argumentativo en el discurso internacional es más bien pragmático y sobre todo orientado al argumento concreto, mientras que la referencia a autoridades en la materia solo tiene sentido si dicho autor se ha logrado consolidar como tal en el nivel internacional.

La mejor forma de apreciar el estilo del discurso internacional del derecho penal puede ser constatada en los equipos de colaboradores científicos de los tribunales europeos e internacionales. La conformación de estos equipos es multinacional y por lo general se compone de jóvenes juristas, cuya formación universitaria nacional no culminó mucho tiempo atrás y que, además, no han desarrollado una lealtad lo suficientemente fuerte frente a su propio sistema. El foco de su actividad se centra en las tareas concretas que afrontan, esto es, a la clasificación de los casos que arriben de acuerdo a la jurisprudencia existente y a la preparación de propuestas de solución para nuevas preguntas que aún no hayan sido resueltas. Para llevar a cabo esta tarea, tanto el TJUE como el TEDH y la CPI han desarrollado un enfoque sistemático, aunque éste no es determinado por el discurso científico sino por las decisiones del tribunal correspondiente. Por los pasillos de estos tribunales tienen lugar vivas discusiones, en las cuales es poco probable el constatar quién proviene de uno u otro sistema nacional. Quien desee encontrar aquí un auditorio o ganar influencia, ha de adaptarse a este tipo de cultura de discusión y, en particular, ha de brindar argumentos prácticos al tribunal correspondiente, de manera que estos puedan ser tomados directamente por los Magistrados en sus decisiones.

El futuro de la dogmática de derecho penal alemana

En el contexto de esta lenta pero segura pérdida de importancia de los discursos de derecho penal puramente nacionales frente a la creciente importancia del discurso del derecho penal europeo e internacional, es donde se plantea la pregunta acerca de qué sucederá con la dogmática de derecho penal alemana y su larga tradición. En primer lugar, ha de constatarse cómo parece ser que incluso en Alemania la importancia de los grandes edificios teóricos ha disminuido. Pese a que, recientemente, Michael Pawlik ha presentado con su “injusto del ciudadano”, siguiendo la tradición de su maestro Günther Jakobs, un escrito esencial para la construcción de la imputación penal (2012), el día a día de un penalista alemán está principalmente caracterizado, por el contrario, por la realización de comentarios a leyes y a sentencias, todos los cuales, tal cual ocurre en el área del derecho penal económico, tratan en vano de seguir la pista a los vertiginosos desarrollos legislativos y jurisprudenciales. Incluso los manuales de las últimas décadas están orientados casi exclusivamente a la mediación didáctica y poco ya a la fundamentación teórica (los últimos manuales cuya pretensión se orienta a los fundamentos son los de Jakobs, 1993; Köhler, 1997; Roxin, I, 2006; Roxin, 2, 2003).

Pese a este clima más bien orientado hacia la práctica, la dogmática de derecho penal alemana todavía puede continuar funcionando en el formato actual por mucho más tiempo. Dado que no es posible prever, si y/o cuando se unirán los estados miembros de la Unión Europea para la creación de un “derecho penal europeo” supranacional directamente aplicable, el cual reemplace por lo menos parcialmente al derecho penal nacional, la necesidad de contar con comentarios y sistematizaciones nacionales permanecerá inalterada desde la perspectiva de los usuarios del derecho.

Por otra parte, sobre todo los jóvenes científicos no podrán permitirse el lujo de ignorar completamente el plano europeo. Del mismo modo como en el derecho público hoy día el derecho estatal no puede ser enseñado e investigado sin referencia al derecho europeo, así también será el caso para el derecho penal, donde el recurso directo a las disposiciones y normas de derecho europeo pertenecerán al día a día de su dogmática. A la par aumentará marcadamente el número de especialistas que se dedicarán exclusivamente a las diferentes dimensiones internacionales del derecho penal y que publicarán cada vez más en el plano internacional.

Sin embargo, en este clima cambiante, la pregunta verdaderamente interesante gira en torno al “sí” y al “cómo” persistirán aquellas tradiciones que han afamado a la ciencia de derecho penal alemana en muchos lugares del mundo. Se trata, por un lado, de la dogmática de derecho penal orientada a los fundamentos, en la que desde la segunda guerra mundial han existido nombres tales como Hans Welzel, Hans-Heinrich Jescheck, Claus Roxin, Günther Jakobs o Ernst Amadeus Wolff, y, por el otro, del impulso político-criminal de Franz v. Liszt y el “Proyecto alternativo” –así denominado en su época por su círculo de trabajo– el cual fue y es personificado en Jürgen Baumann, todos los cuales contribuyeron activamente a dar forma al ulterior desarrollo del derecho penal (*Arbeitskreis Alternativ-Entwurf*). Ambas

tradiciones son aún hoy continuadas en el plano nacional, sin embargo, estas ya no podrán desarrollar más su mismo magnetismo sin relación al plano internacional.

Y es que así han cambiado los intereses, sobre todo de los científicos extranjeros, quienes se hayan centrados con cada vez más fuerza en el plano internacional y europeo, siendo que allí no encuentra auditorio una dogmática planteada en el idioma y con relación al derecho alemán. A su vez, la configuración político-jurídica del derecho penal se lleva a cabo cada vez más desde un escenario político internacional, al cual los círculos de trabajo alemanes, en el mejor de los casos, apenas si tienen acceso indirecto a través puntos de enlace nacionales, mientras que los grupos internacionales, cuya composición científica es plurinacional, mantienen de manera mucho más sencilla un acceso directo a las instituciones europeas (así, por ejemplo, los citados grupos liderados por Delmas-Marty & Vervele, 2000 y Asp, 2009 y 2015).

Si se quiere que la larga tradición de la ciencia de derecho penal alemana prosiga de manera exitosa en el futuro, entonces esta ha de adaptarse a las circunstancias cambiantes. La perspectiva orientada a los fundamentos debe despegarse del derecho positivo alemán y tomar en consideración la diversidad de ordenamientos e instituciones posibles con ayuda del derecho comparado (al respecto, en particular el aporte de Tatjana Hörnle, 2016, p. 289 y ss.). Por ejemplo, la discusión alemana respecto de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente se relativiza claramente, si se la confronta de manera imparcial con las categorías anglosajonas de *Intention*, *Recklessness* y *Negligence*, y se procede a indagar a partir de qué datos psicológicos debe establecerse efectivamente una mayor punibilidad para el delito doloso (cfr. al respecto, Perron, 1998, p. 145 y ss.). Dicho de una manera más sencilla: de la dogmática de derecho penal habrá de hacerse teoría del derecho penal. Si esta teoría es directamente planteada en el idioma inglés o si primero es publicada en alemán y luego traducida al inglés (y también a otros idiomas), considero que es poco relevante, siempre y cuando dichos trabajos sean elaborados de una manera accesible para un público más amplio, el cual no comprenda el idioma alemán; aún hoy, la gran relevancia de la dogmática de derecho penal alemana en España, Latinoamérica y el Asia oriental se basa sobre todo en la traducción de obras centrales al español, japonés, coreano o al chino-mandarín.

Respecto de la influencia político-criminal, ha de tenerse en cuenta que en el escenario internacional solamente serán efectivos los gremios y círculos de trabajo internacionales cuyas propuestas en el plano político sean redactadas en inglés. Dichos círculos de trabajo existen ya y tanto compañeras como compañeros alemanes participan en ellos de manera decisiva. Lo mismo vale para el compromiso alemán con las revistas internacionales recientemente creadas. Si se observan con detalle estos desarrollos, bien puede asegurarse que la transformación por mí reclamada ya está teniendo lugar y que, por lo menos bajo las apariencias, es operada de forma sostenible. Por lo tanto, no tengo ninguna duda de que la ciencia de derecho penal alemana estará a la altura de los desafíos de la administración de justicia penal europea y transnacional.

Referencias

- Ambos, K. (2013-2014). *Treatise on International Criminal Law*, 3 vols. Oxford: Oxford University Press.
- Ambos, K. (2018). *Internationales Strafrecht*, 5a. ed., München: C. H. Beck.
- Arbeitskreis Alternativ-Entwurf. Recuperado de <https://blogs.hhu.de/alternativentwurf/>
- Asp, P. et al. (2009). *European Criminal Policy Initiative: A Manifesto on European Criminal Procedure Law*. Recuperado de http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf
- Asp, P. (2015). *The European Public Prosecutor's Office: legal and criminal policy perspectives / European Criminal Policy Initiative*. Stockholm: Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet.
- Böse, M. (2014). Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln? En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, N.º 4, 152-164. Recuperado de http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_4_808.pdf
- Bundesgerichtshof (2014, marzo cinco). 2- StR 616/12 “Abo-Falle” im Internet als Versuchter Betrug – Routenplaner. En *Neue Juristische Wochenschrift*, N.º 35, 2595-2599.
- Comisión Europea (2015, septiembre 17). Compilación de la base de datos Eurocrim de Tübingen. Recuperado de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20140226&secondRef=ITEM-017&language=DE&ring=A7-2013-0477>
- Delmas-Marty, M. & Vervaele, J. A. E. (eds.) (2000-2001). *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, 4 vols. Antwerpen: Intersentia.
- Dörr, O, Grote, R. & Marauhn, Th. (2013). *EGMR/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2a. ed. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Esser, R. (2014). *Europäisches und Internationales Strafrecht*. München: C. H. Beck.
- Eser, A. & Perron, W. (eds.) (1991). *Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*. Freiburg: Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht.
- Frowein, J. & Peukert, W. (2009). *Europäische Menschenrechtskonvention* (3a. ed.). Berlin: Engel Verlag.
- Grabenwarter, Ch. & Pabel, K. (2015). *Europäische Menschenrechtskonvention* (6a. ed.). München: C. H. Beck.

- Hörnle, T. (2016). Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft. En Tiedemann, K., Sieber, U., Satzger, H., Burchard, Ch & Brodowski, D. (Edits.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (pp. 289-306), Baden-Baden: Nomos.
- Hecker, B. (2012): *Europäisches Strafrecht* (4a. ed.). Berlin-Heidelberg: Springer Verlag.
- Hirsch, H. J. (1991). Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht. En Eser, A./Perron, W. (Edits.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III* (pp. 27-54), Freiburg: Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- Jakobs, G. (1993). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2a. ed.). Berlin-New York: Walter de Gruyter.
- Kluszczewski, D. (2014). Zur europarechtlichen Restriktion des Betrugstatbestandes. En Hefendehl, R., Hörnle, T. & Greco, L., *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014: Streitbare Strafrechtswissenschaft* (pp. 1085-1098). Berlin: De Gruyter.
- Köhler, Michael (1997). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer Verlag.
- Parlamento Europeo (2014). Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0041>
- Parlamento Europeo (2014, febrero 26). Debate sobre Orden Europea de Investigación en materia penal. Recuperado de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20140226&secondRef=ITEM-017&language=DE&ring=A7-2013-0477>
- Pawlik, M. (2012). *Das Unrecht des Bürgers, Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Perron, W. (1998). Vorüberlegungen zur einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. En: A. Eser *et al.* (Eds.), *Festschrift für Haruo Nishihara* (pp. 145-156). Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Perron, W. (2016). Europäische und Transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsdogmatik. En Tiedemann, K., Sieber, U., Satzger, H., Burchard, Ch & Brodowski, D. (Edits.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (pp. 307-319), Baden-Baden: Nomos.
- Rome Statute of the International Criminal Court (2002, julio 1). Recuperado de <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>

- Roxin, C. (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre (4a. ed.). München: Verlag C. H. Beck.
- Roxin, C. (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1ª ed. München: Verlag C. H. Beck.
- Ruster, Th. (2005). Basiswissen Dogmatik. Dortmund, 2005, 1-45. Recuperado de http://www.fk14.tu-dortmund.de/medien/uploads/Basiswissen_Skript.pdf
- Safferling, Ch. (2011). *Internationales Strafrecht*. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag.
- Satzger, H. (2013). *Europäisches und Internationales Strafrecht* (6a. ed.). Baden-Baden: Nomos.
- Schuster, F. P. (2015). Die Europäische Ermittlungsanordnung – Möglichkeiten einer gesetzlichen Realisierung, *Strafverteidiger* N.º 6, 393-399.
- Schönke/Schröder (1997), *Strafgesetzbuch* (25a. ed.). München: C. H. Beck.
- Schönke/Schröder (2014), *Strafgesetzbuch* (29a. ed.). München: C. H. Beck.
- Tiedemann, K. (2014). Kein Liebesverbot für Brüssel und Straßburg – oder Gedanken zur europarechtsfreundlichen Auslegung im Strafrecht. En Hefendehl, R., Hörnle, T. & Greco, L., *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014: Streitbare Strafrechtswissenschaft* (pp. 1107-1118). Berlin: De Gruyter.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2018). Sentencias en idioma alemán. Recuperado de http://www.coe.int/T/D/Menschenrechtsgerichtshof/Dokumente_auf_Deutsch/Volltext/Urteile/
- Vogel, J. (2012). Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum, *Juristenzeitung*, 25-31.
- Werle, G. & Jeßberger, F. (2014). *Principles of International Criminal Law* (3a. ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Wissenschaftsrat (2012, noviembre 9). Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen. Hamburg: Edición 2558-12. Recuperado de <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ITALIANO*

*Renzo Orlandi***

Resumen

El trabajo, luego de unas consideraciones de tipo introductorio en las que se muestra como la víctima no es necesariamente parte del proceso italiano, se ocupa de sus derechos a la información, a intervenir contra la inercia del fiscal, a realizar su propia investigación, a influir en la elección del rito procesal y en la decisión final. Para culminar, y siempre desde la perspectiva anotada, se hace un estudio de los diversos tipos de víctimas, oportunidad en la cual se muestra cómo la víctima tiende a ser usada de forma instrumental por la clase política máxime cuando se trata de ciertos tipos de ellas.

Palabras claves

Italia, Derecho procesal penal, víctima, derechos de la víctima, tipos de víctima, marginación procesal.

Abstract

The work, after some introductory considerations in which it shows how the victim is not necessarily part of the Italian process, deals with their rights to information, to intervene against the inertia of the prosecutor, to carry out their own investigation, to influence the choice of the procedural rite and the final decision. To culminate, and always from the annotated perspective, a study is made of the different types of victims, opportunity in which it is shown how, as the victim tends to be used instrumentally by the political class, especially when it comes to certain types of them.

Keywords

Italy, criminal procedural law, victim, rights of the victim, types of victim, procedural marginalization.

* Texto de la ponencia presentada en II Congreso Internacional de Policía Judicial Nuevos Retos”, organizado por el Instituto de Criminalística, Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, el día 20 de octubre de 2017.

** Estudios de Jurisprudencia y Doctor en Derecho de la Universidad de Bolonia; Profesor de la Universidad de Bolonia, Italia; E-mail: renzo.orlandi@unibo.it

Consideraciones introductorias

La víctima –la verdadera contraparte del perpetrador de la infracción– no es necesariamente parte del proceso; esta aparente paradoja ha acompañado durante un muy largo tiempo a los sistemas jurídicos del civil y del *common law*. Al respecto, existen algunas excepciones parciales en diversos sistemas (por ejemplo, español, francés, alemán, pero también colombiano) que admiten, con variedades de latitudes, la acción penal privada. Sin embargo, la regla general es la tendencia a eximir a este sujeto de los poderes de enjuiciamiento penal; e incluso, cuando se le reconoce tal iniciativa, la víctima ejerce su poder principalmente para promover la reclamación punitiva del Estado no para confiarse en venganzas o en intereses privados (Herrmann, 2010, p. 240; Montero, 2008, p. 73). En Italia, la víctima no puede pedir directamente al juez el castigo del supuesto delincuente; con ello se busca evitar que el proceso penal amplíe el conflicto entre la víctima y el delincuente.

Hay quizás otra razón, marcadamente política, detrás de esta marginación procesal de la víctima; aludo al interés del poder soberano (una vez encarnado por el monarca absoluto, hoy por la ley estatal soberana e impersonal y por los funcionarios que la aplican) de someter a su autoridad todas las violaciones a la ley penal, incluidas las que afectan a los derechos de las personas privadas. En la Francia del Antiguo Régimen, el nacimiento del fiscal como representante del soberano que actúa arriba y también en lugar de la víctima tiene, en el fondo, esa razón de ser; además, el instituto de la parte civil –que se remonta a Francia en ese mismo período– es lo que queda de la antigua *actio ex delicto*. Con la Orden de Luis XIV de 1670 se consuma la separación entre acusación pública atribuida a un funcionario del soberano y la acción civil por daños y perjuicios que queda en manos de la parte lesionada (así, Esmein, 1882, p. 221; para más información sobre este momento histórico, Orlandi, 2008). Así las cosas, se puede decir que desde aquellos tiempos antiguos la persona ofendida vive una deseada y estudiada marginación del caso penal, especialmente con respecto a la formulación de la carga.

Por otra parte, incluso en los sistemas procesales mencionados que admiten la acusación privada, la iniciativa del fiscal (*Staatsanwalt*, *Ministère public*) siempre se puede ejercer –por así decirlo– en la competencia o en la sustitución de la víctima, si se reconoce un interés general. En los últimos tiempos se observa una tendencia a reevaluar el papel del ofendido y su posición en el proceso penal, también en el impulso de las instituciones europeas.

Entre las fuentes internacionales más recientes merecen ser aquí mencionadas la Directiva 2012/29 /UE aprobada por el Parlamento Europeo el 25 de octubre de 2012, con la larga secuencia de anteriores resoluciones, directivas, decisiones marco, etc., enumerados allí; también, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica firmado en Estambul el once de mayo de 2011. Esta evolución regulatoria indica una sensibilidad y una atención más agudas al sufrimiento individual, característico del actual clima cultural en las sociedades occidentales; un clima que, por un lado, pone en el orden del día los derechos inviolables del acusado y del condenado y,

por otra parte, se preocupa por la dignidad de la víctima, favoreciendo un acercamiento más abierto a su presencia en las diversas fases del desarrollo procesal.

Sin embargo, debe reconocerse que la reevaluación del papel de la víctima y su intervención en el proceso penal se combina bien con tendencias populistas presentes en muchas sociedades contemporáneas. Esto depende en gran medida del énfasis y la difusión que los medios de comunicación hacen de los actos delictivos que muestran a víctimas sometidas al sufrimiento, en las que el ciudadano común se reconoce fácilmente. Esto crea un ambiente propicio para las políticas criminales que protegen a determinados tipos de víctimas, precisamente los que tienen más cobertura mediática; por ello, existe el riesgo de que la protección procesal de la víctima cubra los derechos de la defensa transformando al acusado en un sacrificado por un juicio injusto.

El derecho procesal italiano expuesto a ambos fenómenos enriquece progresivamente el número de disposiciones destinadas a favorecer la participación de la víctima en el juicio; al respecto, vale la pena señalar los muchos derechos que nuestra ley procesal penal prevé para ella. Mencionaré específicamente: el derecho a ser informado de los procedimientos penales en curso; el derecho a intervenir en su desarrollo, aunque no como parte; el derecho a realizar investigaciones propias contribuyendo a la recopilación y formación de la prueba; y, finalmente, el derecho a ser parte civil, afectando así, al menos parcialmente, el contenido de la decisión. Al final, me ocuparé en forma breve de los diversos tipos de víctimas consideradas dignas de protección especial también con respecto a su posición procesal.

Derechos de información

Al aplicar la Directiva UE de 2012, la víctima debe ser alertada sobre los numerosos derechos que puede ejercer durante el proceso penal. Se puede decir que el Código requiere que el magistrado (fiscal o juez) proceda a entretener a la víctima con un mini-curso de derecho procesal penal (C. P. P., art. 90 *bis*); ella tiene que ser informada sobre cómo presentar una queja o una querrela y sobre las muchas facultades que pueden ser ejercidas desde el principio del proceso penal, incluida la posibilidad de ejercer la acción civil en el proceso penal para solicitar una indemnización por los daños sufridos por la infracción. También, debe ser informada de manera más precisa y oportuna de los demás derechos y facultades que le corresponden: en particular, el derecho de recibir noticias de la determinación del fiscal para pedir al juez el archivo de la investigación; la posibilidad de ser asistida por un defensor de confianza, aunque no sea parte del proceso; el derecho a ser admitida con patrocinio gratuito si no tiene suficientes medios financieros; el derecho a un intérprete y a la traducción de los actos, si no conoce el idioma oficial del juicio; y, en fin, la posibilidad de desistimiento de la querrela y de resolver el conflicto con el perpetrador de la infracción a través de la práctica de la mediación.

Se trata, pues, de una larga lista analítica de obligaciones de información sobre la existencia de derechos que pueden ejercerse durante el juicio; el lado débil de la previsión es, sin embargo, el hecho de que el incumplimiento de esas obliga-

ciones no sea procesalmente sancionado. La falta de información de cualquiera de los mencionados derechos o facultades puede, a lo sumo, ser causa de responsabilidad disciplinaria del magistrado que procede: no genera ningún enganche del procedimiento, porque –como ya se ha mencionado– la víctima, como tal, no forma parte del juicio y, por tanto, no está eficazmente protegida en sus derechos procesales. Es sólo con el ejercicio de la acción civil que ve sus defensas incrementadas, pero –en el ordenamiento procesal italiano– esto no es posible durante la fase de la investigación.

Derecho a intervenir contra la inercia de la acusación pública

Aunque no se ve afectado por el poder de actuar en los procesos penales, el ofensor tiene el derecho a promover el control judicial de la actividad del fiscal, en primer lugar en lo que respecta a la duración de la investigación preliminar. Cabe señalar que, en Italia, la investigación preliminar tiene una duración limitada en el tiempo: un año, con dos posibles prórrogas cada una de seis meses para los delitos más graves; seis meses, con dos posibles prórrogas cada seis meses para todos los otros delitos. Sobre la prórroga solicitada por el fiscal, el juez decide tras oír al acusado y, precisamente, a la víctima que en la queja o en la querrela haya dicho que le gustaría ser notificada de esta eventualidad (C. P. P., art. 406, ap. 3). Esta regla no se aplica a los procedimientos del crimen organizado: aquí el juez decide *inaudita altera parte* (sin escuchar ni a la víctima ni al imputado), porque necesita proteger la investigación, teniendo en cuenta la propia existencia del procedimiento y manteniendo, al mismo tiempo, la máxima privacidad en su propia existencia.

En segundo lugar, existe otro control más penetrante que puede ser activado por la víctima, cuando el fiscal tiene la intención de solicitar la decisión de no presentar cargos por ser infundada la queja o la querrela. Cabe aquí señalar que en Italia el fiscal está obligado a promover la acusación de una queja o una querrela que parece estar bien fundada. La misma Constitución (C. N., art. 112) impone esta obligación, dejando en la base cualquier oportunidad en la promoción del enjuiciamiento por parte del fiscal. De ello se desprende que el fiscal puede abstenerse de promover el cargo sólo si el juez lo autoriza; sin embargo, la víctima puede intervenir en este procedimiento de autorización, señalando sus motivos y argumentos y, por ende, solicitando que se ejerza la acción penal.

Derecho a realizar su propia investigación

El derecho procesal italiano admite y regula la investigación privada en favor tanto del acusado como de la víctima (art. 391 *bis*, 391 *decies* C. P. P.); por ello, a través de su propio defensor, ambos sujetos pueden reunir evidencia útil en sus respectivas posiciones. En particular, pueden adquirir información testimonial, documentos de la administración pública y realizar inspecciones técnicas a través de consultores; no obstante, no tienen sus propios poderes coercitivos, pero pueden superar la resistencia de las personas no disponibles para colaborar, pidiendo ayuda a la autoridad judicial. Por ejemplo, si un testigo no se presenta, el abogado puede pedir al fiscal o al tribunal que lo obligue a ser examinado (art. 391 *bis* C.

P. P.); así mismo, si la oficina de la administración pública no proporciona un documento útil para probar el delito, el defensor puede intervenir ante la autoridad judicial para que confisque dicho acto (art. 391 *quater* C.P.P.). Es más, si tuviéramos que llevar a cabo investigaciones que implicaran el acceso a lugares privados y no hubiese consentimiento del propietario, el juez puede autorizar al defensor (incluso de la víctima) a realizar esa investigación.

Sin embargo, debe admitirse que la práctica de las investigaciones privadas (en favor tanto del acusado como de la víctima del delito) de hecho no es muy extendida, tanto por los elevados costes que supone como por el hecho de que el abogado italiano todavía no ha adquirido una experiencia significativa en el ámbito de las investigaciones privadas; (Informe del Observatorio de Investigaciones Defensivas de las Cámaras Penales Italianas, 2014).

Derecho a discutir la elección del rito procesal

En la experiencia italiana ha surgido el problema de si la persona lesionada puede impedir la decisión del acusado de renunciar a defenderse a cambio de un descuento punitivo; la cuestión se trató en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la disciplina del decreto penal de condena. Este tipo de procedimiento, muy utilizado en nuestra justicia penal, prevé que para los delitos menos graves sancionados con pena pecuniaria, el fiscal puede pedir al juez que aplique una reducción de la pena hasta de un cuarto del mínimo previsto por la ley penal; si el acusado no se opone, la condena se torna en definitiva. Sin embargo, si se opone, la sentencia se revoca y el procedimiento sigue el curso normal.

Esto también era cierto para los delitos de querrela privada, sin embargo, la víctima tenía derecho a oponerse a esta solución si la consideraba demasiado ventajosa para el acusado (art. 459 apartado 1 C. P. P.); en otras palabras, se le dio la oportunidad de influir en la elección del rito procesal. Nuestro Tribunal Constitucional con un fallo reciente (2015, febrero 27, n. 23) declaró que la regla que atribuía a la víctima tal poder de veto era ilegal. Esto se debe a que, según la Corte, la víctima no tiene interés en condicionar las elecciones de las partes en el proceso especialmente cuando tales elecciones están justificadas por la necesidad de garantizar la eficiencia del sistema.

Por la misma razón, la persona lesionada no puede ni siquiera oponerse al establecimiento de otros procedimientos especiales que, como el citado decreto penal de condena, tienen un propósito de economía procesal: como la conformidad (en italiano, *patteggiamento*, art. 444 C. P. P.); este rito especial, sin embargo, no es admitido para los casos más graves de violencia sexual (artículo 444, apartado 2 C. P. P.) y es similar a las prácticas del *plea bargaining* propias de las experiencias del *common law*. O como el juicio abreviado, en cuya virtud el acusado acepta ser juzgado sobre la base de actos recogidos por la policía y el fiscal, a cambio, le reconoce un descuento de la penalización sustancial; algo distinto a lo que en Colombia se conoce como “procedimiento abreviado”.

Un discurso análogo se aplica a la suspensión del proceso basándose en los servicios sociales (una forma de *probation* procesal), que permite al acusado evitar tanto el juicio como la pena (incluida la detención) si él o ella están de acuerdo en afrontar un curso de reeducación de hasta dos años (art. 168 *bis* C. P. y art. 464 *bis* y ss. C. P. P.): incluso, en estos casos la víctima no puede oponerse a la elección del rito. Sin embargo, para la admisión a este rito especial se tiene en cuenta el hecho de que el demandado haya reembolsado o remediado el daño, conciliando con la víctima del delito (art. 168 *bis* apartado 2, C. P.). De hecho, incluso la solicitud de *patteggiamento* tiene más probabilidades de ser aceptada cuando el acusado ha compensado el daño o ha intentado conciliarlo con la víctima.

A lo anterior, añádase que en el proceso italiano la víctima puede constituirse en parte civil para solicitar una indemnización por los daños causados por el delito; incluso, a diferencia de otros regímenes (como, por ejemplo, el alemán) en los que la constitución de parte civil es admisible, pero de hecho es inusual, en Italia se hace un amplio uso de este derecho. Al ejercer una acción civil de indemnización, la víctima se convierte en parte procesal y adquiere, así, el derecho a solicitar una declaración de culpabilidad del demandado. En otras palabras, si realmente quiere influir en el contenido de la decisión, la víctima debe constituirse en parte civil para contribuir, junto con el fiscal, a la condena del acusado; la acción civil de indemnización en el proceso penal se convierte así –de hecho– en un sustituto de esa acción penal privada que –como hemos dicho– nuestra ley procesal penal no atribuye a la víctima.

Sin embargo, debe decirse que esta acción sólo puede ejercerse una vez finalizada la fase de investigación dirigida por el fiscal y durante la cual la víctima no puede asumir el papel de parte procesal, por lo cual tiene que contentarse con usar sus muy limitadas facultades y derechos como ya se dijo.

Varios tipos de víctimas

Los derechos y facultades descritos anteriormente se refieren, generalmente, a todas las víctimas; en algunos casos, sin embargo, la ley procesal italiana protege con mayor intensidad a determinados tipos de víctimas identificadas por sus cualidades personales o por el tipo de delito que han sufrido.

Por un lado, esto depende de las decisiones hechas a nivel europeo como la recordada Directiva de 2012 y con la Convención de Estambul (aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011) a las que se ha adaptado la legislación italiana. Según estas fuentes normativas supranacionales, las mujeres, los menores, los enfermos, son considerados víctimas particularmente vulnerables, que exigen una atención particular, por ejemplo, cuando son examinados como testigos durante un proceso penal. También se consideran vulnerables las víctimas de ciertos delitos concretos, como los actos terroristas, la trata de seres humanos, los delitos relacionados con la delincuencia organizada y las víctimas que sufren de malos tratos o violencia por personas económicamente dominantes; para ellas se aplican reglas especiales para la investigación y producción de la

prueba, de tal manera que sean llevadas a cabo de una manera que evite lo que los criminólogos llaman la “victimización secundaria”. Por lo tanto, debe realizarse en forma protegida con la intervención de personal especializado, evitando repeticiones que amplíen el trauma ya sufrido por el delito.

Existen también otros tipos de víctimas que el Derecho procesal italiano –hace mucho tiempo e independientemente de las directivas europeas– considera con particular atención y favor; me refiero a las víctimas de accidentes de tráfico y de accidentes de trabajo. La ley impone un tiempo rápido para su definición, especialmente en la fase inicial del procedimiento de primera instancia: la investigación preliminar debe cerrarse en un plazo de seis meses, que sólo puede prorrogarse una vez por otros seis meses (art. 406 apartado 2 *bis*. C. P. P.); la acusación debe presentarse dentro de los 30 días siguientes al cierre de la investigación (art. 416 apartado 2 *bis*. C. P. P.); el debate debe ser convocado dentro de los 60 días siguientes a la conclusión de la audiencia preliminar (art. 429 apartado 3 *bis*. C. P. P.). Para comprender el significado de estas reglas aceleradas, debemos tener en cuenta que entre nosotros los procedimientos penales tienen una duración irrazonablemente larga, a tal punto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado repetidamente a Italia por la duración de sus actuaciones judiciales (tanto civiles como penales). En los procedimientos relativos a otros delitos, la transición de la fase anterior al juicio requiere mucho más tiempo que las impuestas por accidentes de tráfico o accidentes de trabajo.

En este caso, el tratamiento diferenciado de las víctimas no es impuesto por directivas o convenciones europeas, sino por cálculos y valoraciones políticas atribuibles exclusivamente a la mayoría parlamentaria. Los accidentes de tráfico y los accidentes de trabajo son percibidos por la opinión pública como graves, también por el énfasis que les dan los medios de comunicación. Dado que, en Italia, la justicia penal sufre –como se ha mencionado– sobre todo por la insoportable lentitud del proceso, la política gubernamental, presionada por la opinión pública, está en condiciones de ofrecer tiempos particularmente rápidos para este tipo de víctimas. Aquí emerge otro aspecto del problema relativo a la posición de la víctima. Por eso, como ya se mencionó al principio de mi intervención, ella tiende a ser usada de forma instrumental por la clase política (algunos dirían “populista”) máxime cuando se trata de ciertos tipos de víctimas.

Referencias

Codice di Procedura Penale (2018). Recuperado de <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>

Código Penale (2018). Recuperado de <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>

Consejo de Europa (2011, mayo 11). *Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica*. Estambul. Recuperado de <https://rm.coe.int/1680462543>

Esmein, A. (1882). *Histoire de la procédure criminelle en France. Et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe. siècle jusqu'à nos Jours*. Paris: L. Larose et Forcel.

Herrmann, J. (2010). Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht. Eine unendliche Geschichte. En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, N.º 3, 236-245

Informe del Observatorio de Investigaciones Defensivas de las Cámaras Penales Italianas (2014). Recuperado de <http://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/RELAZIONE%20Oss.%20Inv.%20Difensive.pdf>

Montero, J. (2008). *Derecho Jurisdiccional III, Procedimientos Penales* (XVI ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Orlandi, R. (2008). Pubblico ministero (ufficio del). En *Annali, Enciclopedia del Diritto*, vol. II, tomo II (pp. 943-944). Milano: Giuffrè.

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea (octubre 25 de 2012). *Directiva 2012/29 /UE*. Por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Recuperado de <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

Tribunal Constitucional (2015, febrero 27). Recuperado de <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

FACULTADES DE LA POLICÍA JUDICIAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS*

Stephen C. Thaman**

Resumen

Este trabajo se ocupa sobre las técnicas de investigación empleadas para luchar contra la corrupción en los Estados Unidos; por supuesto, también es importante abordar las leyes sustantivas utilizadas por la fiscalía para cumplir esa tarea, las prácticas de resolución consensual de estos conflictos a la luz de las súplicas negociadas (*plea bargainig*) y el papel que cumple el jurado de conciencia en estos casos.

Palabras claves

Plea Bargaining, Estados Unidos, corrupción, fiscalía, jurado de conciencia, técnicas de investigación.

Abstract

This work deals with the investigation techniques used to fight corruption in the United States; of course, it is also important to broach the substantive laws used by the Office of the Prosecutor to fulfill that task, the consensual resolution practices of these conflicts in the light of the plea bargaining and the role played by the jury of conscience in these cases.

Keywords

Plea bargaining, United States, corruption, prosecution, jury of conscience, investigation techniques.

* Texto de la ponencia presentada en II Congreso Internacional de Policía Judicial Nuevos Retos”, organizado por el Instituto de Criminológica, Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, el día 20 de octubre de 2017.

** Estudios de Derecho y Doctor en Derecho de la University of California; Center for International and Comparative Law, Saint Louis University; E-mail: thamansc@slu.edu.

Introducción

Aunque quiero concentrarme en esta jornada en una explicación sobre las técnicas de investigación en los casos de corrupción en los Estados Unidos, es también importante conocer cuáles son las leyes sustantivas utilizadas por la fiscalía para combatir la corrupción, las prácticas de resolución consensual de estos casos en relación con personas físicas y jurídicas y el papel del jurado de conciencia estadounidense en la resolución de estos casos. En el enjuiciamiento de casos de corrupción en los Estados Unidos la Fiscalía federal utiliza, a menudo, leyes muy importantes. Por ejemplo, la *Federal Official Bribery and Gratuity Statute* (Estatuto Federal de Sobornos y Gratificaciones) (18 U.S.C. § 201) que castiga cohechos y dádivas en relación con funcionarios. Esta Ley fue utilizada, por ejemplo, en el caso notorio de *Abscam* en virtud del cual durante los años 1977 a 1980 senadores y representantes del Congreso Federal aceptaron cohechos de parte de un agente encubierto, que aparentaba ser un jeque árabe, y que fue el tema de la reciente película *American Hustle* (Kinsley, 2014, p. 233). Importante es también la *Hobbs Act* (Ley de Hobbs) (18 U.S.C. § 1951), que castiga la interferencia con el comercio interestatal, y la *Foreign Corrupt Practices Act* (Ley de prácticas corruptas en el extranjero) (15 U.S.C. §§ 78dd-1 a 78 y ss.) que castiga las tentativas de negociantes estadounidenses de pagar cohechos en ultramar.

Se utiliza también la *Mail and Wire Fraud* (Ley de Fraude por Correo y por Cable) (18 U.S.C. §§ 1341, 1343), en materia de delitos articulados solamente para asegurar la jurisdicción federal, es decir, alegando la utilización de los correos o medios de telecomunicación; así mismo, la *Travel Act* (18 U.S.C. § 1952) (*Interstate and foreign travel or transportation in aid of racketeering enterprises*: Ley de Viajes o transportes interestatales y extranjeros para ayudar a empresas del crimen organizado) prohíbe atravesar una frontera interestatal con la intención de cometer ciertos delitos; se ha utilizado a menudo en relación con los cohechos comerciales pero también, como sucedió en el año 2000, contra funcionarios del International Boxing Federation y los miembros del Comité Olímpico en 2003 en relación con los casos de corrupción vinculados con los Juegos Olímpicos de Invierno de Salt Lake City. Finalmente, de importancia enorme es la *Racketeer-Influenced and Corrupt Organizations* (RICO) (Ley de Chantaje Civil, Influencia y Organizaciones Corruptas) (18 U.S.C. §§ 1961-1968), en la cual se señala en algunos de sus apartes:

(a) Será ilegal para cualquier persona que haya recibido cualquier ingreso derivado, directa o indirectamente, de un patrón de actividad de crimen organizado o mediante el cobro de una deuda ilegal... para usar o invertir, directa o indirectamente, cualquier parte de dicho ingreso, o el producto de tal ingreso, en la adquisición de cualquier interés en, o el establecimiento u operación de cualquier empresa que esté involucrada en, o las actividades de las cuales se afectan el comercio interestatal o extranjero.

(c) Será ilegal para cualquier persona, empleada o asociada con cualquier empresa dedicada o cuyas actividades afecten el comercio interestatal o extranjero, conducir o participar, directa o indirectamente, en la conducción de los asuntos de dicha em-

presa a través de un patrón de actividad de crimen organizado o de cobro de deudas ilegales.

(d) Será ilegal que una persona conspire para violar cualquiera de las disposiciones de la subsección (a), (b) o (c) de esta sección (18 U.S.C. § 1962 [a, c, d]).

Aunque la jurisdicción natural para enjuiciar los delitos de corrupción debe ser el jurado, es decir, un grupo de doce ciudadanos que delibera sobre los hechos y la culpabilidad, separado del juez técnico, en la realidad más del 97% de los delitos federales se resuelven con conformidades, sin juicio oral, como fruto de un *plea bargain*. Por ello, en el ámbito de los casos de corrupción se utilizan también dos procedimientos consensuales que evitan el juicio, pero con un sobreseimiento de la acusación; hablo del *deferred prosecution agreements* (DPA) (acuerdos de sobreseimiento condicional) y del *non-prosecution agreements* (NPA) (acuerdos de no acusar). El sobreseimiento condicional (*diversion, deferred prosecution*) fue introducido originalmente en los tribunales de menores o para resolver delitos de menor importancia, pero se utiliza ahora a menudo en relación con la criminalidad de cuello blanco; se trata de la suspensión de una acusación ya presentada durante un determinado tiempo. En cuanto a los *non-prosecution agreements*, debe decirse que se trata de la imposición de condiciones sin la presentación de una acusación (Reilly, 2014, 347-406).

Hay tres elementos comunes entre el DPA y el NPA: primero, la admisión de los hechos sirve como confesión si el acusado o sospechoso rompe el acuerdo y hay que celebrar un juicio oral; segundo, se debe cooperar, pues la empresa debe entregar documentos, renunciar a la confidencialidad entre abogado y cliente y, en materia de prescripción, ello supone suspensiones de tres a cinco años. Y, tercero, las empresas, acusadas como personas jurídicas, deben entrar en programas corporativos de cumplimiento (*corporate compliance programs*).

La importancia de la Cuarta Enmienda en la formulación de estrategias para investigar la corrupción

La Cuarta Enmienda, promulgada en 1791, señala lo siguiente:

El derecho de los habitantes a que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

Las cortes interpretan la Cuarta Enmienda cuando articulan las limitaciones de los órganos de la administración de la justicia en la lucha con contra la corrupción, como en la investigación de todos los delitos; hasta el año 1967, el Estado no tenía el poder de secuestrar la propiedad privada de los ciudadanos, si no era un instrumento para cometer un delito, un fruto de un delito, o contrabando. Una escucha no violaba la Cuarta Enmienda si la policía no realizaba un allanamiento de la morada durante la diligencia (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 1928);

así mismo, un agente o informante encubridor no violaba la Cuarta Enmienda si era invitado voluntariamente a un domicilio (*On Lee v. United States*, 343 U.S. 747, 1952). Pero en 1967, en la decisión clave del caso *United States v. Katz* (389 U.S. 347, 1967), el Tribunal Supremo declaró que “la cuarta enmienda protege la vida privada y no la propiedad” y señaló que “una escucha será legal con autorización judicial y causa probable (*probable cause*)”; ese mismo año, el Tribunal Supremo declaró que con autorización judicial y causa probable, la policía puede secuestrar cosas privadas no vinculadas con la ilegalidad a título de mera evidencia (*mere evidence*) (*Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 301-302, 1967).

En el caso *United States v. Katz*, el Tribunal Supremo explicó que la Cuarta Enmienda protege a personas y no a lugares: “Lo que una persona a sabiendas revela al público, aún en su propia casa o despacho, no amerita la protección de la Cuarta Enmienda, mientras que lo que intente mantener de forma confidencial aún en un lugar con acceso público, puede ser constitucionalmente protegido”. Aquí hay un aspecto subjetivo: la persona debe exhibir una posibilidad de que la actividad desplegada es privada; y también, un aspecto objetivo: la expectativa debe ser una que la sociedad acepte como “razonable” o fundada.

En su jurisprudencia posterior después de *Katz*, el Tribunal Supremo reconoció limitaciones a la tutela de la Cuarta Enmienda; por ejemplo, el pueblo no tendría una “fundada expectativa de privacidad en información comunicada a un tercero, si una persona invita a un agente o informante encubierto a su esfera privada y confía en él”, en este caso “el agente puede registrar la conversación y transmitirla simultáneamente a la policía” (*United States v. White*, 401 U.S. 745, 1971).

Así las cosas, cuando una persona le da acceso a información a un tercero, ella asume el riesgo en relación con su revelación. En el mismo sentido, la información comunicada a un proveedor de servicios como los números de teléfono marcados por una persona que llama (*Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 1979), o la información sobre transacciones financieras a un banco (*California Bankers Ass’n v. Shultz*, 416 U.S. 21, 1974; *United States v. Miller*, 425 U.S. 435, 1976) carecen de protección en la Cuarta Enmienda. Naturalmente, si alguien abandona algo, por ejemplo, en la basura, perdería la tutela de la Cuarta Enmienda sobre la cosa (*California v. Greenwood*, 486 U.S. 35, 1988); pero se debe recordar que el Tribunal Supremo señala solo la protección mínima exigida por la Constitución. Los Estados, sin embargo, pueden interpretar sus propias constituciones y leyes para otorgar más protección en una esfera o en otra; por ejemplo, los Estados de Oregón (*State v. Galloway*, 109 P.3d 383, Or. App. 2005), Vermont (*State v. Morris*, 680 A.2d 90, Vt. 1998), New México (*State v. Crane*, 254 P.3d 117, N.M. App. 2011) y New Hampshire (*State v. Goss*, 834 A.2d 216, N.H. 2003) prohíben el registro de basura que un ciudadano entrega al depósito de desperdicios en una bolsa o en un contenedor opaco.

Así mismo, muy importantes son las decisiones que deniegan la protección para la conducta en espacios públicos o en campo abierto. Por ejemplo, el Tribunal

Supremo ha permitido el uso de localizadores electrónicos (*beepers*) para seguir y vigilar a personas sospechosas en la esfera pública (*United States v. Knotts*, 460 U.S. 276, 1983), pero no si el encargado de la vigilancia se entromete en un lugar privado como un domicilio (*United States v. Karo*, 468 U.S. 705, 1984). Pero en la decisión del caso *Jones v. United States* (565 U.S. 400, 2012), la mayoría del Tribunal Supremo decidió que la colocación secreta de un aparato GPS en un vehículo constituye una violación del derecho de propiedad sobre el automotor, pero opiniones separadas de dos Magistrados han mantenido la idea de que el uso por un tiempo prolongado de un localizador GPS viola la expectativa de privacidad (*privacy*) protegida por la Cuarta enmienda. Así mismo, los Estados de South Dakota (*State v. Zahn*, 812 N.W.2d 490, S.D. 2012), Wisconsin (*State v. Brereton*, 826 N.W.2d 369, Wis. 2013), Massachusetts (*Commonwealth v. Rousseau*, 990 N.E.2d 543, Mass. 2013), New York (*People v. Weaver*, 909 N.E.2d 1195, N.Y. 2009) y Washington (*State v. Jackson*, 76 P.3d 217, Wash. 2003), exigen un auto judicial con una probable causa (*probable cause*) con vigilancia a largo plazo.

Las leyes que regulan la interceptación de comunicaciones y el acceso a la información electrónica archivada

Las leyes claves en los Estados Unidos para regular la interceptación de comunicaciones son la Ley de Escuchas, llamada Título Tercero (*Title III*), de 1968, que se utiliza para la investigación de casos criminales de índole típico (18 U.S.C. §§ 2510-20) y la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de 1978 (*Foreign Intelligence Surveillance Act-FISA*), que se ocupa de la vigilancia de agentes extranjeros en casos de seguridad nacional, espionaje y terrorismo internacional (50 U.S.C. §§ 1801 et seq.). Las otras leyes claves son la Ley de Comunicaciones almacenadas de 1986 (*Stored Communications Act*), que regula el acceso a comunicaciones archivadas (correos electrónicos, etc.), y la Ley de Privacidad de comunicaciones electrónicas (*Electronic Communications Privacy Act*) también de 1986, que regula el uso de teléfonos celulares (móviles) y comunicación por internet. Finalmente, la Cuarta Enmienda establece los principios residuales cuando no se aplican las leyes arriba citadas, por ejemplo, el uso de agentes encubiertos, etc.

Title III (La Ley de Escuchas) fue promulgada después de la decisión de *Katz*. Es una ley orgánica aplicable a todo los Estados (como estándar mínimo) y exige una protección más amplia que la Cuarta enmienda propia. Por ejemplo, *Title III* tiene una regla de exclusión (prueba prohibida) más estricta que la de la Cuarta Enmienda, sin excepciones para la “buena fe” y con aplicación en procedimientos civiles y administrativos, etc. Hay también una exigencia de necesidad: la de explicar por qué medidas menos lesivas no fueron utilizadas.

Pero La Ley de Escuchas no se aplica a los metadatos de telecomunicaciones, es decir, los números de teléfono marcados. Tampoco a las comunicaciones archivadas por los proveedores o en mensaje de voz, ni en la ubicación de un teléfono móvil. Por eso, el fiscal no necesita autorización judicial basado en *probable cause*, para acceder a esta información, sino solo un *subpoena* (citación), que exige solamente la

afirmación de que la información será de uso en la investigación. Y no habrá una regla de exclusión si la fiscalía o la policía ignoran las exigencias de la ley.

Las tácticas investigativas en la lucha contra la corrupción

Naturalmente, las investigaciones de corrupción tienen que identificar la actividad sospechosa (véase Bernstein, s/f); por eso, utilizan pesquisas tanto reactivas o históricas como proactivas y secretas. Para identificar sospechosos potenciales, el F.B.I. utiliza fuentes policiales y gubernamentales, las quejas de ciudadanos, o indaga a negociantes, políticos y empleados infelices. También, emplean informantes pagados y a acusados que cooperan con la policía para aliviar las consecuencias de su propia conducta delincuente; en fin, sacan también pistas de investigación en la prensa, internet o en otros medios de telecomunicación.

Además, tienen a su alcance bases de datos comerciales como los de *Choicepoint* y otra información crediticia y también contribuciones políticas. Tienen acceso a un banco de datos sobre transacciones financieras sospechosas, que los bancos deben recoger según la *Bank Secrecy Act* (FinCen Form 112). En fin, utilizan información revelada en casos civiles o administrativos. Incluso, el fiscal puede utilizar mandamientos emitidos por el Gran Jurado (*grand jury*), un órgano inquisitorio compuesto de laicos bajo la dirección del fiscal, para exigir la entrega de documentos importantes en la custodia de instituciones financieras, proveedores de telecomunicaciones, y sociedades y empresas. También la fiscalía, con una citación del Gran Jurado, puede obligar a un testigo a declarar, un poder que el fiscal o la policía no tienen en los Estados Unidos. Naturalmente, ello solo se hace cuando el testigo no quiere hacer una declaración ante el fiscal en forma voluntaria.

En investigaciones reactivas hay varias diligencias al alcance de la fiscalía durante una investigación en casos de corrupción. Entre ellas, están, por ejemplo, la revisión de *mail covers*. Al respecto, debe decirse que desde hace mucho tiempo el Departamento de Correos hace fotografías de cada paquete o carta enviada; como los números de teléfono, la dirección es información expuesta al público y no tiene protección de la Cuarta Enmienda. Además, se puede hacer una inspección de la basura de un sospechoso; cuando una persona bajo investigación se pone nerviosa, a menudo tira documentos importantes en la basura. Como ya se ha dicho, no se exige autorización judicial para estas medidas.

También el fiscal con autorización judicial puede otorgar a un testigo inmunidad para obligarlo a declarar contra sus intereses; sin embargo, los fiscales no lo hacen a menudo porque los jurados no confían siempre en testigos que declaran bajo inmunidad. El fiscal puede también conseguir la cooperación de un co-imputado después de haber concluido un acuerdo de cooperación, una especie de *plea bargain*, en la que un acusado llega a un acuerdo sobre su propio caso. Los fiscales piensan que los jurados suelen creer más a un testigo que declara en un juicio de un cómplice con una promesa implícita de conseguir una pena reducida, que ha admitido su culpabilidad, que a uno bajo inmunidad que no confronta ninguna

pena. Yo no comparto esta opinión. Según mi juicio, ambos testigos carecen de credibilidad.

Además, agréguese que son muy importantes las citas de información archivada sobre la actividad telecomunicativa de un sospechoso; para obtener la información sobre la actividad archivada se exige solamente una citación sin necesidad de una causa probable (*probable cause*), pero se exige un auto judicial para conseguir el contenido de las conversaciones. A veces el investigador quiere determinar la identificación de un usuario de un teléfono, de un ordenador o de una cuenta electrónica.

Por ello, en cualquier mandamiento judicial para registrar una oficina o una empresa se incluye el poder de secuestrar ordenadores y de registrar las informaciones digitales archivadas dentro; es, pues, usual que especialistas en el área de ordenadores acompañen a la policía durante la ejecución del mandamiento, para facilitar la copia del contenido de los ordenadores en el sitio y no sea necesario transportar el aparato y hacerlo más tarde.

Entre las medidas al alcance de la fiscalía en investigaciones proactivas se debe mencionar la vigilancia por un tiempo extendido; para ello, no se exige autorización judicial en el sistema federal, pero desde la decisión en el caso *Jones* (*Jones v. United States*, 565 U.S. 400, 2012), no se puede fijar un localizador-GPS al vehículo bajo vigilancia sin mandato judicial. También, se puede hacer una interceptación coetánea a la actividad telefónica, es decir, de los megadatos de comunicación telefónica, sin causa probable y mediante mandato judicial, porque la Cuarta Enmienda no protege esa información. Con un mandato judicial bajo el Título III, la fiscalía puede implantar un micrófono en un domicilio para escuchar y grabar de forma acústica las conversaciones entre los presentes; desde luego, un auto de escuchas exige causa probable (*probable cause*) y el Título III (*Title III*) impone deberes de minimizar la interceptación de conversaciones ajenas y de informar al juez que emitió el auto, sobre los contenidos de las conversaciones interceptadas. Pero, en verdad, se utiliza raramente en casos de corrupción; por ejemplo, en 2014 y de parte de la Fiscalía del Estado de Pennsylvania se autorizaron 3.554 escuchas de las cuales 3.170 lo fueron para la droga, 30 para conspiración, 72 para la Ley RICO y solo 16 para casos de corrupción.

De igual forma, se pueden grabar conversaciones de un sospechoso sin el mandato exigido por el Título III, si la policía consigue el acuerdo de un participante en la conversación; por ejemplo, en la investigación por los eventos de corrupción de la FIFA, el F.B.I. obtuvo la participación de *Chuck Blazer* para grabar conversaciones incriminatorias con otros funcionarios de ese organismo. De la misma manera, esto fue muy importante en la investigación y el enjuiciamiento de los sospechosos del caso *Abscam*. Ahora bien, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se exige un mandato judicial para enviar a un agente o informante encubierto a un domicilio a grabar clandestinamente conversaciones al interior si el agente consigue una invitación del sospechoso (véase la decisión de *White*); sin

embargo, por lo menos seis Estados exigen autorización judicial para enviar a un agente encubierto o informante a un domicilio para hacer grabaciones clandestinas (*People v. Beavers*, 227 N.W.2d 511, Mich. 1975; *State v. Glass*, 583 P.2d 872, Alaska 1978; *Commonwealth v. Brion*, 652 A.2d 287, Pa. 1994; *State v. Bridges*, 925 P.2d 357, Haw. 1996; *State v. Geraw*, 795 A.2d 1219, Vt. 2002; *State v. Mullens*, 650 S.E.2d 169, W.Va. 2007).

También se utilizan agentes encubiertos para tratar de inducir al sospechoso a admitir un delito ya cometido, que naturalmente afecta el derecho a no autoincriminarse. Sin embargo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no viola la Quinta Enmienda que tutela el derecho a no testificar contra si el hecho de utilizar agentes encubiertos en las cárceles para inducir admisiones de culpabilidad, por lo menos antes de que el fiscal emita una acusación formal (*Illinois v. Perkins* [1990]. 496 U.S. 292). Después de una acusación formal, un agente encubierto puede ocupar la celda junto a un acusado, pero no lo interroga activamente (*United States v. Henry* [1980]. 477 U.S. 264; *Kuhlmann v. Wilson* [1986], 477 U.S. 436).

A lo anterior, añádase que el uso de agentes encubiertos ha sido muy importante para el descubrimiento y enjuiciamiento de casos de corrupción; por eso, los agentes federales tratan siempre de utilizar agentes encubiertos cuando sospechan que se encuentran ante una situación de corrupción. Ellos prefieren funcionarios encubiertos en vez de informantes o acusados cooperantes, porque el jurado suele confiar en los agentes y no necesariamente en los informantes, sobre todo cuando estos son pagados. Los agentes encubiertos tratan de grabar todas las conversaciones bien sea de forma consensuada o bien con una escucha a la luz del Título III. Para los fiscales, las grabaciones son irrecusables y los jurados confían en ellas.

La llamada “bala de plata,” u objetivo quintaescencial de las fuerzas de seguridad en la investigación de casos de corrupción es el *flip* o capirotazo de un participante en la organización corrupta, para que éste termine cooperando con la investigación. El F.B.I. ha investigado a la FIFA por conspiración de violación del RICO, fraude, violación del *travel act*, etc. y ha realizado el capirotazo de *Chuck Blazer*, un ex-funcionario ejecutivo de FIFA. *Blazer* fue investigado por no haber pagado impuestos por millones de dólares de ingresos secretos, según el *New York Post*, y comenzó a cooperar con el FBI en la investigación de la FIFA. Secretamente, según cabe presumir, él grabó con un aparato las conversaciones con sus colegas durante los juegos olímpicos en Londres durante el 2012, donde la gran mayoría de las figuras más importantes de la FIFA se encontraban (Gibson, 2014).

El atrapamiento (*entrapment*)

Bastante polémica es la organización de una trampa (*sting*) para provocar la comisión de un delito, por ejemplo, la aceptación de un cohecho; esta táctica para perseguir la delincuencia genera dificultades con los llamados delitos provocados y problemas con el respeto del debido proceso. En el sistema federal, un agente especial a cargo del F.B.I. (llamado *special agent in charge*) puede autorizar cualquiera

actividad realizada por parte de un agente encubierto si piensa que es proporcional en relación con la gravedad del delito objeto de investigación; esta autorización puede durar hasta seis meses que pueden llegar a ser duplicados. Si la operación implica una cantidad de dinero grande, la vigilancia de funcionarios, la entrega de drogas, el pago de sobornos, la infiltración de organizaciones terroristas, o la interacción con abogados, sacerdotes o médicos, etc. se exige la autorización del cuartel general del F.B.I., pero estas prohibiciones son solo internas y su violación no tiene importancia legal alguna.

En los Estados Unidos el atrapamiento, es decir, la incitación de parte de agentes oficiales a la comisión de un delito es una excusa que desencadena un veredicto de no culpabilidad si la acepta el jurado o el juez, según la teoría de la jurisdicción. Los tribunales federales y la mayoría de tribunales estatales reconocen una teoría subjetiva en materia del atrapamiento; según la decisión del Tribunal Supremo del año 1932 (*Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 1932) : “Cuando la intención criminal surge con los funcionarios del gobierno y ellos inculcan en la mente de un inocente la disposición a cometer el delito para poder enjuiciarlo, eso es atrapamiento (*entrapment*)”; los agentes pueden dar a una persona la oportunidad o los instrumentos para cometer el delito. Desde luego, la línea importante es aquella que se presenta entre una trampa para un incauto inocente y una trampa para un incauto culpable.

Si el acusado tenía una predisposición para cometer el delito, el será culpable aun cuando la policía utilice incentivos o tácticas coercitivas que podrían haber provocado el delito de parte de un inocente; de ahí que la teoría subjetiva deje al jurado la tarea de decidir la culpabilidad y la cuestión atinente a la predisposición y, añádase, el fiscal puede introducir información sobre antecedentes penales para convencerlo de la predisposición correspondiente. Ahora bien, según la teoría objetiva si la conducta de la policía hubiera provocado la comisión del delito por parte de un inocente, es irrelevante el hecho de que hubiese existido la predisposición por parte del acusado; por ello, según esta construcción académica el juez determina si la conducta policial hubiera podido inducir a un inocente a cometer el delito. § 2.13 del Código Modelo de 1962 refleja la teoría objetiva, y unos 10-15 Estados, entre ellos California, han adoptado esta teoría minoritaria.

Algunos estados reconocen también una violación del debido proceso en casos de conducta ultrajosa por parte de la policía (*outrageous police conduct*) que es semejante a la teoría objetiva (*United States v. Twigg*, 588 F.2d 373, (3d Cir. 1978; *People v. Isaacson*, 406 N.Y.S.2d 714, N.Y. 1978; *Nadeau v. State*, 683 So.2d 504, Fla.App. 1995; *State v. Lively*, 921 P.2d 1035, Wash. 1996; *Commonwealth v. Monteagudo*, 693 N.E.2d 1381, Mass. 1998; *People v. Ming*, 738 N.E.2d 628, Ill.App. 2000); los acusados en los famosos casos del “*Abscam*” han alegado la figura del atrapamiento como argumento en pro de su defensa; uno de ellos ha convencido al juez de instancia de que fue la víctima de ello (*entrapment* y *outrageous police conduct*) pero no tuvo éxito ante el Tribunal de Apelación.

El triunfo de *plea bargaining*

Todos de los acusados en los casos de *Abscam* fueron condenados por jurados, que han rechazado la alegación del atrapamiento y, como se ha mencionado, casi no hay juicios con jurado cuando se trata de la acusación de una persona jurídica para violaciones del FCPA. De verdad, casi todos los acusados, sobre todo en el sistema federal, renuncian a su derecho a ser enjuiciados por un jurado a favor de una conformidad o *guilty plea*. En mi opinión, el sistema estadounidense del *plea bargaining* es inherentemente coercitivo. En el caso de *Bordenkircher v. Hayes* (434 U.S. 357, 1978), el Tribunal Supremo ha proclamado que la oferta de imponer una pena privativa de libertad de cinco años si el acusado confiesa a cambio de una cadena perpetua en caso de condena, no violaba el debido proceso. Aunque las pautas para la aplicación de la pena (las *U.S. Sentencing Guidelines*) prevén un descuento de una tercera parte con un *guilty plea*, el descuento es en realidad de dos terceras partes de la pena. Después de un *guilty plea*, la pena promedio imponible en los tribunales federales es 54.7 meses de prisión, mientras que la pena media después de un juicio oral es 153.7 meses (Turner, 2005, p. 199).

Las estadísticas

Entre 1976, cuando el Ministerio de Justicia federal empezó de compilar estadísticas, y 2013, los Estados con la cantidad más grande de condenas para corrupción eran: (1) New York, con 2.657; (2) California, con 2.549; y, (3) Illinois, con 1.982 (1.642 de ellas en los alrededores de Chicago) (Simpson *et al.*, 2015. p. 4); en el año 2013, hubo 337 enjuiciamientos en relación con funcionarios federales. De ellos terminaron 315 con condenas y 113 casos quedaron pendientes; hubo, además, 133 casos en relación con funcionarios estatales con 119 condenas y 68 quedaron pendientes. Así mismo, se presentaron 334 casos en relación con funcionarios municipales, con 103 condenas y 149 que quedaron pendientes; de igual manera, hubo otros 330 otros casos con 300 condenas y 169 quedaron pendientes. En suma, se presentaron 1.134 casos con 1037 condenas, y 499 casos quedaron pendientes.

Referencias

Bernstein, D. *Special Investigative Techniques in Public Corruption Investigations*. Recuperado de https://thesiliconcoup.weebly.com/uploads/1/3/3/9/13392840/07_30_2008_track_c_0400_0450_special_investigative_techniques_in_public_corruption_investigations.pdf

Caso *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>

Caso *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/435/case.html>

Caso *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/747/>

- Caso *United States v. Katz* 389 U.S. 347 (1967). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>
- Caso *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 301-302 (1967). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/387/294/case.html>
- Caso *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/745/case.html>
- Caso *California Bankers Ass'n v. Shultz*, 416 U.S. 21 (1974). Recuperado de <https://www.casemine.com/judgement/us/5914c6b4add7b049347dd175>
- Caso *People v. Beavers*, 227 N.W.2d 511 (Mich. 1975). Recuperado de <https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/1975/54847-2.html>
- Caso *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/435/>
- Caso *State v. Glass*, 583 P.2d 872 (Alaska 1978). Recuperado de <https://www.courtlistener.com/opinion/1290844/state-v-glass/>
- Caso *United States v. Twigg*, 588 F.2d 373 (3d Cir. 1978). Recuperado de <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/588/588.F2d.373.78-1348.78-1315.html>
- Caso *People v. Isaacson*, 406 N.Y.S.2d 714 (N.Y. 1978). Recuperado de <https://casetext.com/case/people-v-isacson>
- Caso *Bordenkircher v. Hayes* (434 U.S. 357 (1978). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/case.html>
- Caso *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/735/case.html>
- Caso *United States v. Henry*, 477 U.S. 264 (1980). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/264/>
- Caso *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/276/case.html>
- Caso *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/705/case.html>
- Caso *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/477/436/>
- Caso *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/35/case.html>
- Caso *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/292/case.html>

- Caso Commonwealth v. Brion, 652 A.2d 287 (Pa. 1994). Recuperado de <https://www.courtlistener.com/opinion/1934626/com-v-brion/>
- Caso Nadeau v. State, 683 So.2d 504 (Fla.App. 1995). Recuperado de <https://www.courtlistener.com/opinion/1105653/nadeau-v-state/>
- Caso State v. Bridges, 925 P.2d 357 (Haw. 1996). Recuperado de <https://law.justia.com/cases/hawaii/supreme-court/1996/16800-2.html>
- Caso State v. Lively, 921 P.2d 1035 (Wash. 1996). Recuperado de <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1996/60389-8-1.html>
- Caso Commonwealth v. Monteagudo, 693 N.E.2d 1381 (Mass. 1998). Recuperado de <https://massachusetts.lexroll.com/commonwealth-v-monteagudo-427-mass-484-1998/>
- Caso State v. Morris, 680 A.2d 90 (Vt. 1998). Recuperado de <https://www.courtlistener.com/opinion/1992904/state-v-morris/>
- Caso People v. Ming, 738 N.E.2d 628 (Ill.App. 2000). Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/il-court-of-appeals/1062512.html>
- Caso State v. Geraw, 795 A.2d 1219 (Vt. 2002). Recuperado de <https://www.courtlistener.com/opinion/1439872/state-v-geraw/>
- Caso State v. Jackson, 76 P.3d 217 (Wash. 2003). Recuperado de <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/2003/72799-6-1.html>
- Caso State v. Goss, 834 A.2d 216 (N.H. 2003). Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/nh-supreme-court/1128324.html>
- Caso State v. Galloway, 109 P.3d 383 (Or. App. 2005). Recuperado de <https://www.courtlistener.com/opinion/2520315/state-v-galloway/>
- Caso State v. Mullens, 650 S.E.2d 169 (W.Va. 2007). Recuperado de <https://www.courtlistener.com/opinion/1331464/state-v-mullens/>
- Caso People v. Weaver, 909 N.E.2d 1195 (N.Y. 2009). Recuperado de <https://caselaw.findlaw.com/ny-court-of-appeals/1140764.html>
- Caso State v. Crane, 254 P.3d 117 (N.M. App. 2011). <https://caselaw.findlaw.com/nm-supreme-court/1671543.html>
- Caso Jones v. United States, 565 U.S. 400 (2012). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/565/400/>
- Caso State v. Zahn, 812 N.W.2d 490 (S.D. 2012). Recuperado de <https://www.leagle.com/decision/insdco20120315648>
- Caso State v. Brereton, 826 N.W.2d 369 (Wis. 2013). Recuperado de: <https://www.leagle.com/decision/inwico20130206f59>

Caso *Commonwealth v. Rousseau*, 990 N.E.2d 543 (Mass. 2013). Recuperado de <https://casetext.com/case/commonwealth-v-rousseau-2>

Gibson, O. (2014, noviembre 3). FBI FIFA bugging reports should prompt World Cup investigation, says M.P. *The Guardian*. Recuperado de <http://www.theguardian.com/football/2014/nov/03/chuck-blazer-fifa-fbi-bugging-world-cup-bidding-investigation>

Kinsky, M. W. (2014). American Hustle: Reflections on ABSCAM and the Entrapment Defense, 41 en *American Journal of Criminal Law*, 41(3), 233-260.

Reilly, P. (2014). Negotiating Bribery: Towards Increased Transparency, Consistency and Fairness in Pretrial Bargaining Under the Foreign Corrupt Practices Act. En *Hastings Business Law Journal* N.º 10:2, 347-406.

Simpson, D., Th. Gradel, M. Mouritsen & J. Johnson (2015, mayo 28). Chicago: Still the Capital of Corruption, *Anti-Corruption Report* N.º 8, University of Illinois at Chicago Department of Political Science, 1-9. Recuperado de https://pols.uic.edu/docs/default-source/chicago_politics/anti-corruption_reports/corruption-rpt-8_final-052715.pdf?sfvrsn=0

Turner, J. I. (2006). Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View. En *American Journal of Comparative Law*, (Vol. 94), 501-570.

LA RETRACTACIÓN EN LA ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD UNILATERAL. EL CASO COLOMBIANO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA*

*Gabriel Andrés Moreno Castañeda***

Resumen

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde los albores de la Ley 906 de 2004, ha develado problemas serios en torno a la retractación en la aceptación de responsabilidad unilateral –conocida también como allanamiento puro y simple–. Este artículo, que se construye desde la historiografía de la jurisprudencia vigente y la doctrina especializada, presenta una revisión de los vacíos normativos y jurisprudenciales sobre el tema y concluye sobre la posibilidad del retracto. Se busca determinar si es posible, a la luz del contexto normativo colombiano, la viabilidad de aceptar la retractación en el interregno que va de la audiencia de formulación de la imputación a la audiencia de acusación. La tesis dominante de la jurisprudencia ordinaria penal niega esa posibilidad; creemos que dicha posición es errada, conforme se verá más adelante.

Palabras claves

Allanamiento a cargos, acuerdos, manifestaciones preacordadas de culpabilidad, justicia premial, retractación, jurisprudencia.

Abstract

The jurisprudence of the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice since the dawn of Law 906 of 2004, has revealed serious problems regarding the retraction in the acceptance of unilateral responsibility - also known as pure and simple acceptance acquiescence. This article, which is built from the historiography of current jurisprudence and specialized doctrine, presents a review of the normative and jurispuden-

* Trabajo para optar al título de Maestro en Derecho Procesal Penal; dirigido por el Maestro Rodrigo Javier Parada Rueda LLM.

** Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga; Maestro en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. E-mail: Gabrigabrielmoreno_@hotmail.com; gabrielandresmorenocastaneda@gmail.com

tial gaps on the subject and concludes on the possibility of retraction. It seeks to determine if it is possible, in light of the Colombian regulatory context, the feasibility of accepting the retraction in the interregnum that goes from the hearing to formulate the imputation to the accusatory hearing. The dominant thesis of ordinary criminal jurisprudence denies that possibility; We believe that this position is wrong, as will be seen later.

Keywords

Acquiescence to charges, agreements, pre-agreed statements of guilt, premial justice, retraction, jurisprudence.

Introducción

La mayoría de los institutos que pertenecen al proceso penal con tendencia acusatoria (L. 906/2004), entre ellos la aceptación de responsabilidad –o también llamado allanamiento a cargos– y la retractación, han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en menor o en mayor medida. Dichas figuras, consagradas legalmente en nuestro contexto, provienen de procedimientos foráneos inclinados al derecho penal premial (Reyes, 2010; Guerrero, 2011; Manco, 2012; Castaño, 2013; Posada, 2015; Sentencia de febrero 21 de 2013, Tribunal Superior de Pereira). El presente trabajo, parte del análisis del avance –o por qué no, retroceso– de la jurisprudencia penal en torno a la retractación de la aceptación de cargos y tiene como objetivo establecer si resulta válido que el imputado que los ha aceptado en la audiencia preliminar de imputación, pueda retractarse antes de que el juez de conocimiento emita la sentencia. Este cuestionamiento, surge a partir de dos hechos concretos: el primero tiene que ver con los reiterados errores que se advierten en la praxis judicial al respecto y, el segundo, obedece a la confusión doctrinaria que no ha sido aclarada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Esta investigación resulta pertinente, tanto en el ámbito foráneo como en el interno, en principio, porque el desarrollo doctrinal en el derecho comparado, respecto a la posibilidad que tiene el imputado para retractarse de la aceptación de culpabilidad es escaso, así que este primer acercamiento pretende despertar interés para que la exploración académica dedique mayores líneas al desafío planteado. Es claro, conforme la experiencia lo muestra, que no son pocos los eventos en los que dicha posibilidad se presenta, razón por la que se hace necesaria una exploración académica profunda al respecto. En segundo lugar, porque en el ámbito interno, si bien por vía jurisprudencial la postura ha variado de acuerdo con el tratamiento legal de la figura del retracto, lo cierto es que la solución que se plantea por ese medio privilegia principios como la eficacia en el ejercicio de la administración de justicia y la lealtad procesal, por encima de garantías como la de no auto incriminación, la controversia de la prueba y la posibilidad de acceder a un juicio oral, público, concentrado y con todas las garantías.

Respecto a la metodología empleada, la investigación que se aborda es de tipo jurídico, pues se quiere determinar cuál ha sido es el tratamiento que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la retractación en la acep-

tación de culpabilidad pura y simple; conforme a ello, la exploración académica realizada se orienta a partir del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004) y de la jurisprudencia nacional que se ocupa del retracto. El enfoque es histórico-hermenéutico y se consultan fuentes secundarias, a saber: doctrina especializada y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La justicia premial en el nuevo proceso penal (L. 906/2004)

Son múltiples los cambios que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo al proceso penal, entre los cuales pueden señalarse: la separación clara e inequívoca de las funciones de acusación y juzgamiento que permite despojar al juez de la potestad que tenía en la ley 600 de 2000 de promover la acción penal en la fase de juzgamiento (Bernal, 2005) o en palabras de Verger “la jurisdicción [ya no tiene] control sobre la formulación o no de la acusación” (1994, p. 42), la adversariedad como expresión del principio acusatorio cuyos orígenes para un sector de la doctrina se encuentran en la Grecia antigua y no en el sistema continental europeo (Díaz, 2014, p. 43), la publicidad e inmediatez de la prueba, la reserva judicial para afectar derechos fundamentales y, el que más interesa para los objetivos de este trabajo, la incorporación del Derecho Penal Premial (Castaño, 2013) al cual pertenecen tanto la justicia premial como la justicia consensual o consensuada.

Valga la redundancia, el derecho premial hace referencia “al uso de premios y castigos con diversos fines” (Manco, 2012, p. 191) o es también la renuncia del Estado “a la acción penal, a la pena o a parte de ella, como contraprestación a la colaboración que el delincuente le puede ofrecer” (González, 2012, p. 4). Se trata, pues, de instrumentos que en últimas buscan mejorar la eficiencia del Estado, quien, a su vez, tendrá que ceder una porción de su pretensión punitiva como gesto compensatorio con el imputado o acusado que ha decidido renunciar al juicio oral y ha optado por la vía abreviada solucionar la cuestión criminal.

Ahora bien, aunque este trabajo no tiene por objeto discutir acerca de la justicia premial, tampoco puede dejar de señalar las importantes consecuencias que una tal clase de justicia trae consigo. Entre las más notorias y principales, se encuentra la renuncia “forzada” a la garantía de tener un juicio oral, público, contradictorio y con inmediación de la prueba, a cambio de la promesa que el Estado le hace al imputado o acusado de concederle un premio que, en la mayoría de las veces, consiste en reducirle la pena de prisión y/o reconocerle beneficios judiciales (suspensión condicional de la ejecución de la pena, prisión domiciliaria, entre otras). Esto, en últimas, representa una relativización del proceso justo que desarrolla el artículo 29 de la Constitución Política, pues una parte importante de las garantías que integran su núcleo esencial (Sentencia T-039 de 1996, CConst.), como el derecho de contradicción, la carga de la prueba en cabeza del Estado, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, entre otros, se rescinden para darle paso a una política criminal basada en el pragmatismo (García de Paz, 2005; Castaño, 2013).

Lo dicho anteriormente se nota más en los preacuerdos y negociaciones que en los mal llamados allanamientos (Molina, 2015), puesto que, en aquellos, la renun-

cia no es totalmente libre, sino que está precedida de la pomposa promesa premial que hace el Estado al imputado o acusado para que desista de tales garantías judiciales y contribuya a:

“ahorrarse el juicio”. *Contrario sensu*, en la hipótesis de la aceptación de responsabilidad simple –denominados de forma equivocada allanamiento a cargos–, la persona que está siendo procesada escoge libremente y sin presión alguna aceptar los cargos imputados. Esta decisión –materialmente aunque no de manera formal– puede depender de circunstancias tales como: i) haber sido capturado en flagrancia o no; ii) la contundencia de los elementos materiales probatorios; iii) la conciencia de haber participado en el delito. Adicionalmente, hay que recordar que, así como la persona imputada no puede ser obligada a auto incriminarse, el derecho también debe reputarse constitucional cuando decide sin apremio alguno levantar ese fuero y declararse culpable de los cargos. Lo importante es que lo haga libremente y no interferido por promesas de reconocimiento de beneficios o amenazado por sanciones drásticas por parte de la Fiscalía General de la Nación que, a no dudarlo, tiene una posición dominante (Manco, 2012, p. 191).

Una segunda consecuencia no menos importante que la anterior en torno al tipo de justicia que se comenta, es la atinente a la verdad. En la doctrina existe consenso en cuanto a que la verdad se obtiene a través del proceso penal y la sentencia es donde esa verdad se recoge (Ostos, 2015); sin embargo, aunque ella pueda carecer de exactitud, en el trámite ordinario existen mayores probabilidades de acercarse a lo realmente acontecido, de ahí el “mote” de verdad real en contraposición a la verdad formal (Ostos, 2015) que destaca a trámites abreviados, preacuerdos y negociaciones como “la manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos” (Sarabia, 2013, p. 2). Una mayor profundidad en la crítica que aquí se hace, llevaría a indicar sin ambages que la búsqueda de la verdad se favorece en mayor medida en los procesos de tendencia inquisitiva continental que en los procesos acusatorios de corte anglosajón, pues en aquellos existe “una aplicación fuerte de la legalidad y la obligatoriedad que tiene la fiscalía para perseguir todos los delitos sin acudir a ningún tipo de negocio con el presunto criminal” (Manco, 2012, p. 192). Por lo contrario, en el sistema adversarial, aunque se afirme que la verdad se construye (Bernal & Montealegre, 2013), lo cierto es que dadas las características que lo definen, el juez no deja de ser más que un garante del principio de igualdad de armas o un “árbitro que no busca el esclarecimiento de los hechos y la verdad material, sino el equilibrio” (Manco, 2012, p. 192), lo que en últimas, beneficia el apareamiento de instrumentos de justicia premial como la aceptación unilateral de cargos y las negociaciones y preacuerdos, los cuales terminan arrojando una verdad que puede tildarse de “simbólica” (Molina, 2015, p. 140), como resultado del proceso penal.

De otra parte, en el proceso penal actual (L. 906/2004), los “allanamientos” puros y simples, los preacuerdos o negociaciones y el principio de oportunidad forman parte del tipo de justicia que se viene comentando. Estos mecanismos de justicia premial no son nuevos en el proceso penal colombiano, tampoco lo son en el mundo. En cuanto a esto último, se sabe que, solo hasta el siglo XVIII se alzaron

voces contra la desproporcionalidad tanto de las penas como de los medios para adjudicar responsabilidad penal, lo cual fue suelo propicio para la aparición de los modernos sistemas penales en los que se busca estimular fallos condenatorios sin agotarse todas las etapas del procedimiento, sino basados en la confesión, la conformidad o el allanamiento del procesado a los cargos contra él formulados. Con posterioridad, se avanzó hacia la justicia negociada en la que, si bien persiste la obligación de investigar respecto del órgano de persecución penal, lo cierto es que se otorga alta preponderancia a la culminación anticipada del proceso –ya sea por aceptación de responsabilidad del acusado o por acuerdos a los que pueda arribar en aras de obtener beneficios punitivos–, la cual ha de mantenerse dentro del respeto a las garantías fundamentales y la aplicación del contenido principalístico de la ley penal. No por otra razón, en la actualidad se hace necesario que el operador judicial verifique la existencia de un mínimo de evidencia que inculpe al procesado a efectos de verificar si la aceptación de cargos –simple o negociada– se muestra acorde al deber probatorio del Estado y se desvirtúa la presunción de inocencia del sujeto pasivo de la acción penal.

Por su parte, en el ámbito local, la justicia premial se advierte en sus inicios en la ley 2ª de 1984. Esta norma reconocía, a quien aportara prueba de responsabilidad contra las personas que hubiesen hecho parte del delito, una rebaja de pena de una tercera parte a la mitad. Así mismo, en el Decreto 2700 de 1991, en el trámite de la audiencia especial, la fiscalía estaba autorizada para adelantar acuerdos en torno a la “adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando (hubiese) duda probatoria sobre su existencia” (C. P. P., art. 37A). Qué decir de los descuentos punitivos que ofrece la ley 600 de 2000 por confesión y sentencia anticipada (C. P. P., art. 40).

Esta historiografía, evidencia cómo los mecanismos de justicia premial han formado parte importante de la política criminal del Estado (Manco, 2012), sin embargo, aunque puedan ser consideradas herramientas válidas para mejorar la percepción colectiva de eficiencia de la administración de justicia (Sentencias de septiembre 7 de 2006, Radicado: 25765, CSJ; febrero 13 de 2008, Radicado: 28553 CSJ; septiembre 14 de 2009, Radicado: 32032, CSJ), no puede desconocerse que en la actualidad la justicia negociada ha empezado a ser vista como una privatización del proceso (Velásquez, 2010) o como la manifestación de una crisis del procedimiento penal producto de la influencia del *plea bargaining* norteamericano (Schünemann, 2002) o una *súplica negociada* (Gómez, 2008); en tal sentido, gran parte de la literatura alemana se opone a que un proceso penal fundado sobre el principio acusatorio “se convierta en un proceso de partes al estilo del proceso civil” (Bernal & Montealegre, 2013, t. II, p. 862). Además, de la evidente discusión que se ha originado en torno a la crisis en la que son puestos varios derechos y garantías fundamentales (Guerrero, 2011; Montañez, 2014).

Mecanismos de justicia premial que actualmente hacen parte del proceso penal colombiano

El actual modelo de enjuiciamiento criminal (L. 906/2004) dispone de tres recursos de justicia premial, a saber: los “allanamientos” simples o aceptación unilateral de culpabilidad, los preacuerdos y negociaciones, y el principio de oportunidad, los cuales buscan “la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía” (Fierro, 2012, p. 224). Las diferencias entre una y otra figura son innegables. Dejando de un lado el último de los institutos pues no tiene semejanza alguna con lo que se plantea en este trabajo, se empezará por los preacuerdos, pues la primera de las figuras merece, conforme a los objetivos aquí trazados, un mayor desarrollo.

Los preacuerdos o alegaciones de culpabilidad preacordadas.

El instituto ha sido una verdadera revolución en el proceso penal, aunque, como ya se anotó, los negocios penales o “trueque entre la fiscalía y el acusado” (Muñoz, 2006, p. 231) no son cuestión de ahora, pues el Decreto 2700 de 1991 también contemplaba esta posibilidad. Evidentemente, la figura corresponde a una importación del derecho procesal penal anglosajón (Muñoz, 2006; Reyes, 2010; Guerrero, 2011; Manco, 2012; Castaño, 2013; Bernal & Montealegre, 2013) y en ella se autoriza a las partes a transar la acción penal, es decir, negociar la responsabilidad y la consecuencia punitiva con el objetivo de, por un lado, simplificar la tarea de la fiscalía y, por el otro, que el imputado o acusado obtenga una rebaja sustancial de la pena o se le reconozca un beneficio judicial. Es decir, implica que el procesado renuncie a una de las etapas del proceso y, con ello, a la controversia de la prueba, a cambio de un beneficio de orden punitivo, el cual depende del momento procesal en que se produzca; a cambio de ello, la fiscalía –que representa al Estado– ahorra esfuerzos en la administración de justicia y materializa el principio de celeridad procesal (Sentencia de febrero 21 de 2007, Radicado 26587, CSJ).

Esta forma de terminación “anormal” o anticipada del proceso penal, a pesar de ser diametralmente opuesta a la tradición continental en tanto la fiscalía, por ejemplo, con el objetivo de lograr el acuerdo de culpabilidad y mostrar resultados de eficiencia, relativiza el principio de legalidad y desiste del deber constitucional que tiene de esclarecer los hechos que puedan constituir un delito y buscar la verdad material (Manco, 2012; Castaño, 2013), ha tenido una gran acogida por los operadores judiciales del país. La introducción de las negociaciones, además, hoy día representa “unos porcentajes muy superiores respecto de los procesos que, de verdad, se llevan a juicio” como se afirma desde la óptica del derecho comparado (De Diego, 1999, p. 39), de esta manera se afirma que en los eventos de aceptación de responsabilidad (negociada o unilateral) desaparecen las garantías que caracterizan las actuaciones penales de raigambre constitucional y con ello la causa penal termina convirtiéndose en “un proceso sin proceso” (Langbein, 1996, p. 46).

Ahora bien, al margen de las críticas que la doctrina especializada ha formulado al tema (Schünemann, 2002 y 2007; Velásquez, 2010; Guerrero, 2011; Castaño, 2013;

Montañez, 2014), conviene precisar que a diferencia de los mal llamado “allanamientos”, los preacuerdos o negociaciones, son un acto bilateral que se rige por el principio de autonomía de las partes, quienes deciden conforme a los linderos que traza la ley procesal penal, la Constitución Política y las Directivas expedidas por la Fiscalía General de la Nación, “disciplinar la relación por sí mismos” (Hinestrosa, 1986, p. 11). Esto se traduce en que ambas partes convienen y definen los términos del negocio penal, el cual finalmente deberá ser presentado al juez de conocimiento para que lo apruebe o impruebe. Adviértase que, precisamente, por el hecho de que son “las partes” las que pactan ninguno de los intervinientes procesales tiene posibilidad de vetar el acuerdo celebrado. Podrán exponer sus posiciones, por supuesto, pero no deben los pactantes atenerse a las inquietudes que se les planteen. Incluso, el juez no podrá hacer recomendaciones frente a lo pactado debiéndose ceñir a aprobar o improbar lo que ha sido objeto de negociación.

La retractación en los preacuerdos y negociaciones.

La idea expuesta en el acápite precedente, sugiere con claridad que los preacuerdos son una especie de negocio penal que surge a partir de la voluntad expresa o tácita de las partes de querer arreglar el asunto penal. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado algunas veces que, así como la autonomía de la voluntad influye decisivamente en la confección del acuerdo, también el retracto aparece gobernado por aquél derecho o poder (Hinestrosa, 1986) reconocido a las partes para que una de ellas sin explicaciones pueda desconocer los términos del convenio. La cuestión, sin embargo, no ha sido pacífica.

Observemos:

[...] la retractación –en trámites de terminación abreviada– sólo tiene cabida respecto de los preacuerdos y únicamente antes de que el juez de conocimiento imparta su aprobación en la audiencia que para el efecto ha de citar, conforme el artículo 293 inciso 2. Tal forma de revertir una situación procesal plena y legalmente estructurada es refractaria a la forma de aceptación de cargos en la modalidad de allanamiento (Sentencia de octubre 22 de 2008, Radicado: 29983, CSJ).

Acorde con el anterior criterio, tal parece –de manera tácita– que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no sólo convalidó el retracto en los preacuerdos sino que también determinó que esa posibilidad no reside de forma exclusiva en una de las dos partes; es decir, tanto fiscalía como imputado o acusado pueden deshacer el negocio, salvo que el juez de conocimiento haya impartido aprobación al mismo, evento éste en el que habrá de concurrir una de las hipótesis de que trata parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 para que prospere el desasimio. Se trata, pues, de actos de plena autonomía tanto en la celebración del negocio penal como en la escisión de éste y, quiérase o no, la autorización que el alto tribunal concede a las partes para revertir lo pactado, no es más que la incorporación al proceso penal del principio de la autonomía de la voluntad, base esencialísima sobre la cual se construyen los negocios jurídicos en el ámbito privado. Así claramente lo dijo la Sala de Casación Penal:

[C]uando se acude a la definición natural del término y a la forma como es tratado en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, necesariamente se debe concluir, por esencia, que *el retracto informa de la posibilidad o facultad, derivada de la simple voluntad, de desdecirse de una actuación o manifestación*. En otros términos, si la ley consagra para el preacuerdo la posibilidad de retractarse, que opera, en términos del artículo 293 en cita, respecto de “alguno de los intervinientes”, ello no alude a la existencia de vicios o defectos que tornen inane esa manifestación de voluntad común inserta en el escrito firmado, sino, *como en el apotegma del derecho referido a que las cosas se deshacen como se hacen, a que esa misma voluntad permita a alguna de las partes echarse atrás, sin necesidad de explicar su querer o demostrar la existencia de circunstancias particulares que den al traste con el pacto* (Sentencia de marzo 21 de 2012, Radicado 38500, CSJ).

De igual modo, en otra decisión el alto tribunal reiteró que, de la lectura del precepto legal en cita de precedencia, la única prohibición de retractarse establecida es la que se genere luego de verificada la aceptación de responsabilidad, lo cual le corresponde al juez de conocimiento; lo dicho hasta aquí implica, de forma tácita, que en el interregno anterior, a saber, entre la aceptación de cargos y el acto de legalidad posterior, ante el juez encargado del juicio es procedente retractarse (Sentencia de mayo 30 de 2012, Radicado: 37668, CSJ). Así, pues, en materia de preacuerdos la jurisprudencia penal ha decantado conclusiones en torno a leyes que gobiernan los negocios jurídicos y, en esa medida, prohíba la idea de que las transacciones negociadas y su escisión a través del retracto se deben a la autonomía de cada parte. Sin embargo, esta postura fue revaluada en el año 2013 por el alto tribunal, al juzgar que el criterio expuesto en el radicado N.º 37668 de 2012, se prestaba para que las partes, en especial el procesado, burlaran la administración de justicia y, por ello, la prosperidad del retracto quedó condicionada a que se demostrara una de las hipótesis que prevé el respectivo parágrafo, a saber: que el acuerdo no obedeciera a un acto voluntario, libre y espontáneo –vicios en el consentimiento–; o que en desarrollo de la aceptación se vulneraran garantías fundamentales (Sentencia de febrero 13 2013, Radicado 39707, CSJ).

Así las cosas, la Corte abandona la concepción privativista en materia negociaciones y retractación y, en adelante, condiciona el retracto a la demostración de un vicio en el consentimiento o una violación de garantías fundamentales. Este viraje, empieza ya a demostrar la ambigüedad en el tratamiento del asunto, pues en tanto una de esas dos condiciones se materialicen (vicio o violación de garantías fundamentales), tal y como sucede en el derecho privado, en el caso de los vicios (excepto el error de derecho), el acuerdo deja de tener validez jurídica porque sobreviene la nulidad absoluta (C. C., art. 1741). Como más adelante podrá apreciarse de cara a la justificación del retracto en los casos de aceptación de culpabilidad unilateral o “allanamientos”, el alto Tribunal confunde la autonomía de la voluntad que reside en las partes el derecho para crear y deshacer el negocio jurídico, con los vicios que afectan esa voluntad y, por tanto, llevan a la nulidad de lo pactado. La ambigüedad es más palmaria con lo que se sigue, pues cuando se trata de preacuerdos el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria hizo énfasis en que la retractación del imputado o acusado sin exigencia alguna, es permitida previo a que el acta de preacuerdo

sea sometida a control judicial (Sentencia de febrero 13 de 2013, Radicado: 40053, CSJ; Sentencia STP223 de 2015, Radicado: 77358, CSJ).

Nótese, pues, como la retractación en los preacuerdos ha fluctuado entre dos tesis: una, un poder incondicionado que tienen las partes para ejercerlo y escindir el negocio penal sin cortapisa alguna (filosofía propia de los negocios jurídicos) y; otra, un poder que solamente puede ejercitarse en tanto se demuestre un vicio en el consentimiento o una violación de garantías fundamentales, cuestión última que resulta ser completamente errática, pues como ya se dijo, los vicios (error, fuerza, dolo) que afectan el consentimiento a la luz de las reglas civiles generan la nulidad del acuerdo y por lo tanto no pueden asimilarse a una retractación. Se trata de figuras diametralmente opuestas.

La aceptación unilateral de cargos o los mal llamados allanamientos.

Una primera cuestión que merece toda la claridad, es la atinente a la naturaleza jurídica de esa figura. En efecto, aunque el legislador y la jurisprudencia mucho aluden a ella para significar la aceptación unilateral por parte del imputado o acusado de los cargos que la Fiscalía General de la Nación le formula, lo cierto es que, en el plano de la reflexión académica, el allanamiento se asocia a la denominada *teoría de la disponibilidad* (Guerrero, 2011) que le permite a las partes en el procedimiento civil disponer “sobre el objeto del proceso” (Silvosa, 2008, p. 32); es decir, se trata de una figura más cercana al procedimiento civil que a los procedimientos penales.

En España, por ejemplo, se ha discutido si la *conformidad*, un instituto que es definido como “un acto de disposición sobre el contenido de la pretensión penal” (Molina, 2012, pp. 233-234), debe equipararse al allanamiento en el procedimiento civil, a una institución de carácter transaccional o si puede asemejarse a la confesión. Aguilera De Paz (citado por Vigil, 2012), en sus centenarios comentarios concebía la conformidad en el proceso penal como una forma de allanamiento, en la que el acusado renuncia a ejercer su derecho a la defensa, aceptando la pretensión de la acusación; de igual opinión otros catedráticos hispanos, quienes entienden que el sujeto pasivo pone fin al procedimiento mediante la aceptación de cumplimiento de la pretensión (Gimeno, 1999, p. 597).

Ahora bien, cuando la figura del allanamiento se traslada al procedimiento penal, la discusión mayor se centra en la *disponibilidad* de la acción. En efecto, mientras que en el procedimiento civil existe un principio dispositivo (Silvosa, 2008) que permite a la parte demandada declarar su conformidad con la pretensión del demandante y consecuentemente el juez queda vinculado a los hechos (Cortés, 1993; Mesa, 2004) sin opción de poder valorarlos o discutirlos; en el procedimiento penal, no hay tal disponibilidad, por lo menos, no de manera libre e incondicionada dado el derecho material que está en juego. Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que en el procedimiento civil el allanamiento involucra una conformidad con una pretensión (López, 2016, p. 595; Sentís, 1958, p. 266) que en la mayoría de los casos se reduce a un asunto económico; en el proceso penal, esa conformi-

dad implica la renuncia a sagrados derechos fundamentales, y por ello mismo, no podría considerarse “una disponibilidad plena, sino condicionada que implica diferencias de fondo con el proceso civil” (Guerrero, 2011, p. 500) que debe superar el filtro de constitucionalidad que hace el juez de garantías o de conocimiento según la etapa en la que la persona voluntariamente decida asumir la responsabilidad penal por los cargos imputados.

En el ámbito nacional, Bazzani (2006) también se ha cuestionado la proximidad de ambos institutos, no obstante, a pesar de las claridades que puedan aportarse desde la doctrina, la jurisprudencia y en general los jueces de la República utilizan de manera impropia el término allanamiento para hacer referencia a la aceptación unilateral, voluntaria e incondicionada a los cargos. Así que, para no recaer en imprecisiones, en este trabajo, y para efectos prácticos, se hará uso del término “allanamiento”, entendiendo que dicho concepto no es el apropiado en materia penal.

El “allanamiento” puro y simple radica en cabeza del imputado o acusado; es la decisión de aceptar unilateralmente los cargos formulados y a cambio de ello el Estado le ofrece una rebaja en la sanción punitiva acorde con el momento procesal en que haga la aceptación y las condiciones en que fue capturado (L. 906/2004, arts. 301 y 351; Sentencia de julio 11 de 2011, Radicado: 38285, CSJ). Ahora, conforme se indicó en sentencia C-303 del 2013 por la Corte Constitucional, el descuento que a cambio de la aceptación de cargos recibe el procesado, es equiparable realmente a un beneficio y no a un derecho, razón por la cual normas como la Ley 1098 de 2006 y 1121 de 2006, constituyen impedimentos para que al procesado se le reconozca descuento punitivo alguno y opta por aceptar los cargos que la hubieren formulado.

En la praxis judicial, los “allanamientos” son más viables en la primera salida procesal, es decir, en aquella oportunidad en la cual la Fiscalía General de la Nación cumple el deber que tiene de comunicar a la persona que cuenta con elementos materiales probatorios que permiten inferir razonablemente que es autora o partícipe de un hecho punible (Espitia, 2006). Se afirma que son comunes en esta instancia, por el monto de la rebaja que recibe el procesado, pues siempre que no se trate de un caso de flagrancia, el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 contempla un descuento de hasta la mitad de la pena a imponer. Es de precisar que, el momento procesal aludido, comprende la formalización de la investigación, más no quiere decir que sólo a partir de él se amparen las garantías fundamentales, pues “el punto inicial [es] aquel momento en el que una persona es sindicada, de cualquier forma, como partícipe en un hecho punible” (Maier, 2002, p. 195), esto significa que las garantías se activan desde la fase de indagación (Sentencia C-799 de 2005, CConst.; Mendieta, 2014).

En todo caso, es válido afirmar que en la audiencia de formulación de imputación, el imputado se encuentra ante una encrucijada: de un lado, si decide no aceptar cargos se verá amparado por un “sistema procesal de tendencia acusatoria propio de un régimen democrático” (Urbano, 2008, p. 16), es decir, amparado en el

reconocimiento y el respeto de las garantías procesales como límite a las actuaciones de poder y dentro de un marco que se consolida con un juicio oral, público, con inmediación, contradicción y concentración, en el que “el juez únicamente puede dictar la sentencia con base en las pruebas practicadas en el juicio” (Urbano, 2008, p. 13).

De acuerdo con el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 y la doctrina imperante (Espitia, 2006, p. 123; Ramírez, 2010, p. 266), corresponde a la fiscalía al momento de comunicar o formular los cargos no solo referir los hechos en que se funda la vinculación formal a la investigación de la persona, sino también su correcta adecuación jurídica; en este acto de “comunicación”, la ley autoriza al ente fiscal para que entere al imputado de la posibilidad que tiene de allanarse y de la rebaja que por ese acto se le reconoce, la cual varía según se trate de una captura en flagrancia o no. Si la persona imputada, previamente las amonestaciones y claridades que le hace la judicatura, entre ellas, renunciar a un juicio oral, público y contradictorio, decide aceptar los cargos se entiende “que lo actuado es suficiente como acusación” (L. 906/2004, art. 293); se trata, pues, de un acto en el que el allanamiento o alegación de culpabilidad –*plea guilty*– (Guerrero, 2011) es producto de la determinación unilateral del imputado de asumir los cargos que le han sido enrostrados por parte de la Fiscalía General de la Nación.

No obstante, un tratamiento distinto le dio al instituto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al abordar la aplicación favorable de la rebaja del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 prevista para los allanamientos en casos tramitados bajo la Ley 600 de 2000 en los que el investigado se acogía a sentencia anticipada, pues aseguró que existía una diferencia radical entre la aceptación de responsabilidad bajo la asidua ley mencionada y la Ley 906 de 2004, al referir que esta última se sustentaba en una negociación o convenio entre la fiscalía y el imputado o acusado, dentro de la cual se valoraba el monto de la rebaja de la pena (Sentencia de agosto 23 de 2005, Radicado 21954, CSJ). Esta posición, a pesar del salvamento de voto de algunos magistrados, finalmente fue reformulada por el Alto Tribunal, pues concluyó que la aceptación de responsabilidad unilateral –o allanamiento a cargos– tramitado bajo la Ley 906 de 2004, no está precedida de convenio o negociación entre la fiscalía y el imputado o acusado, sino que se trata –como su nombre lo indica– de un acto unilateral, voluntario y libre del último mencionado, por lo que la fijación de la pena precedida de la rebaja depende solo del juez de conocimiento dentro del marco de movilidad que le confiere el ordenamiento jurídico; en virtud de lo aludido terminó por señalar que sí era viable aplicar entonces el principio de favorabilidad entre las normas procesales enunciadas (Sentencia de abril 8 de 2008, Radicado 25306, CSJ).

Como se ve, pues, en sus inicios el alto tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria penal, dio un tratamiento a los “allanamientos” que no correspondía con la naturaleza de éstos; al concebirlos como una especie de acuerdo, generaba un problema mayor orientado por el cuestionamiento de si ese “acuerdo” podía ser revertido sin la anuencia de la fiscalía. Dicho de otra manera, la posición errática

de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, significaba que el “allanamiento” además de ser un acto de ambas partes y no exclusivo del imputado o acusado (entendimiento genuino), se asociaba a una negociación de la que difícilmente podía zafarse aquél. Así las cosas, la solución que se propone en torno al sentido del instrumento jurídico del allanamiento, parece estar acorde con lo previsto en el literal l del artículo 8° de la Ley 906 de 2004 que autoriza al imputado “Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada”; también, con los artículos 131, 283, 293, 351, 353, 356 numeral 5 de la Ley 906 de 2004.

Fases del proceso penal en las que procede el “allanamiento” a cargos.

El primer momento procesal con el que cuenta el indiciado para aceptar unilateralmente los cargos penales enrostrados por la Fiscalía General de la Nación, es la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de formularse acusación si aspira a obtener una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer, siempre que no se trate de una captura en flagrancia (L. 906/2004, arts. 301 y 351). En efecto, acorde con la Ley 906 de 2004, el epílogo de la comunicación de cargos (imputación) está marcado por la obligación que tiene la fiscalía de indicar la “posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351” (art. 288, N.º 3). A su turno, el artículo 293 *idem* señala que “si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”; esto quiere decir que, de presentarse el primero de los eventos, a partir de la aceptación de culpabilidad declarada ante el juez de control de garantías el imputado pasa a ser acusado y, por ende, queda a la espera de que el juez de conocimiento profiera en su contra la sentencia respectiva, previo traslado del artículo 447 *idem*.

La mala redacción del artículo fácilmente puede conducir a varias interpretaciones, a saber: una, que la aceptación de culpabilidad puede ser transada en la audiencia preliminar con la fiscalía (tesis defendida por la Corte Suprema de Justicia en un inicio, como ya se vio), esta apreciación se refuerza con la deficiente redacción del artículo 351 al disponer que “la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, *acuerdo* que se consignará en el escrito de acusación” (L. 906/2004); sin embargo, la delimitación conceptual que en torno a la figura se hizo en párrafos anteriores, permite superar esta primera impertinencia; y, otra, que el fiscal del caso no estaría obligado a presentar nuevamente acusación ante el juez de conocimiento, pues lo actuado en la diligencia de imputación *es suficiente como acusación*” por lo que correspondería a este funcionario correr el traslado del artículo 447, individualizar la pena y dictar sentencia. Desde luego, la última de las interpretaciones es inconstitucional en la medida en que pone en serios aprietos la estructura del sistema penal acusatorio, pues la acusación debe promoverse única y exclusivamente ante el juez de conocimiento aun en los supuestos de procedimientos abreviados (“allanamientos” y preacuerdos).

Ahora bien, en este interregno, esto es, entre la formulación de imputación y la audiencia de formulación de acusación, es conveniente preguntarse si resulta válido que el investigado a pesar de haber aceptado los cargos en la audiencia preliminar pueda retractarse. El punto a tratar, guarda estrecha relación con lo planteado en este artículo, pues sólo es posible hablar de la retractación a los cargos atribuidos si, previamente, existe aceptación de los mismos por parte del imputado. Aunque esto parezca obvio, este aspecto es trascendente, dado que la Sala de Casación Penal luego de considerar el problema planteado a inicio del párrafo, negó la posibilidad del retracto; sin embargo, la hipótesis que aquí se defiende, en contraposición a lo expuesto por el máximo Tribunal, es afirmativa, en contraposición al criterio de la jurisprudencia penal. Sobre estos se volverá más adelante.

Los siguientes momentos procesales con los que cuenta el procesado para aceptar unilateralmente los cargos son: la audiencia preparatoria (art. 365, N.º 5), evento en el cual la rebaja se reduce a una tercera parte de la pena a imponer. Y, la última oportunidad es en la alegación inicial del juicio oral (art. 367); en éstos últimos escenarios, no resulta oportuno plantarse el anterior cuestionamiento, dado que, al contrario de lo que sucede en la audiencia preliminar, los cargos han sido claramente definidos fáctica, jurídica y probatoriamente, de modo que el juez de conocimiento tiene a su disposición todos los elementos de prueba para aceptar el “allanamiento” a cargos. Es decir, no se trata de escenarios ligeros como sí acontece con la audiencia de formulación de imputación, en donde la fiscalía con marcada influencia del sistema adversarial estadounidense no está siquiera obligada a descubrir elementos de pruebas (Sánchez, 2016); en esta fase es probable que se cometan errores en la comunicación de cargos (distintos a los vicios en el consentimiento y la violación de garantías fundamentales), razones que sumadas a otras legitiman la retractación, esto es, la revocación expresa por parte del imputado del consentimiento de culpabilidad transmitido al juez de control de garantías. Ahora bien, es necesario hacer una precisión: si bien es cierto que se han indicado los momentos procesales en los cuales el procesado puede aceptar unilateralmente los cargos a cambio de un beneficio punitivo, nada obsta para que, iniciada la práctica probatoria, él acepte los cargos formulados en la acusación. Nada se opone a ello. Si bien es cierto no existe un momento procesal precisamente demarcado para tal fin, el mismo procesado puede, solo o a través de su defensor, plantearle al juez de conocimiento su intención de evitar un mayor avance del proceso. Por supuesto, ningún descuento, en un inicio, podría recibir, pero nada impide que, a cambio de evitar mayores avances el proceso, el acusado se allane a los cargos. Al respecto, recientemente la doctrina especializada (Saray, 2017*bis*, p. 309) reconoce, frente a la aceptación negociada, que “el procesado, asesorado por su abogado defensor, puede aceptar los cargos formulados en la acusación de manera consensuada con el fiscal en la fase procesal indicada anteriormente, caso en el cual el legislador no previó beneficio, lo que no obsta para que el negocio jurídico en estas condiciones surta sus efectos, si de tal situación se le ha enterado con suficiencia al procesado, el cual obtendrá una sentencia de condena sin rebaja de pena alguna”.

Entre la retractación y la nulidad en la aceptación de responsabilidad unilateral o “allanamientos” puros y simples: ¿Es posible o no el retracto efectivo en la Ley 906 de 2004?

El derecho o beneficio de retracto es una figura que se encuentra regulada en el artículo 1971 del Código Civil Colombiano, y, a través de ésta, se permite en el contrato de cesión de derechos litigiosos al cedente o a un tercero ajeno a dicho negocio jurídico (Sentencia de agosto seis de 2009, Radicado 17256, C.E.) retraer para sí el negocio cedido; así mismo, conforme a la Ley 1480 de 2011, el derecho de retracto se presenta “como una forma de terminación unilateral de los contratos, sin necesidad de justa causa, motivación o consideración por los intereses de los empresarios o agentes del mercado” (Pabón & Mora, 2014, p. 67).

Mírese, entonces, como el retracto es una decisión de carácter unilateral que toma la persona para reversar o terminar el contrato. En el procedimiento penal colombiano, más concretamente en los “allanamiento” simples (aceptación unilateral de cargos) y en los preacuerdos (aceptación negociada de los cargos), la ley reconoce a las partes por igual el derecho de retracto, de modo que, a través de él puedan desdecir lo que negociaron o el imputado o acusado retraerse del cargo que aceptó, no obstante, la interpretación que al respecto ha dado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido ambigua. Miremos. La primera en pronunciarse sobre este tópico fue la Corte Constitucional; el alto tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional dijo:

[U]na vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, *no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante. En este orden de ideas, la garantía constitucional del derecho de defensa del imputado no puede traducirse en que la terminación anticipada del proceso en virtud de la aceptación de responsabilidad por parte de aquel, con o sin acuerdo con la Fiscalía, quede condicionada a nuevas manifestaciones de voluntad del mismo*, de modo que la primera manifestación sería visiblemente precaria y a la postre el proceso no podría terminar anticipadamente, eliminando así la entidad y la utilidad de dicho mecanismo, que es esencial dentro del nuevo procedimiento, y contrariando también el principio de seguridad jurídica, de singular relevancia en un Estado de Derecho (Sentencia C-1195 de 2005, CConst.).

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional consideró ajustada a la Carta Política la expresión “sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes” contenida en el art. 293 de la Ley 906 de 2004. A pesar de ello, véase que la misma Corte admite el retracto en tanto éste aparezca justificado, es decir, al contemplar tal posibilidad, es claro que la aceptación unilateral del cargo no se cierra en el preciso instante en que ella es ratificada ante el juez de control de garantías, pues el imputado podrá entre este momento y la acusación desdecir de tal allanamiento, empero, siempre que lo justifique. Esto es, se trata de un retracto condicionado no por la constatación de vicios en el consentimiento

ni por violación de garantía fundamentales, pues en uno de tales eventos, lo que procede es la nulidad del allanamiento, bien de oficio ora a petición de parte.

Adicional a lo dicho, la Corte Constitucional funda la irrevocabilidad por fuera de los supuestos que sean debidamente justificados en la salvaguarda de los principios de seguridad jurídica y adecuada administración de la justicia, es decir, cuando el retracto se autoriza para ser ejercido en cualquier momento y sin justificación alguna se desdice la seriedad del procedimiento penal. Lo que no se tiene en cuenta por parte de la jurisprudencia es la ambigüedad con la que se ha tratado el retracto, pues en algunas oportunidades se asimila y asociado con el retracto civil y a un ejercicio libre de la voluntad y, en otras, se condiciona a la vigencia de principios que, si bien son importantes, no tienen el peso que sí conservan otros como la no autoincriminación y la presunción de inocencia.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin alejarse de lo atrás referido, indicó que la retractación pura y simple, luego de aprobado por el juez –de control de garantías o de conocimiento– el allanamiento o aceptación unilateral, no resulta posible, sin embargo, de acreditarse vicios en el consentimiento o, vulneración de garantías fundamentales, en cuyo caso es viable solicitar la ineficacia de acto de aceptación de responsabilidad, es decir, lo procedente es implorar la nulidad (Sentencia de febrero 13 de 2013, Radicado 40053, CSJ).

La conclusión a la que arriba la Sala en éste pronunciamiento es cierta, pues admite que la retractación no es posible si se descubre, inclusive oficiosamente por el juez de conocimiento y no sólo a petición de parte como se expresa en el pronunciamiento, que la aceptación unilateral de culpabilidad generada en la audiencia preliminar estuvo precedida de un vicio en el consentimiento o hubo una violación de garantías fundamentales; en éste supuesto, lo que procede es la nulidad del acto de allanamiento (Sentencia AP830 de febrero 26 de 2014, Radicado 34699, CSJ) y por simple lógica nadie puede retractarse de algo que no existe jurídicamente, es decir, que no lo vincula. Entonces, lo que se percibe del pronunciamiento, es que no existe tal posibilidad de retracto, pues las dos irregularidades que contempla el parágrafo del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, no son más que motivos generadores de la nulidad del allanamiento simple (también del preacuerdo).

No obstante, la misma Sala (Sentencias de mayo 10 de 2006, Radicado: 25248, CSJ; de febrero 21 de 2007, Radicado: 26587, CSJ; de julio 27 de 2011, Radicado: 35860, CSJ; de diciembre 7 de 2011, Radicado: 36367, CSJ; de marzo 23 de 2011, Radicado: 35771, CSJ; de noviembre 20 de 2013, Radicado 39834, CSJ; de febrero 13 de 2013, Radicado: 39707, CSJ) de forma errática ha prohijado ampliamente la tesis de que la retractación sólo es posible en cuanto se advierte un vicio en el consentimiento o la violación de garantías fundamentales, cuestiones ambas, que vistas desde la perspectiva del derecho civil (en especial la primera) y del derecho procesal penal, no son una retractación sino causales de nulidad (Saray, 2017; Sentencia de agosto 28 de 2013, Radicado: 40026, CSJ).

Así las cosas, el párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 es una proposición incoherente que condiciona la retractación a la demostración de un vicio en el consentimiento o a la violación de garantías fundamentales cuando, en estricto sentido jurídico, se sabe que ello genera la nulidad del acto unilateral o bilateral de aceptación de culpabilidad. Además, la retractación por definición es un acto unilateral, un derecho reconocido en la ley civil que en cualquier momento puede hacerlo valer la persona para deshacer el contrato. En la ley procesal penal, pareciera, no existe tal derecho, o si lo hay se le ha comprendido erróneamente por la jurisprudencia.

La retractación al “allanamiento” a cargos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Como habrá podido haberse notado a lo largo de este escrito en torno a la retractabilidad la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha fluctuado, en términos generales, no sólo en cuanto a la procedencia sino también en torno a los motivos que habilitan el ejercicio de este derecho. En este apartado, solo se discute sobre las distintas líneas jurisprudenciales trazadas por el alto tribunal en torno al retracto en los “allanamientos”.

Primera postura jurisprudencial: no hay lugar a la retractación.

En decisión del diez de mayo de 2006, con ponencia del magistrado Mauro Solarte Portilla, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló expresamente que la aceptación de culpabilidad unilateral o bilateral está cobijada por el principio de irrevocabilidad, con lo cual se prohíbe una discusión futura en torno a los términos en que se produjo el “allanamiento”:

[L]a limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado principio de irrevocabilidad, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos. Por los mismos motivos, es decir, cuando el proceso abreviado se adelanta con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para buscar su invalidación en las instancias o en casación, pero estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como ya se dejó consignado, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada (Sentencia de mayo 10 de 2006, Radicado: 25248, CSJ).

El mismo criterio fue reiterado por el alto tribunal en decisión 26645 del once de abril de 2007; dicha postura fue reproducida de forma literal en los siguientes proveídos de que dan cuenta estos radicados: 28161 del diez de octubre de 2007; 28433 del 24 de octubre de 2007; 29180 del 31 de marzo de 2008; 28772 del 30 de enero de 2008. En este último proveído, se sostuvo que el sometimiento del procesado a

través de los mecanismos propios de la justicia premial, entre ellos el “allanamiento” a cargos, tiene como consecuencia invariable la irrevocabilidad (Sentencia de enero 30 de 2008, Radicado: 28772, CSJ).

En épocas más recientes, la Sala de Casación ha mantenido el criterio de la irrevocabilidad en los allanamientos en los siguientes pronunciamientos: radicados 35860 del 27 de julio de 2011; 36367 del 7 de diciembre de 2011; 39707 del 13 de febrero de 2013; en ésta última providencia sostuvo que el principio se deriva de la lealtad procesal contemplada en el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, pues no resulta posible que un compromiso de tal envergadura –aceptación de responsabilidad– sea desconocido mediante un acto puro y simple (Sentencia de febrero 13 de 2013 Radicado: 39707, CSJ).

Con base en la decisión que se acaba de citar, el alto tribunal forjó su postura en igual sentido en los pronunciamientos contenidos dentro de los radicados 40026 del 28 de agosto de 2013; 39566 del 28 de agosto de 2013; 41419 del 28 de agosto de 2013; 41295 del 28 de agosto de 2013; 45333 del 25 de febrero de 2015. En todo caso, debe decirse que con la historiografía jurisprudencial que se ha hecho queda constatada una línea respecto a la irrevocabilidad de los allanamientos, salvo que se advierta la presencia de uno de los eventos previstos en el artículo 293 del CPP. Los fundamentos que en torno a la prohibición de retractación ha señalado la jurisprudencia son muy variados, pues en unas decisiones (las primeras) la justificación estuvo dada por la larga tradición de la irrevocabilidad en el proceso penal abreviado (sentencia anticipada, acuerdos, allanamientos, preacuerdos y negociaciones); en otras, ha acudido a criterios principialísticos, verbigracia, la lealtad procesal, la seguridad jurídica (Sentencia C-1195 de 2005, CConst.; Sentencia de noviembre 20 de 2013, Radicado: 39834, CSJ).

Segunda postura jurisprudencial: sí hay lugar a la retractación.

Una segunda línea de pensamiento ha sido la trazada en la sentencia del 21 de marzo de 2012; en ésta se dijo:

Cuando se acude a la definición natural del término y a la forma como es tratado en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, necesariamente se debe concluir, por esencia, *que el retracto informa de la posibilidad o facultad, derivada de la simple voluntad, de desdecirse de una actuación o manifestación* (Sentencia de marzo 21 de 2012, Radicado: 38500, CSJ).

Por supuesto, si bien es cierto que en el pronunciamiento citado la Sala de Casación Penal hacía referencia a los preacuerdos no cabe duda de que al indicar el sentido prístino del artículo 293 del CPP, éste, ha de entenderse, también es predicable de los allanamientos puros y simples –o aceptación de responsabilidad unilateral– puesto que el artículo en términos generales regula el procedimiento a seguir “en caso de aceptación de la imputación”, la cual se sabe bien puede generarse por iniciativa propia del imputado (aceptación unilateral) o por acuerdo o negociación con la fiscalía.

Ahora bien, la posibilidad de dejar sin efectos –por vía de la retractación– el “allanamiento” quedó autorizada por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 30 de mayo de 2012:

[c]uando el acto de aceptación a los cargos se produce en la audiencia preliminar de formulación de imputación ante el juez de control de garantías, un interregno procesal comprendido entre este acto y el posterior por medio del cual el juez de conocimiento le imparte aprobación a la manifestación durante el cual, según el claro entendimiento del inciso segundo del artículo 293 del estatuto procesal es viable la retractación en su expresión pura y simple, esto es, sin que sea preciso invocar justificación alguna (Sentencia de mayo 30 de 2012, Radicado: 37668, CSJ).

La postura mayoritaria, como habrá podido notarse, se inclina por la primera de las tesis, a saber, que no es válida la retractación en los “allanamientos”; sin embargo, los dos pronunciamientos citados tienen bases teóricas interesantes en torno al principio de autonomía que gobierna los actos de aceptación unilateral de la culpabilidad. A pesar de tan abrumadora línea, también se ha admitido la retractación cuando el peticionario para convencer al juez de conocimiento demuestre fáctica y probatoriamente el motivo del retracto (Saray, 2017*bis*).

¿Debe admitirse la retractación?

La tesis aquí defendida parte del supuesto según el cual en el interregno existente entre la formulación de imputación y la audiencia de formulación de acusación debe permitírsele al imputado retractarse acorde con las razones que a continuación pasan a esbozarse.

No existe conocimiento pleno y certeza sobre los elementos de prueba que soportan los cargos y la participación penal aceptada.

Cuando el inculcado decide aceptar su responsabilidad en procura de obtener un descuento punitivo, actúa así porque ha sopesado directamente su grado de compromiso frente al delito endilgado y la conveniencia de asumir la responsabilidad del mismo. Sin embargo, la valoración del imputado para decidir si acepta o no los cargos comunicados en ese estadio procesal, se despliega sin que necesariamente conozca los elementos materiales probatorios con base en los cuales el órgano de persecución penal sustenta la imputación, es más el fiscal ha desplegado una mínima actividad de investigación, sin embargo ello “sujeta al juez/la jueza de conocimiento a la imposición de una pena, sin pasar por el debate probatorio” (Guerrero, 2017); por ello esa es una razón suficiente para que la doctrina lance innumerables críticas a dicha postura.

A título de ejemplo, el profesor Del Río (2008) estima que en temas como las negociaciones –lo cual también puede aplicarse a la aceptación unilateral de responsabilidad–, se ejerce una desproporcionada coacción sobre el procesado, al menos psicológica, con lo cual se pisotea el principio de presunción de inocencia; por ejemplo, a través de mecanismos como la amenaza de inflar los cargos para lograr la autoincriminación. Además, la relación entre el procesado y quien atri-

buye la responsabilidad es claramente desigual en tanto que este último tiene en sus manos su libertad (Galain, 2005), pues cuenta con la posibilidad de solicitar su restricción.

Es decir, en la primera salida procesal existe un veto probatorio que impide al imputado tener certeza sobre el hecho punible atribuido y la participación en éste; este obstáculo se encuentra autorizado por la ley procesal penal en tanto el artículo 287 habilita a la fiscalía para que no descubra en la comunicación de los cargos elementos materiales probatorios. Es decir, a juicio del legislador resulta válido que la persona se declare responsable penalmente sin auscultar el material probatorio que respalda lo que se le endilga y, aunque en los manuales de la Fiscalía General de la Nación se recomienda a los fiscales actuar con prudencia en este estadio procesal –pues la comunicación de los cargos “exige una carga probatoria suficiente que permita inferir razonablemente que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga” (Vanegas, 2007, p. 53)–, en la práctica judicial se evidencian falencias referidas a la imputación de los cargos y a los elementos materiales probatorias que sirven de soporte.

Ahora bien, si se sigue la literalidad del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, en el que claramente se establece que “Si el imputado, por iniciativa propia [...] *acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación*”, debe decirse que en el trámite abreviado del allanamiento el imputado debe tener conocimiento de todos los elementos materiales probatorios y la fiscalía está obligada a descubrirlos con el objeto de evitar fallas en la aceptación de culpabilidad; de lo contrario, un allanamiento proferido con semejantes vetos, legítima al imputado para retractarse de la totalidad de los cargos o parcialmente cuando advierta en la acusación abreviada que los delitos aceptados no tienen fundamento probatorio. Recuérdese que ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, señalar que el derecho al debido proceso y de defensa, están estrechamente comprometidos con el descubrimiento probatorio que pretende garantizar la transparencia del juicio penal o “*fair trial*”, por eso pensar que en los “allanamientos” puros y simples o aceptación de responsabilidad unilateral (también los preacuerdos) tales garantías se relativizan, resulta contrario a la Constitución Política. Respecto a lo considerado la jurisprudencia ha dicho que “en ese contexto, el descubrimiento probatorio está vinculado indisolublemente al debido proceso y al derecho a la defensa, en razón a la trascendental incidencia de dicho instituto en el desarrollo de la actividad de cada una de las partes” (Sentencia AP2564 de mayo 20 de 2015, Radicado: 45667, CSJ).

En igual sentido, se ha afirmado que:

De igual manera, el último inciso del artículo 250 de la Constitución Política modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002 que introdujo el sistema acusatorio, es claro al señalar que “En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados *deberán suministrar*, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”; la regla transcrita, clarifica aún

más lo que aquí se ha querido significar. En efecto, si el allanamiento hace las veces de acusación y una vez éste se profiere, la fiscalía al presentar ante el juez de conocimiento el escrito contentivo de los cargos aceptados, debe dar alcance al imputado y a su defensor de los elementos materiales probatorios con los que sostuvo la imputación (claro, en caso de que no haya hecho el descubrimiento total en la audiencia preliminar); una deficiencia en tal proceder, por ejemplo, justifica la retractación en éste interregno o, en el supuesto contrario, esto es que en la audiencia ante el juez de conocimiento permita el acceso previo de todo el arsenal probatorio y el imputado junto con el defensor advierta que no son meritorios para respaldar los cargos imputados o que hubo un error en éstos, también resulta legítimo permitirse el retracto.

Con mayor razón si la jurisprudencia constitucional ha dicho:

[A]unque en esta audiencia [formulación de imputación] el presunto infractor de la ley penal no puede controvertir ni modificar los términos de la imputación, *tiene la posibilidad de hacerlo durante todo el procedimiento penal* [inclúyase aquí los trámites abreviados como el allanamiento]; *es decir, la defensa material no se ejerce en dicha audiencia, sino justamente a partir de ella* (Sentencia C-303 de 2013, CConst.).

Lo anterior, es decir la ligereza con que se hace la formulación de imputación y el propósito efectista que se persigue por parte de la fiscalía con los mecanismos de terminación abreviada del proceso, a juicio de Del Moral, tienen implícito:

[T]odo sistema de convenios en el proceso penal arrastra el riesgo cierto de crear una red en la que queden atrapados algunos inocentes cuya culpabilidad no hubiera podido acreditarse en un juicio normal: el peligro de auténticos chantajes legales o concesiones por temor a un mal sólo probable, pero mayor que el cierto que se ofrece a cambio, es algo sobre lo que se debiera reflexionar más (2008, p. 7).

En la práctica, el procesado no siempre asume la responsabilidad en razón a que sopesó su compromiso delictual dada la comunicación de cargos que se le realiza; en algunas ocasiones, su manifestación no es más que la exteriorización de una coacción impropia devenida del temor que implica enfrentarse a una sanción drástica, pues ello no es otra cosa que “una amable invitación para aceptar la responsabilidad penal lo más pronto posible y lograr la rebaja punitiva que ofrece el ordenamiento” (Molina, 2012, p. 357) por lo cual resulta válido dudar de la libertad y espontaneidad de la decisión del procesado. En un sentido similar Guerrero apunta:

[L]o que sí ha demostrado la práctica es que el fiscal puede ir a la audiencia de imputación con unos cargos que trascienden lo acaecido en la realidad y que *per se* tienen entidad para incidir en la voluntad del investigado por la gravedad de los hechos que endilga la Fiscalía (2011, p. 504).

Una situación como la descrita debería ser tenida en cuenta a la hora de cerrársele la puerta a la retractación en el interregno de la formulación de imputación y la acusación, pues en la praxis judicial se evidencia que los fiscales inflan los cargos y someten al imputado a una presión indirecta o directa cuando le piden que acepte los cargos a cambio de no solicitarle medida de aseguramiento, por ejemplo.

En el derecho norteamericano este tipo de supuestos ha pretendido controlarse mediante el *factual basis of the plea* (Guerrero, 2011, p. 504), esto es, que a pesar de la aceptación unilateral (o acordada) de la responsabilidad penal compete al juez verificar el supuesto factual que condujo al allanamiento o, en palabras de Guerrero, “si el juez alberga dudas sobre la culpabilidad de la persona que se somete al procedimiento de delegación entonces debe llegar a la convicción de que aquel es responsable sobre la base fáctica del hecho alegado” (2011, p. 505). De esta manera, la solución que se propone implica que el juez no queda completamente obligado a dictar la sentencia como contrariamente lo sugiere Damián (2001) con respecto al allanamiento en los procesos civiles (en la práctica judicial algunos jueces lo conciben así). El *factual basis of the plea*, permite que el juez de conocimiento no pase por alto las deficiencias que pueda presentar la imputación y sobre la cual el investigado aceptó los cargos y relegó al Estado de probar en un juicio público la culpabilidad que le atribuye.

La retractación no está sometida a condición alguna.

En su prístino sentido retractarse no es más que desconocer los términos de lo aceptado o convenido de forma unilateral frente a acto cualquiera, en este caso la aceptación de la responsabilidad penal. En el Código de Procedimiento Penal, más exactamente en el artículo 293, no existe condicionante alguna que limite el ejercicio del derecho de retracto, aunque otra haya sido la interpretación de la jurisprudencia penal al tratar la figura en los albores de la Ley 906 de 2004. Dicho de otra manera, lo que la norma establece no son más que causales que dan origen a la nulidad del “allanamiento” a cargos o aceptación unilateral de la responsabilidad (también del acuerdo) cuando uno de estos dos eventos se advierta: vicios en el conocimiento los cuales, exceptuado el error de derecho (Sentencia C-993 de 2006, CConst.), generan la nulidad y; la violación de garantías constitucionales (falta de defensa técnica, por ejemplo).

De manera que si la acción de retracto no está condicionada por la ley, ¿por qué, entonces, no permitirse en el interregno de la formulación de imputación y la acusación abreviada en los términos de la sentencia 37668 del 30 de mayo de 2012? La retractación de la admisión de culpabilidad, puede decirse emerge como un punto medio de protección de garantías procesales dentro de la balanza de contrapesos; no obstante, pocas líneas desde la doctrina foránea e interna se han dedicado a reflexionar sobre el tema.

Ahora bien, el argumento que la jurisprudencia penal ofrece para negar tal posibilidad no comporta otra cosa que privilegiar principios de poco peso (seguridad jurídica, eficiencia de la administración de justicia, etc.), frente a otros de un peso superior (no autoincriminación, presunción de inocencia, etc.); el retracto, si se acepta la tesis que aboga por la ausencia de norma que lo prohíba en el proceso penal, en últimas, asegura las garantías fundamentales que debe tener todo procedimiento que se repute democrático. Insistir en la irretractabilidad sin que exista base jurídica para ello implica una relativización de estas garantías, pues como se

ha dicho a lo largo de este trabajo el parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 reúne condiciones que conducen a la ineficacia del allanamiento o a la nulidad de éste, y no pueden interpretarse como condicionantes para que el imputado reverse la aceptación de los cargos en la audiencia donde se formaliza la acusación “abreviada”.

El juez de garantías no es quien debe decidir la responsabilidad penal en el trámite abreviado.

Justamente, la redacción del precepto normativo dejó abierta la puerta para que el imputado pueda retractarse de la aceptación de responsabilidad si tal cosa ocurre en la audiencia de formulación de imputación y antes de ser validada por el juez de conocimiento, pues en ese específico evento la manifestación se produce con anterioridad al momento en el cual el juez de conocimiento haya verificado si la misma fue libre, voluntaria y espontánea, con lo que producida con anterioridad la retractación no entraría dentro de la prohibición expresa que contempla la norma.

Por ello, vale recordar que si el inculcado decide aceptar cargos en la audiencia de formulación de imputación la manifestación en tal sentido la realiza ante el juez de control de garantías, distinto al juez de conocimiento que deberá proferir sentencia ante la aceptación de responsabilidad. El primero de los jueces no ausculta los hechos y los elementos de pruebas, tampoco puede exigir su conocimiento o descubrimiento en tanto la fiscalía por mandato legal no está obligada a develarlos en la audiencia preliminar (L. 906/2004, art. 288). Esto es trascendente considerarlo, pues en tales condiciones no podría justificarse que el filtro que hace el juez de garantías, quien no puede intervenir la tipificación y a lo sumo recomienda su corrección, resulta suficiente para asumir que la aceptación de culpabilidad debe mantenerse salvo que se presente uno de los supuestos del parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004. Siguiendo esta hermenéutica, y ante los riesgos que se corren de una comunicación de cargos “imperfecta”, la retractación busca que un yerro de esa magnitud se corrija ante el juez de conocimiento quien –en últimas– es el verdadero auscultador de los medios de prueba y de los cargos imputados y aceptados.

Entonces, debido a la responsabilidad encomendada es permitido pensar que el legislador le confió al juez de conocimiento la tarea adicional de verificar la validez del trámite en el que se generó el allanamiento a cargos o aceptación unilateral de la responsabilidad, pues aunque haya podido generarse sin que se hubiese descubierto elemento material probatorio alguno de encontrar acreditados los presupuestos mínimos del acto, no habría lugar a la retractación y deberá dictar el fallo condenatorio correspondiente; no obstante, en el interregno anterior, es decir en el momento previo a la verificación, resulta viable la retractación como expresión del inculcado, sobre todo si llega a advertirse que los elementos de pruebas no soportan la culpabilidad aceptada, ora, por qué no pensar también que *a posteriori* surge un elemento material probatorio que desdice el cargo o algunas de sus circunstancias agravantes o la inferencia razonable de autoría y participación.

La sentencia C-1195 de 2005 no cerró del todo la posibilidad de la retractación.

En efecto, dicho proveído al referirse a la constitucionalidad del artículo 293 juzgó poco “razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, *sin justificación válida*” (Sentencia C-1195 de 2005, CConst.); obviamente, ésta justificación no tiene nada que ver con la demostración de vicios en el consentimiento o la violación de garantías dado que son causales de nulidad de la aceptación de culpabilidad sino, más bien, está orientada a permitir que el retracto se genere no por capricho del imputado –pues una tal interpretación restaría seriedad al instituto del “allanamiento” a cargos– sino cuando sobrevenga una razón como las anotadas en precedencia. Acaso: ¿la ausencia de elementos de pruebas que soporten los cargos imputados y aceptados, no justifican la retractación? ¿La ubicación de nuevos elementos materiales probatorios por parte del imputado o su defensa que desdiga los cargos y sus circunstancias agravantes en su totalidad o parcialmente, no justifican la retractación?

Conclusiones

Abarcados en su totalidad los temas que se propusieron aspira este trabajo a abrir el debate necesario sobre la posibilidad del inculcado de retractarse de la manifestación a través de la cual aceptó la responsabilidad penal dentro de la audiencia de formulación de imputación, previa a la verificación del allanamiento por el juez de conocimiento, en el marco del proceso penal colombiano, a cuyo efecto se considera prudente realizar las siguientes reflexiones:

De entrada, es importante recordar que la aceptación de responsabilidad penal permite culminar de manera anticipada el proceso sin necesidad de agotar las etapas ordinarias que cierran con un juicio en el que se practica la prueba, se debate la ocurrencia del hecho tildado de delictivo y la responsabilidad penal del acusado. Se trata, ni más ni menos, de la posibilidad de acudir al derecho penal abreviado con una manifestación de la justicia premial.

Precisamente, en el sistema vigente para condenar a una persona dentro del trámite ordinario penal el juez requiere de un conocimiento más allá de toda duda acerca de la materialidad del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en pruebas debatidas en el interior del juicio. Pero si se culmina de forma anticipada el proceso, vía aceptación de responsabilidad, el estándar probatorio para condenar disminuye puesto que al no existir juicio no hay posibilidad de controvertir las pruebas que en desarrollo del mismo se habrían podido practicar, lo cual supone que la sentencia condenatoria termina soportándose en el allanamiento a cargos y los elementos materiales probatorios recolectados por el órgano de persecución penal en una etapa primaria del proceso, sin que los mismos hubiesen sido objeto de debate y controversia.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, el espíritu del legislador nacional, al aumentar las penas para todos los delitos, surge como “una amable invitación para aceptar la responsabilidad penal lo más pronto posible y lograr la re-

baja punitiva que ofrece el ordenamiento” (Molina, 2012, p. 357); de allí que resulta válido dudar de la libertad de decisión del procesado, con mayor preocupación si sucede en la primera oportunidad procesal, a saber, la audiencia de formulación de imputación, pues en ella se genera el mayor descuento punitivo, lo que puede mover la decisión del imputado pese al prominente desconocimiento de los medios probatorios y de las posibilidades de enfrentarlos en un juicio.

La situación descrita debería dar lugar a una preponderante estructura de protección de los derechos del procesado de cara a la aceptación de responsabilidad dentro de la audiencia de imputación; sin embargo, sucede lo inverso, puesto que el juez ante quien se realiza, es decir, el de control de garantías, no dicta la sentencia condenatoria derivada del allanamiento a cargos y es posible que no conozca siquiera los elementos materiales probatorios en que se funda la atribución jurídica que realiza la fiscalía, autoridad que tampoco está obligada a exhibirlos ante la defensa ni el procesado, por lo que la aceptación de cargos podría decirse que se realiza “a ciegas”.

Distinto a lo que sucede en etapas posteriores del proceso, en las que está prevista la posibilidad de aceptar responsabilidad –audiencia preparatoria e inicio del juicio oral–, pues en estas la voluntad del procesado se expresa ante el juez de conocimiento, lo cual implica que ya se materializó el descubrimiento de los elementos materiales probatorios con los que cuenta el órgano de persecución penal ante la defensa técnica; tal oportunidad implica una mejor asesoría para el inculcado, quien podrá decidir si es de su interés aceptar la responsabilidad o ejercer a plenitud su defensa en la audiencia de juicio oral. Adviértase que la segunda oportunidad regulada para que el procesado acepte los cargos, es posterior al momento en el cual se ha surtido el descubrimiento de la evidencia de cargo, oportunidad en la cual se han analizado las posibilidades de éxito de la teoría del caso del ente acusador.

A lo anterior se suma el hecho de que, como es el juez de conocimiento el encargado de dictar sentencia de carácter condenatorio, fruto del allanamiento a cargos, para lo cual se debe exigir un alto grado de certeza sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado, resulta de mayor garantía que ante él –al amparo de los principios de inmediación y concentración– el procesado manifieste si desea aceptar responsabilidad penal a fin de que el funcionario realice la valoración correspondiente.

Así las cosas, acorde con lo expuesto puede afirmarse que los escenarios procesales en los que se otorga la posibilidad de aceptar responsabilidad, distintos a la formulación de imputación, salvaguardan en mejor medida el derecho constitucional al debido proceso; en tanto que, en esta última, como suele pasar, basta con que la fiscalía, en el mejor de los casos, realice una exposición clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible, para que el procesado acepte responsabilidad.

Suficiente es lo expuesto para concluir que si la aceptación de responsabilidad no fue voluntaria ni espontánea sino fruto de una coacción impropia derivada de una asesoría técnica limitada, del desconocimiento de los elementos de juicio que soportan la comunicación de cargos, y animada por el temor que implica enfrentarse a una sanción más drástica ante la incertidumbre de lo que pueda suceder en juicio, así como lo diría el maestro Roxin (2004), se trataría de una “autoincriminación involuntaria forzada estatalmente”.

Como solución a la problemática, para análisis del lector se presentan dos posibles soluciones: la primera, devenida del análisis del presente artículo; la segunda, como una propuesta de *lege ferenda*, una eventual reforma al Código de Procedimiento Penal. Entonces, vale destacar que, entre las conclusiones del estudio realizado en este trabajo de investigación, se encuentra la que se puede enunciar así: es posible afirmar que una lectura correcta del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal Colombiano (modificado L. 1453/2011, art. 69) conlleva intrínseca la posibilidad de retractación del procesado de la aceptación de cargos dentro del interregno específico que transcurre entre la formulación de imputación y el allanamiento a cargos, sin necesidad de sujetarla a justificación alguna, por las siguientes razones:

La hermenéutica del inciso primero del precepto legal en mención, en lo concerniente a la siguiente frase: “examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes”, resultó invariable, pues la modificación atrás señalada no lo afectó.

Por tanto, es válido pensar que –de antaño– el legislador previó que en el interregno entre la audiencia de imputación –dentro de la cual se puede generar la aceptación de responsabilidad– y la de verificación posterior ante el juez de conocimiento, hay un intervalo específico dentro del cual puede darse válidamente la retractación sin justificación o sustentación de ninguna índole, como de forma correcta lo analizó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el radicado N.º 37668 del 30 de mayo de 2012. En esa oportunidad, se entendió la facultad de retractarse como un acto voluntario y libre, de arrepentimiento del procesado, derivado del ejercicio de sus derechos a la no autoincriminación, a la controversia de la prueba y al juicio oral.

La posibilidad emerge como una hipótesis distinta a la de retractación de que trata el parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 (introducido por el artículo 69 de la L. 1453/2011), en tanto que la exigencia de acreditar un vicio del consentimiento o vulneración de garantías fundamentales para lograr la retractación no obedece al sentido lógico del vocablo retractación, dado que se somete a condiciones de procedencia que en realidad son presupuestos de validez del acto los cuales, en todo caso, pueden ser objeto de discusión en cualquier etapa del proceso, incluso más técnicamente por vía de nulidad. Además, su análisis corresponde a la valoración del juez encargado de dictar la sentencia, con lo cual se separa de la

voluntad del procesado, desconociendo sus derechos a la no autoincriminación, a la controversia de la prueba y al juicio.

La segunda propuesta que emerge de este trabajo, en el entendido de que la interpretación del precepto legal conforme lo decantó la jurisprudencia en las decisiones que ampliamente se refirieron, que es ahora contraria a la tesis esbozada, es la de una reforma legal para que la posibilidad de aceptar cargos se traslade de la audiencia de formulación de imputación a la audiencia de acusación, momento en el cual existe descubrimiento probatorio por parte de la fiscalía y el procesado realizaría la manifestación ante el juez encargado de dictar la sentencia, quien, luego de valorarla junto al material probatorio en que se sustenta la pretensión punitiva de la fiscalía, podría incluso fallar en la misma diligencia, lo cual no daría lugar a la retractación. Y en caso de acreditarse, eventualmente, vicios en el consentimiento o vulneración de garantías fundamentales, el ataque sobrevendría por la vía de la nulidad en los términos expuestos, al amparo de recursos ordinarios o mediante recursos extraordinarios como casación y revisión.

Referencias

- Bazzani, D. (2006). *Principio de oportunidad, negociaciones y aceptación de la responsabilidad en el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla & Universidad Nacional de Colombia.
- Bernal, G. L. (2005). Las reformas procesales en Colombia. *Revista Iusta*, 22, 45-66.
- Bernal, J. & Montealegre, L. E. (2013). *El proceso penal* (6a. ed.), 2 t. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castaño, R. (2013). El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional. *Revista Nuevo Foro Penal*, 9 (80), 165-185. Recuperado de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/2257/2187>
- Cortés, V. (1993). *Derecho procesal Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Damián, J. (2001). *En la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Tecnos.
- Decreto 2700 (1991, noviembre 30). Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal. Presidencia de la República [Colombia]. *Diario Oficial N.º 40.190 de 30 de noviembre de 1991*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Del Moral, A. (2008). La conformidad en el proceso penal (reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español). *Revista Auctoritas Prudentium*, N.º 1, 1-22. Recuperado de <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>

- Del Río, C. (2008). El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: Aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho*, 35 (1), 157-182.
- Díaz, A. M. (2014). El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. *Cuadernos de Derecho Penal*, 11, 35-87. Recuperado de http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/309/259
- De Diego, L. A. (1999). *Justicia Criminal Consensuada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Espitia, F. (2006). *Instituciones del Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Legis.
- Fierro, H. (2012). *La imputación y la acusación en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Galain, P. (2005). La negociación en el proceso penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Universidad Católica/ Konrad Adenauer Stiftung, 7, 159-201.
- García de Paz, I. S. (2005). El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-33. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>.
- Gimeno, V., Moreno, V. & Cortés, V. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex.
- Gómez, J. L. (2008). *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales y Universitat Jaume I.
- González, J. (2012) ¿Qué pasa con la pena hoy en día? *Diálogos de Derecho y Política. Revista electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 8 (3), 1-13. Recuperado de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/12318>
- Guerrero, O. J. (2011). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. (2ª. ed.). Bogotá: Nueva Jurídica.
- Guerrero, O. J. (2017). *Control de Garantías. Módulo de formación dirigida*. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".
- Hinestrosa, F. (1986). *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Langbein, J. H. (1996). Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados. En Bovino, B & Courtis, C. (Trad.) *Revista Nueva Doctrina Penal*, 45-54. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/09/doctrina30912.pdf>

- Ley 57 (1887, abril 15). Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial N.º 7019 de abril 20 de 1887*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 2ª (1984, diciembre 16). Por la cual se establece la competencia de la Policía. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial N.º 23095 de 17 de enero de 1984*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 600 (2000, julio 24). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial N.º 44.097 de 24 de julio del 2000*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, agosto 31). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial N.º 45658 de 31 de agosto de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- López, H. F. (2016). *Código General del Proceso Parte General*. Bogotá: Dupre Editores.
- Maier, J, B. J. & Bovino, A. (2001). *El Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- Maier, J, B, J. (2002). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Manco, Y. (2012). La verdad y la justicia premial en el Proceso Penal Colombiano. *Revista estudios de Derecho*, 69 (153), 189-214. Recuperado de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/14146>
- Mendieta, C. (2014). Derecho del indiciado a conocer los hechos y elementos materiales probatorios por los cuales se le investiga antes de audiencia de formulación de acusación. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/blogs/algomez/category/departamento-de-derecho-procesal/>
- Mesa, M. C. (2004) *Derecho Procesal Civil Parte General* (1a. ed). Bogotá, Biblioteca Jurídica.
- Molina, R. (2012). *La Conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes-Ibáñez.
- Molina, R. (2015). Perspectivas y retos del proceso penal. En Duque Pedroza, A. F. (comp.), *Justicia retributiva, justicia premial, justicia restaurativa y justicia transicional: ¿Diferentes verdades en el proceso penal?* (pp. 138-143). Medellín: Pontificia Bolivariana.
- Montañez, J. C. (2014). Justicia negociada y estado penitenciario. En Moreno Rivera, L. G. (coord.), *Temas actuales de derecho penal y procesal penal* (pp. 235-245). Bogotá: Nueva Jurídica.
- Moreno, V. & Cortés, V. (2008). *Derecho Procesal Penal* (3a. ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Muñoz, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis.
- Ostos, J. M. (2015). Perspectivas y retos del proceso penal. En Duque Pedroza, A. F. (comp.), *La verdad en el proceso penal* (pp. 120-137). Medellín: Pontificia Bolivariana.
- Pabón, C. & Mora, A. (2014). Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto. *Revista de Derecho y Economía*, 4, 67-86. Disponible en revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/download/3853/4108
- Posada, R. (2015). Perspectivas y retos del proceso penal. En Duque Pedroza, A. F. (comp.), *Hacia un nuevo modelo procesal acusatorio para los inimputables y quienes padezcan un grave estado de salud mental* (pp. 57-81). Medellín: Pontificia Bolivariana
- Ramírez, Y. (2010). *Sistema Acusatorio Colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Reyes, L. (2010) *Allanamiento a cargos y preacuerdos en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Legis.
- Roxin, C. (2004). *Pasado, presente y futuro del derecho Procesal Penal*. Bogotá: Instituto de estudios del Ministerio Público.
- Sánchez, A, F. (2016). *Acuerdos y allanamientos. Descubrimiento Probatorio anticipado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarabia, J. C. (2013). El allanamiento: manifestación voluntaria y unilateral de los cargos. *Revistas CES DERECHO*, 4 (1), 2-13. Recuperado de <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/2652>
- Saray, N. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio*. (2ª ed.) Bogotá: Leyer.
- Saray, N. (2017bis) *Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía, el Imputado o Acusado*. Bogotá: Leyer Editores.
- Sentís, S. (1958). *Teoría y práctica del proceso. Ensayos de Derecho Procesal*. Buenos Aires: S.I.
- Silvosa, J. M. (2008). El allanamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *En Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 22, 29-65. Recuperado de https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num22/allanamiento.pdf
- Schünemann, B. (2002). ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio* (pp. 288-302). Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (2007). Sistema Penal Acusatorio. Aspectos problemáticos. *Revista Iusta*, 111-125. Recuperado de revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/download/3036/2903

- Sentencia (2013, febrero 21). Sentencia de segunda instancia [Radicado: 666823104001-2011-00071-01; Aprobado: Acta N.º 77]. Magistrado Ponente: César Augusto López Londoño. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, agosto 6). Recurso ordinario de súplica en reparación directa [Radicado N.º 47001-23-31-000-1996-04835-00(17526)] Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera [Colombia].
- Sentencia C-039 (1996, febrero 5). Acción de Tutela. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-799 (2005, agosto 2). Acción de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1195 (2005, noviembre 22). Acción de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-993 (2006, noviembre 29). Acción de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-303 (2013, mayo 22). Acción de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2005, agosto 23). Recurso de casación. [Radicado N.º 21954]. Magistrado ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, mayo 10). Recurso de casación. [Radicado N.º 25248]. Magistrado ponente: Mauro Solarte Portilla. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2006, septiembre 7). Recurso de casación. [Radicado N.º 25765]. Magistrado ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, febrero 21). Recurso de casación. [Radicado N.º 25920]. Magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, febrero 21). Recurso de casación. [Radicado N.º 26587]. Magistrado ponente: Marina Pulido Barón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, abril 11). Recurso de casación. [Radicado N.º 26645]. Magistrado ponente: Mauro Solarte Portilla. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2007, octubre 10). Recurso de casación. [Radicado N.º 28161]. Magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, octubre 24). Recurso de casación. [Radicado N.º 28433]. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, enero 30). Recurso de casación. [Radicado N.º 28772]. Magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, febrero 13). Recurso de casación. [Radicado N.º 28553]. Magistrado ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, marzo 31). Recurso de casación. [Radicado N.º 29180]. Magistrado ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, abril 8). Recurso de casación. [Radicado N.º 25306]. Magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, octubre 22). Recurso de casación. [Radicado N.º 29983]. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, septiembre 14). Recurso de casación. [Radicado N.º 32032]. Magistrado ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2011, marzo 23). Recurso de casación. [Radicado N.º 35771]. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2011, julio 11). Recurso de casación. [Radicado N.º 38285]. Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2011, julio 27). Recurso de casación. [Radicado N.º 35860]. Magistrado ponente: María Del Rosario González de Lemos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2011, diciembre 7). Auto interlocutorio. [Radicado N.º 36367]. Magistrado ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2012, marzo 21). Auto de segunda instancia. [Radicado N.º 38500]. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, mayo 30). Recurso de casación. [Radicado N.º 37668]. Magistrado ponente: María Del Rosario González de Lemos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, febrero 13). Recurso de insistencia. [Radicado N.º 39707]. Magistrado ponente: María Del Rosario González de Lemos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, febrero 13). Recurso de casación. [Radicado N.º 40053]. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, agosto 28). Recurso de casación. [Radicado N.º 40026]. Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, agosto 28). Recurso de casación. [Radicado N.º 39566]. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, agosto 28). Recurso de casación. [Radicado N.º 41419]. Magistrado ponente: María Del Rosario González de Lemos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, agosto 28). Recurso de casación. [Radicado N.º 41295]. Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, noviembre 20). Recurso de casación. [Radicado N.º 39834]. Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia AP830-2014 (2014, febrero 26). Recurso de casación. [Radicado 34699]. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia STP223-2015 (2015, enero 22). Impugnación de Tutela. [Radicado 77358]. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia AP895-2015 (2015, febrero 25). Recurso de casación. [Radicado 4533]. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia AP2574-2015 (2015, mayo 20). Recurso de Apelación. [Radicado 45667]. Magistrado ponente: María Del Rosario González de Lemos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Urbano, J. J. (2008). *Nueva estructura probatoria del proceso penal*. Bogotá: Andrés Morales.
- Vanegas, P. L. (2007). *Las audiencias preliminares en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Velásquez, F. (2010). La Justicia negociada: un ejemplo de peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema. En F. Velásquez (Comp.), *Sistema Penal Acusatorio Nuevos Retos* (pp. 13-42), Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Verger, J. (1994). *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: J.M Bosch.
- Vigil, J. (2012, julio). La institución de la conformidad en el proceso penal español. Trabajo presentado en: *II Jornadas de Direito Penal dos Açores*. Recuperado de <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-dela-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>

LA PRUEBA TRASLADADA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES*

*Ingrid Bibiana Muñetones Rozo***

Resumen

La relación existente entre los fines de la prueba y la verdad material como fin del proceso penal, aunado al reconocimiento del individuo como sujeto activo en la práctica de la prueba, obliga a reflexionar sobre la admisibilidad o no en el sistema penal de tendencia acusatoria de los elementos de prueba obtenidos fuera del juicio oral en actuaciones judiciales distintas a la etapa de conocimiento y, también, sobre el uso de esos instrumentos de cara a los postulados constitucionales; se alude, pues, a la figura que el ordenamiento anterior llamaba como prueba trasladada. El debate sobre el asunto se mantiene tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: de un lado, aparecen posturas que dan por cerrada la disputa y no abarcan todas las aristas del problema; y, de otro lado, hay quienes entienden que esas herramientas se pueden utilizar porque no contrarían los principios penales constitucionales propios de un Estado social y democrático de Derecho, ni los estándares internacionales mínimos en materia de derechos humanos. De esta última postura parte esta elaboración académica, pero asumida a partir de los postulados constitucionales.

Palabras claves

Proceso penal acusatorio, principios constitucionales, principio de inmediación, prueba trasladada, prueba de referencia.

Abstract

The relation between the purpose of evidence and material truth as an end of the criminal procedure, together with the recognition of the individual as an active subject in the practice of evidence, makes it necessary to consider on whether the evidence obtained outside the trial is admissible in court under a criminal law system of accusatory tendency. In addition,

* Artículo de reflexión presentado para optar al título de maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia); dirección a cargo del Prof. Fernando Velásquez Velásquez.

** Abogada de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia; Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. E-Mail: bibiana.munetones@zurekgomezabogados.com

such situation makes it necessary to consider on whether the admissibility of such evidence agrees with constitutional clauses. This issue is still highly debated in both doctrine and jurisprudence: on one hand, some positions have declared the debate closed, without paying attention to all the edges of the problem; and, on the other hand, there are those who understand that these tools are admissible because it does not disagree with constitutional criminal principles of a social and democratic State of Law nor the minimum international human rights standards. This paper agrees with the latter and analyzes the issue from the constitutional postulates.

Keywords

Accusatory criminal procedure, constitutional principles, principle of immediacy, transferred evidence, hearsay.

Introducción

El presente trabajo aborda una discusión que, a juzgar por los contenidos del Código de Procedimiento Penal vigente (L. 906/2004) y algunas posturas jurisprudenciales, estaría cerrada de plano ante la ausencia de previsiones legales expresas sobre la materia; se trata de la problemática de la admisibilidad o no de la ‘prueba trasladada’, que se considera como inaplicable porque ella transgrediría los principios procesales consagrados en el Título Preliminar del citado Código de Procedimiento Penal y en la Constitución, entre los cuales se debe mencionar el debido proceso y, por ende, el derecho de la persona a que se lleve a cabo un juicio justo lo que, en definitiva, permite concretar el fin último del proceso penal cual es la obtención de la verdad de los hechos, cosa que con este tipo de prueba se aleja cada vez más del propósito trazado.

No obstante, las diversas concepciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el asunto advierten en torno a la necesidad de profundizar acerca de la cuestión para identificar si dicho instituto resulta o no compatible con los postulados constitucionales, las normativas internacionales en materia de derechos humanos y, por supuesto, con la estructura del proceso penal adoptada por el constituyente y el legislador. No se trata, por supuesto, de una discusión inútil o agotada; todo lo contrario: el asunto tiene filones académicos de interés y, además, repercute en la práctica judicial, así las elaboraciones teóricas sobre el asunto sean escasas. Por supuesto, para rescatar este importante debate es vital partir de los principios constitucionales porque estos, tal como indica Arboleda (2014), permiten entender el derecho no como una “simple aplicación mecánica de la norma jurídica al caso concreto, tal cual se hace con el método del silogismo” sino como “un entramado de normas jurídicas que responden al desarrollo del principio universalísimo o sumo”, según el cual el Derecho debe ser justo y su aplicación equitativa (p. 20). Es más, se añade que ellos son criterios de creación, interpretación e integración del derecho (Valencia, 1999, p. 4).

Por eso, en plan de ahondar en este asunto esta investigación busca responder, a título de problema jurídico, a la siguiente pregunta: ¿El instituto de la prueba trasladada se compadece con los postulados constitucionales y con la estructura

del proceso penal de corte acusatorio vigente en Colombia?, es un interrogante que girará exclusivamente, frente a los lineamientos del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, el tema no abordará lo que ocurre en el nuevo procedimiento penal especial abreviado o del acusador privado, de la Ley 1826 de 2017.

Para confeccionar este escrito, se utiliza una metodología de estudio estructurada a partir del análisis deductivo de fuentes especializadas en esta área de conocimiento, recogidas de la relatoría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de algunas bibliotecas de la ciudad de Bogotá y de bases de datos disponibles en internet, a las que se ha tenido acceso; se acude, pues, a fuentes primarias (selección de libros, artículos, conferencias, sentencias y consultas a algunos expertos).

Como objetivo general del trabajo se busca analizar si la institución de la prueba trasladada se compadece o no con los postulados propios del Estado de derecho y con la estructura del proceso penal vigente. Así mismo, como objetivos específicos se persiguen los siguientes: en primer lugar, a partir de algunos trabajos de derecho comparado, revisar si en la estructura del proceso actual propia de los modelos italiano y anglosajón, amén de otros modelos latinoamericanos, tiene cabida la prueba trasladada o algún instituto similar; así mismo, verificar cuáles son los criterios existentes frente al instituto de la prueba trasladada o similares, en los sistemas acogidos por esos modelos; en tercer lugar, analizar los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales existentes en materia de prueba trasladada: y, en cuarto lugar, se busca mostrar la importancia práctica que tendría la asunción de ese instituto entre nosotros y si ella es o no posible.

Ahora bien, el trabajo está compuesto de cuatro partes básicas: En primer lugar, se plasma una reflexión en torno a los postulados constitucionales que inspiran el modelo de Estado colombiano, esto es, el propio de un Estado social y democrático de Derecho según reza la Constitución Política (Sentencia C-566 de 1995, CConst.), y los principios que inciden en el proceso penal relacionados con la discusión, con especial énfasis en el denominado principio de inmediatez que es el punto de partida necesario para poder emprender el debate en el marco de un Estado de Derecho (Maier, 2004a, p. 10) de cara al mejor entendimiento de la estructura del sistema procesal penal acusatorio colombiano vigente.

Así mismo, en segundo lugar, se intenta hacer una aproximación a algunos sistemas procesales penales como el modelo adversarial estadounidense que tanto ha influido en las reformas a los sistemas procesales en América Latina, incluida la colombiana (Muñoz, 2006, p. XV; Méndez, 2007, p. 138; Gómez, 2008, p. 2; Gómez, 2015, pp. XIV y ss.); también, se examina el italiano, dada su amplia tradición doctrinal y por ser uno de los sistemas de tradición continental que acogió, con ciertas críticas, el modelo angloamericano (Guerrero, 2007, p. 20; Gómez, 2008, p. 8). Este segmento, incluye también, un análisis de las excepciones que, con cierta similitud al mecanismo de la prueba trasladada, se presentan en los modelos español, argentino y algunos latinoamericanos, a partir del análisis de algunos trabajos en derecho comparado. Ello se hace, porque, como lo advirtió Jescheck (1974, p. 282),

al ocuparse del análisis del papel histórico del Derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal en Alemania, esa mirada no solo permite conocer esa expresión cultural de los países extranjeros, sino que facilita la investigación de los problemas sociales.

Además, en tercer lugar, se hace un análisis de los alcances del mecanismo prueba trasladada y del estado del arte de la jurisprudencia y doctrina del contexto nacional acerca de su inadmisibilidad en el proceso penal de tendencia acusatorio. De igual forma, en cuarto lugar, en el acápite de las conclusiones y al hilo de la temática anunciada, se demuestra cómo, a pesar de la aparente claridad que pregonan la ley y la jurisprudencia frente a la inadmisibilidad del instituto en comentario, el asunto no se trata a profundidad por parte de nuestros estudiosos para concluir, así, que se podría admitir el instituto en examen en el derecho procesal penal nacional. Al final, en el acápite de las referencias, se consignan las diversas fuentes que han servido para elaborar esta reflexión académica sobre un tema tan puntual como este.

Los postulados constitucionales del modelo de Estado colombiano y el proceso penal

El principio del Estado social y democrático de Derecho y la constitucionalización del proceso penal.

Con miras a examinar la problemática propuesta, es necesario partir del supuesto según el cual la organización y el ejercicio del poder estatal deben influir en la aplicación del poder punitivo del Estado a lo largo del proceso penal, máxime si se trata del diseño propio de un Estado social y democrático de Derecho (Mir, 1994, p. 7; Berdugo & Arroyo, 2004, p. 10; Gössel, 2013, p. 1335; y Velásquez, 2017, p. 37); por supuesto, sea cual sea ese modelo de organización estatal al que debe responder el ejercicio del *ius puniendi* que no se puede concebir como ilimitado y siempre sometido a controles (Velásquez, 2017, p. 42; Sentencia SP2144 de febrero 24 de 2016, Radicado: 41712, CSJ) al punto de que, como lo advertía Jescheck (1974, p. 279), a la reforma del proceso penal haya llegado a considerársele una necesidad “político-jurídica”. Por ello, pues, cada boceto de organización social y política desarrolla sus propios lineamientos para llevar a cabo ese control del poder punitivo y se torna en el principal instrumento ‘estabilizador y garante’ del modelo y de sus valores primordiales, todo ello de cara al logro de una convivencia pacífica; sobre todo si está claro que “el Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos” (Mir, 1994, p. 37). Esta dinámica, por supuesto, alcanza mayor notoriedad en el derecho procesal penal, al estar más cerca del hombre y de su realidad, razón por la cual su relación con el sistema político dominante es más próxima (Maier, 1989, p. 12).

A partir de los razonamientos indicados fácil es concluir porqué el proceso penal alcanzó gran notoriedad como ‘escenario democrático’, orientado a la realización de los fines estatales y, además, se puede entender la razón por la cual las

Constituciones incorporaron preceptos de la estructura básica del proceso penal en sus textos, sustrayéndole al legislador ordinario esa competencia y estableciendo ciertos valores y principios constitucionales que la regulación procesal penal no puede desconocer (Favoreu, 1999, p. 279 ss.). Desde luego, existen ciertas pautas para el ejercicio de *ius puniendi* que devienen de los lineamientos trazados por la comunidad internacional y que, en el contexto de la actual globalización, no son de libre configuración legal por parte de los Estados (Urbano, 2012, p. 33 y ss.).

Por ello, en el Preámbulo de la Constitución del año 1991 el proceso penal aparece instituido como un instrumento orientado a garantizar la justicia como valor de primer orden dentro de los fines del modelo de Estado social y democrático de Derecho adoptado; y, en esa misma línea el Acto Legislativo 03 de 2002, buscó armonizar el proceso penal con los lineamientos esbozados por la comunidad internacional aunque, valga destacar, ella no toma partido por un modelo de proceso penal en particular como si lo hace el constituyente (Urbano 2012, p. 36 ss.).

Así las cosas, de la mano de los estados de Occidente que han acogido el principio de Estado social y democrático de Derecho como pilar de sus constituciones, nuestro país también adoptó la corriente que aboga por la supremacía constitucional en cuya virtud se reconoce el carácter normativo y la fuerza vinculante del texto constitucional, con lo cual se afianzó un catálogo de ‘principios’ y ‘derechos fundamentales’ que inspiran el funcionamiento de la organización estatal, a partir de lo cual se posibilita una visión del derecho ya no restringida a la norma sino extendida al tenor de los valores y los principios consignados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos (Parra, 2000, p. 57 ss.; Velásquez & Vargas, 2014, 6). Por eso, la jurisprudencia destaca que el proceso penal debe entenderse y aplicarse a partir de los principios y las garantías de orden procesal que de la Carta se derivan (Sentencia T-406 de 1992, CConst.).

Esta sujeción del ordenamiento jurídico a la Carta política significó, en su momento, profundos cambios en materia de Derecho penal al punto de poder hablarse hoy día de un ‘Derecho penal constitucional’ (Berdugo & Arroyo, 2004, p. 43; Velásquez & Vargas, 2014, p. 6; Demetrio, 2014, p. 73 y ss.; Favoreu, 1999, p. 279 ss.), integrado por principios constitucionales generales, mandatos, prohibiciones, regulaciones y por preceptos que instituyen derechos fundamentales, y otros que establecen criterios para el ordenamiento penal. Ese conjunto de derechos fundamentales constituye “el núcleo específico de legitimación y límite de la intervención penal y, a su vez, delimita el ámbito de lo punible en las conductas delictivas típicas cuya realización puede venir fundamentada en el ejercicio de tales derechos”, como el de la vida, la libre expresión etc. (Berdugo & Arroyo, 2004, p. 46).

Es más, al tiempo que se estableció el concepto de supremacía de la Constitución, el modelo de Estado social y democrático de Derecho impuso una disminución de la ‘importancia sacramental del texto legal’ para dar paso a una mayor preocupación por la ‘justicia material’ y, añádase, por brindar soluciones ‘que consulten la especificidad de los hechos’, como lo ha reconocido la rica jurisprudencia de nuestros máximos tribunales de justicia (Sentencia T- 406 de 1996, CConst.).

El Estado social y democrático de Derecho y el derecho penal.

Como punto de partida debe decirse que esta fórmula de organización social, que es la propia de un Estado social (al servicio de la sociedad) y democrático (orientado al respeto de la dignidad de la persona) de derecho (sometido al Derecho), le asigna al derecho penal –en primer lugar– una función de *prevención general* que debe buscarse no solo a través de la intimidación sino consultando la ‘conciencia jurídica general’, mediante la ‘afirmación de las valoraciones de la sociedad’. Debe cumplir, pues, una finalidad preventiva limitada que se orienta bajo dos supuestos: uno, el de “conciliar la necesidad de protección de la sociedad”, y, otro, establecer límites a dicha intervención, en consideración del individuo (Mir, 1994, p. 130). Aunque, como lo sostienen Berdugo & Arroyo (2004 p. 44), no debe hablarse de simples ‘límites’ sino de “principios constituyentes del derecho de castigar”. Así las cosas, para el Derecho penal presidido por este modelo de Estado es un imperativo intervenir ‘diligente’ y ‘eficazmente’ en la lucha contra la delincuencia, orientando esa intervención ‘en función de los ciudadanos’ y garantizando el respeto de toda persona humana (dignidad del delincuente) y de toda minoría en tanto como le sea posible y compatible con la ‘paz social’ (Mir, 1994, p. 40).

En segundo lugar, por virtud de los principios fundantes del modelo, el proceso penal debe vincularse a los fines del Estado bajo la “garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes” (Urbano, 2012, p. 77); por ello, los fines del proceso penal en un modelo de Estado como el colombiano vienen dados por la ejecución del *ius puniendi* en un entorno de justicia (Sentencia C-387 de 2014, CConst.). Asimismo, acorde con los estándares mínimos impuestos por la comunidad internacional en materia de protección de los derechos fundamentales atinentes al proceso penal y a las normas constitucionales, sólo será admisible un proceso penal que permita un equilibrio entre los fines del proceso, el principio de dignidad humana y, agréguese, el concepto de la “democracia participativa y pluralista”. Por ello, pues, se postula que esta es la esencia del ideario del proceso penal que debe desarrollarse en clave constitucional (Urbano 2012, p. 94). Por tanto, como advirtió Jescheck (1974, p. 283), es el Derecho procesal penal el que “da vida a la normativa constitucional”.

De esta manera, desde una visión general el proceso penal busca una solución al conflicto fruto de la conducta punible mediante una decisión ajustada a las normas jurídicas y con una justicia material que promueva la ‘paz social’ y afiance un ‘orden justo’. Desde lo particular, el proceso penal debe aproximarse razonablemente a la verdad, bajo el entendido de que debe guardar coherencia entre los hechos expuestos por las partes y lo acontecido. Esa correspondencia es la que confiere al juez la convicción con la cual adopta sus decisiones que deben trazarse por la senda de la realización de la justicia (entendida como la “concreción de los efectos previstos en las normas penales sustanciales”). Sin embargo, en virtud de los derechos fundamentales ello sólo es legítimo si los postulados de verdad y justicia se alcanzan con estricto respeto de los derechos de las partes e intervinientes, a la luz de los contenidos inmersos en los tratados y convenios internacionales que

reconocen derechos humanos, ratificados por el Congreso colombiano (Urbano, 2012, p. 78).

Hechas estas precisiones generales acerca de los principales caracteres del modelo de Estado que rige en nuestro país y sus dictados para el proceso penal debe, ahora, hacerse un análisis sobre los contenidos en particular que son aplicables al proceso penal, y, añádase, en torno a la forma como se materializan en éste y que están relacionados con la problemática objeto de análisis.

Los postulados constitucionales que inciden en el proceso penal.

El principio de la dignidad humana y la búsqueda de la verdad. Como lo establece nuestra Constitución, la organización estatal establecida a partir del modelo de Estado social y democrático de Derecho, se funda en el respeto de la dignidad humana (C. N., art. 1). Se trata, sin duda, del más importante axioma del sistema penal y que limita desde el punto de vista material el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, y del cual emanan otros derechos y garantías inherentes a la persona humana que, aunque no estén señalados de forma expresa en la Carta Fundamental (art. 94), deben reconocerse dada esa marcada relación con aquel; de esta manera, se establece una ‘cláusula general’ que deriva del “bloque de constitucionalidad” (Molina, 2012; Velásquez, 2017, p. 43).

Ahora bien, aunque no existe unanimidad en su definición ni en su contenido, este principio alude al ‘lugar privilegiado que tiene el hombre en relación con los otros seres’; al individuo como ser racional, consciente, libre, autónomo, dotado de señorío (Yacobucci, 2002, p. 205 ss.; Velásquez, 2009, p. 62; Velásquez, 2017, p. 43), de acuerdo con las nociones del pensamiento occidental pero no exclusivas del mismo. Está integrado por dos conceptos: la *autonomía ética del ser humano* y la *indemnidad personal* (Velásquez, 2009, p. 63; Velásquez, 2017, p. 43).

Para Yacobucci (2002), este principio debe diferenciarse desde dos sentidos: uno radical y otro dinámico: “distinguir entre la dignidad humana en un sentido radical, básico y estático, y la dignidad humana en un sentido vinculado a deberes y normas, esto es, dinámico” (p. 211). El primero, se refiere a la dignidad que acompaña a la persona por el hecho de serlo, mientras que el segundo se vincula a ciertos ‘deberes’ y ‘normas’ por lo cual se relaciona con el lugar que cada ser humano ocupa en la sociedad de acuerdo al uso que haga de su libertad, que, en ocasiones, como en aquellas de restricción de la libertad, justifica su intervención, sin que la misma configure indignidad, pues se actúa para defender un interés público relevante. Bajo esa óptica, surgen para el Estado dos pautas: primera, no puede ‘cosificar’, ‘utilizar’ o ‘manipular’ al ser humano (Velásquez, 2009, p. 63-64; Velásquez, 2017, p. 43); y la segunda, a cuyo tenor tampoco puede ser indiferente de cara a las circunstancias que amenazan la vida humana (Sentencia C-288 de 2012, CConst.).

Es un principio que pone límites al *ius puniendi*, bajo dos propósitos: por un lado, busca impedir que el Estado “pisotee al ciudadano”. Del otro, evita, a la par, que aquel “pierda su legitimidad y se ponga al mismo nivel de las delincuencias

que busca erradicar” (Velásquez, 2009, p. 64; Velásquez, 2017, p. 44). Es, recuérdese, de este principio de donde se deriva que el derecho penal solo se puede emplear como *ultima ratio* y no puede utilizarse como herramienta habitual en la solución de los conflictos: “En ese contexto, la violencia implícita en el instrumento penal no permite su utilización como llave habitual en la solución de conflictos” (Yacobucci, 2002, p. 463). Se trata, pues, de un postulado con repercusiones en el ámbito del derecho penal sustantivo, en el Proceso penal y en el de Ejecución penal (Velásquez, 2009, p. 63; Velásquez, 2017, p. 43).

En fin, se le considera “el motor que posibilitó la racionalización del derecho penal” (Velásquez, 2017, p. 43), que en Colombia revolucionó la forma de resolver los conflictos y de administrar justicia, al promover, entre otros, los conceptos de celeridad, acceso a la administración de justicia y el de abandono de los formalismos procedimentales (Upegui, 2009). En el plano de los derechos de las víctimas, el principio de la dignidad humana promueve además los derechos a saber qué ocurrió, y a que a ellas se les haga justicia (Sentencia C-177 de 2014, CConst.); este último valor requiere, entre otros, la búsqueda de la verdad como elemento fundamental del proceso penal (Maier, 2011, p. 69).

Ahora bien, es pertinente preguntarse si el concepto ‘búsqueda de la verdad’ como uno de los fines de la prueba (Urbano, 2012, p. 116) es o no un valor del proceso penal o si, por el contrario, se trata de un derecho reconocido a las víctimas, pero no definitivo para el proceso penal definido bajo el modelo acusatorio. Es más, cabe indagar: ¿la búsqueda de la verdad, es un valor del proceso penal o es un derecho de las víctimas no vinculante en el modelo penal acusatorio colombiano? Desde luego, al respecto se debe señalar que así el ideal de apego a la verdad como forma de dirimir conflictos sociales suponga una ‘idea moderna’ de justicia traída por la inquisición, derivada de la concentración del poder político –que no buscaba un ideal distributivo ni igualitario–, en el Estado liberal ella se transformó en una garantía para el ciudadano y en un elemento fundamental del valor justicia (Maier, 2011, p. 70).

Incluso, se debe añadir que la cuestión encaminada a establecer si ‘la verdad’ es un aspecto que vincula o no al proceso penal a la luz del esquema adversarial o ‘acusatorio’ es un tema que no ha sido pacífico en la doctrina. En efecto, mientras algunos están a favor de ello (Ferrajoli, 1995, p. 610; Gómez, 2010, p. 86; Llobet, 2014, p. 226; Urbano, 2012, p. 34; Sentencia C-387 de 2014, CConst.) con independencia del sistema que opere, otros (Maier 2011, p. 73 ss.) opinan lo contrario, al argumentar que ese concepto subyace solo en los modelos inquisitivos y que en los de corte adversarial no es el objeto del proceso penal. Incluso, otro sector de la opinión (Urbano, 2012), que liga los cometidos de las pruebas con los fines del proceso penal, aboga por una aproximación razonable a la verdad “compatible con el lugar que hoy se le reconoce a la verdad en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de los organismos encargados de su aplicación” (p. 116).

El proceso penal implica, entonces “un proceso de cognición o de comprobación” para el cual la verificación del hecho “tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo” (Ferrajoli, 1995); en efecto:

[L]a definición de la noción de “verdad formal” o “procesal” y el análisis de las condiciones en las que una tesis jurisdiccional es (o no es) “verificable” y “verificada” forman, pues, el primer capítulo de una teoría analítica del derecho y del proceso penal y, a la vez, los principales parámetros de un sistema penal garantista. Sin una adecuada teoría de la verdad, de la verificabilidad y de la verificación procesal, toda la construcción ilustrada del derecho penal «garantista» termina apoyada en la arena; y terminan descalificadas, en cuanto puramente ideológicas, las funciones civiles y políticas asociadas a ella. (...) (pp. 45-47).

La búsqueda de la verdad (‘formal o legal’ e ‘histórica o material’), es entonces la “principal fuente de legitimación externa, ético-política o sustancial del poder judicial”, que, junto con la libertad, se constituyen en los valores basilares de la “jurisdicción” y en el “fundamento político de la división de poderes” y “de la independencia del poder judicial” (Ferrajoli, 1995, p. 69). Sin embargo, a este respecto téngase muy en cuenta que en los procesos penales propios de los EE. UU., tanto el federal como el de los diversos Estados, la adopción de la regla de exclusión introdujo la distinción entre la verdad jurídica y la verdad material, y ello porque “generó en los jueces la imposibilidad de valorar fuentes claramente probatorias de la culpabilidad pero afectadas por algún vicio de inconstitucionalidad” (Alcaide, 2012, p. 53); sin embargo, también hay quienes como Taruffo (2009, p. 29), han dicho que esta duplicidad de conceptos es ‘inútil y equivocada’, porque “no es verdad que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría en cualquier ámbito fuera del proceso”. Sin embargo, el concepto moderno de *verdad o verdad correspondencia* –reconocido por los modelos políticos propios del Estado liberal y de derecho como un valor basilar al interior del proceso penal– distinto de su concepción original (inquisitorial), se erige en una garantía de doble vía: para el proceso y para el procesado, sería regla del principio del *in dubio pro reo* (Maier, 2011, p. 73). Así, la búsqueda de la verdad se convierte en fin principal del proceso penal –que por virtud de ese escenario se le reconoce como ‘verdad formal’– y renunciar a establecerla haría que aquel sea en vano (Gómez, 2010, p. 86).

En el plano local, la jurisprudencia (Sentencia C-387 de 2014, CConst.), advierte que la búsqueda de la verdad es un valor que se constituye a su vez en un derecho con dos dimensiones: una colectiva y otra individual, la primera, apunta a preservar del olvido al conglomerado social, mientras que la dimensión individual, está determinada por el razonamiento: “conocer qué fue lo que realmente sucedió”. En palabras de la Corporación se define como el derecho de los asociados a “conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso”; de esta manera, su escenario por excelencia es el judicial. La aproximación a la verdad es, pues, fin del proceso, uno de los fines de la prueba y, a su vez, derecho fundamental de las víctimas que se potencia en tratándose de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (Urbano, 2012, p. 116). Por ello se expresa:

[N]o es una verdad absoluta, pero tampoco una verdad construida libremente por las partes al interior del proceso. El proceso penal no está atado fatalmente a la necesidad de reconstruir con absoluta fidelidad la historia de los hechos, pero tampoco es un escenario en el que los intervinientes cuenten con legitimidad para referir los hechos sin nexo razonable alguno con aquellos efectivamente acaecidos (Urbano, 2006, p. 90).

En conclusión, se puede decir que en el modelo de Estado social y democrático de Derecho que es el vigente aquí, la búsqueda de la verdad es –sin ninguna duda– un valor para el proceso habida cuenta de su conexidad con el principio de la dignidad humana que no puede desconocerse, lo que ocurre es que no puede ser buscada a cualquier precio (Parra, 2006, p. 32; Llobet, 2014, p. 226). Por ello, se dice que el derecho procesal penal supone límites que tocan tanto con la extensión como con los mecanismos de hallarla, a los cuales Beling denominó en 1903 como “prohibiciones probatorias” (Beling, Ambos & Guerrero, 2011), que “sirven al mismo tiempo para la protección de la averiguación de la verdad, puesto que impiden la utilización de informaciones incompletas, indirectas o distorsionadas” (Ambos, 2009, p. 2). Así las cosas, la averiguación de la verdad es un valor que se incorpora al proceso penal en virtud del postulado constitucional de la dignidad humana vinculante para el esquema de tendencia acusatorio adoptado en materia procesal penal por el legislador; esa es la razón, además, por la cual se afirma que el mismo se sometió a una ‘nueva metodología’ para su aproximación y realización y que, en particular, se trazaron ciertas reglas que rigen la recolección de las pruebas o los elementos de prueba como insumo principal que le nutre (Urbano, 2012, p. 116).

Así las cosas, al retomar el análisis de los postulados constitucionales y su incidencia en el proceso penal en relación con la problemática objeto de estudio, cabe anotar que la dignidad humana como postulado que es su columna vertebral, además determina la estructura probatoria del proceso penal cuando propone unas exigencias sustanciales que se erigen en límites que presuponen su respeto (Urbano, 2012, p. 94; Sentencia C-396 de 2007, CConst.) y que tienen cabida según el momento de que se trate: a la iniciación del procedimiento; para el ritual del procedimiento; y, para la consecución y formación de la prueba (Guerrero, 2007, pp. 144 y ss.). Para la iniciación del procedimiento, incumben los principios de legalidad, investigación oficial, principio acusatorio y del juez natural. En el procedimiento, rigen los principios de publicidad, oralidad, y concentración (Urbano, 2012, p. 119). Sobre los principios que rigen la consecución y formación de la prueba, el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo ciertas modificaciones a los fundamentos constitucionales tradicionalmente establecidos para acomodarse con la estructura acusatoria de corte adversarial; en ese sentido, cobran importancia los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración, inherentes al juicio que imponen límites éticos al juez, a las partes y a los intervinientes (C. N., art. 250.4).

Ahora bien, en atención al problema que aquí interesa examinar, el análisis siguiente se debe detener en los principios de *inmediación* y *oralidad* que se relacionan con el problema objeto de estudio: esto es, con las reglas que fijó el Acto Legislativo

03 de 2002 para la formación de la prueba en juicio oral, las cuales le permiten al juez llegar al conocimiento de la verdad, aplicar el *ius puniendi* y lograr la justicia (Sentencia C-144 de 2010, CConst.). Por eso, se debe analizar el alcance de estos conceptos en la medida en que es por ellos que se torna inadmisibles en el sistema penal acusatorio los elementos de prueba obtenidos en actuaciones judiciales practicadas por un juez distinto al de conocimiento. A ello, se destina el acápite siguiente.

La intermediación y la oralidad. Pues bien, para ocuparse del primero de esos apotegmas se debe decir que el concepto de la intermediación de las pruebas como precepto constitucional se introdujo en el texto del Acto Legislativo N.º 3 de 2002, cuando se dispuso que el juicio penal debía ser “público, oral” “con intermediación de las pruebas”, de donde surge que es deber de la Fiscalía General de la Nación presentar escrito de acusación (C. N., art. 250 num. 4). Por ello, al desarrollar este dispositivo constitucional el Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004) dispone que se estima como prueba: “la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento” (C. P. P., art. 16). Con ello, se desautoriza la comisión a otros funcionarios para la práctica de pruebas y se establece que es deber del juez de conocimiento “tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia” (C. P. P., art. 379); no obstante, se reconoce que en circunstancias excepcionales que deben ser señaladas por la ley, se pueden admitir como pruebas las producidas o incorporadas “de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías” y, excepcionalmente, las de ‘referencia’ (C. P. P., arts. 16 y 379).

Así las cosas, de las disposiciones mencionadas queda claro que la intermediación de la prueba es un aspecto que debe acompañar la recolección de las pruebas en la audiencia del juicio oral y ante ‘el juez de conocimiento’. Sin embargo, como el contenido normativo de la ley procesal no precisó los alcances del presupuesto de la intermediación, la jurisprudencia (Sentencia de enero 30 de 2008, Radicado: 27192, CSJ; Sentencia de julio 2 de 2014, Radicado: 34131, CSJ; Sentencia de septiembre 24 de 2014, Radicado: 36401, CSJ) trata de reconocer y aclarar el concepto. Al efecto, se señala que dicho principio es “la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes” y que conlleva una relación que se debe dar de forma primordial entre el juzgador y la prueba, con base en los siguientes derroteros: en primer lugar, es un imperativo que el funcionario sentenciador ‘vea y oiga’ directamente la práctica de las pruebas; y, en segundo lugar, las pruebas deben llegar al espectro del juzgador sin ninguna alteración que pueda turbar o tergiversar su fuerza probatoria.

A su turno la jurisprudencia emanada del órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes (Sentencia C-144 de 2010, CConst.; Sentencia C-177 de 2014, CConst.), al acoger algunas posturas de la doctrina foránea, la reconoce como la posibilidad “que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la respon-

sabilidad penal”; de allí que “el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral”. Sin embargo, al pronunciarse sobre su aplicabilidad también la jurisprudencia (Sentencia de marzo 4 de 2009, Radicado: 30645, CSJ) aclara que, aunque el principio de inmediación junto con el de concentración son elementos necesarios, no son absolutos y deben ponderarse en situaciones en que se contraponen con otros derechos, como cuando está de por medio el interés superior del menor de edad, en cuyo evento prevalece éste. Por ello, en virtud del principio *pro infans*, esa garantía puede ‘modularse’ frente a otras garantías conferidas en el proceso penal a los sujetos procesales, por ejemplo, cuando el menor de edad ha sido víctima de delitos sexuales o similares.

Esta última postura también ha sido adoptada por la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-177 de 2014, CConst.), al señalar que en estos asuntos no solo se pueden modular las garantías procesales del derecho de defensa, de contradicción e inmediación sino que, se advierte, conforme lo reglado en la Ley 1652 de 2013 se habilitó el uso de la entrevista forense realizada a ‘niños, niñas y adolescentes’ víctimas de esos delitos contra su integridad y formación sexuales, realizada aun en ausencia de la defensa, para que sea incorporada al juicio y surta los efectos de una ‘prueba autónoma’. Es más, ese órgano de cierre advierte que

[e]n determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara *Gesell* y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático” (Sentencia C-177 de 2014, CConst.).

Aunado a lo anterior, la misma jurisprudencia puntualiza que, si bien la inmediación es efectiva cuando el debate se adelanta de forma concentrada y sin prolongaciones que hagan que la memoria se pierda en el tiempo, este principio (junto con el de concentración), tampoco debe interpretarse como absoluto, pues, en los procesos en los cuales hay cambio del funcionario que presenció la práctica probatoria no es exigible la repetición del juicio para garantizar este principio, sino que ella es excepcional y debe fundarse en motivos “muy serios y razonables” (Sentencias C-591, 2005, CConst.; C-059 de 2010, CConst.; T- 205 de 2011, CConst.; y C-177 de 2014, CConst.; Sentencia de enero 30 de 2008, Radicado: 27192, CSJ).

En el plano doctrinal, a la inmediación se le reconoce como parte integral de la comunicación humana (Díaz, 2009, p. 115), y se le identifica como un principio procesal que se relaciona con el modo en el cual se transmite la información resultante de los medios de prueba; es “un medio necesario en el juicio de instancia” que confiere calidad al juicio de hecho. Sin que signifique por sí solo un “método de adquisición de conocimiento” (Andrés, 2003, p. 65; Maier, 2004, p. 4). Es más, se afirma que él se traduce en el contacto personal que debe haber entre el juez sentenciador y las personas que intervienen en el proceso judicial como parte o testigo, con el fin de que el fallador reciba a través del contacto directo con la fuente la información

en que amparará su decisión (Cabezudo, 2008, pp. 317 y ss; Devis, 1979, p. 46; De Miguel y Alonso, 1975, p. 791; Díaz, 2009, p. 119; Reyes & Solanilla, s.f., p. 13).

Ahora bien, el principio de inmediación tiene dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva (Devis, 1979, p. 46; Parra, 2006, p. 72). La primera, implica la proximidad que debe existir entre juez e intervinientes en el proceso cuya manifestación principal impone la presencia de aquél en la práctica de la prueba; esta medida plantea dos inquietudes: una, ¿quién es el titular de este derecho? Y, otra: ¿Cuál es la función subjetiva de ese derecho? Frente al primer interrogante, la respuesta es que son titulares de este derecho tanto el acusado como el órgano encargado de la persecución penal, en el entendido de que constituye una facultad inherente a la calidad de parte en el proceso; esta función subjetiva se concreta en una serie de garantías para sus titulares que van desde el derecho de oponerse a la sustitución de la declaración del testigo por la lectura de sus declaraciones anteriores, hasta la de pedir la invalidación de una sentencia proferida por juez distinto al que presencié la práctica probatoria (Díaz, 2009, p. 119).

La dimensión objetiva de la inmediación, como segundo aspecto, se relaciona con la comunicación del juez con las cosas y los hechos que ingresan al proceso (Devis, 1979, pp. 46-47), como sucede cuando se practica una inspección judicial y el magistrado puede percibir circunstancias, objetos, documentos o la reconstrucción de los hechos (Parra, 2006, p. 73). Desde este plano objetivo, la inmediación tiene dos propósitos: uno, se busca evitar que se añadan mediaciones adicionales a las ya existentes por ser el juez un sujeto que no presencié los hechos; y, otro, porque se posibilitaría que el juzgador recoja la mayor cantidad de información del testigo o fuente bien sea mediante el “lenguaje verbal o no verbal”. Todo ello, desde luego, implica la posibilidad de que el sentenciador interrogue al testigo en aspectos que considere necesarios, los cuales pueden ir desde una simple aclaración de los dichos e incluso la dirección del interrogatorio, según el sistema jurídico penal que rija (Díaz, 2009, pp. 117-118). Como lo destaca Cabezudo (2008), este presupuesto “debe exigirse no sólo respecto a la actividad probatoria sino también en relación con la actividad alegatoria oral de los contendientes”, por cuanto la decisión judicial se nutre de ambas (p. 324).

Sin embargo, como aclara Andrés (2003, pp. 65-66) la inmediación de una prueba no significa un contacto directo con los hechos, tan solo con ‘enunciados de contenido fáctico’ que pueden aportar información veraz siempre y cuando sean bien interpretados y ‘tratados con corrección formal’, y mediante ‘máximas de experiencia pertinentes y válidas’. Es, pues, un principio que tiene ‘reglas de uso’ y ‘limitaciones’ cuyo uso o desconocimiento tendrá efectos benéficos o perjudiciales. Entre las reglas generales que dicta el principio de inmediación, Díaz (2009, p. 122), destaca dos: de un lado, que la declaración personal del testigo no pueda ser sustituida por el soporte en que conste la misma, aunque la doctrina y la jurisprudencia españolas (al igual que nuestro ordenamiento interno) admiten excepciones frente al “testigo que se encuentra en imposibilidad de comparecer al juicio”, en cuya circunstancia es válida la sustitución del testimonio por el registro de sus declara-

ciones, registro que para el autor es importante, pues, la clase de soporte es la que permite verificar el grado de garantía del principio de inmediación, para el que se le confiere mayor valor a una grabación que a un texto escrito y/o transcrito. Y, del otro lado, en virtud de este principio es inadmisibles que la sentencia sea dictada por un juzgador diverso del que recibió la prueba.

Así las cosas, el principio de inmediación –entendido por otros como la “forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba”– impide al fallador recibir información obtenida por otros sujetos y en momentos anteriores al juicio; este imperativo justifica la prohibición legal en el procedimiento de la Ley 906 de 2004, de incorporar en ese escenario materiales recaudados en la investigación (Díaz, 2009, p. 2). Ahora bien, frente a la ‘segunda instancia’ un sector de la doctrina (Andrés 2003, pp. 64-65; Urbano, 2009, p. 103) sostiene que en esta sede la garantía de este principio de inmediación se ‘flexibiliza’, pues el juicio de análisis puede llevarse a cabo a partir de los registros del juicio de la primera instancia, no sólo a condición de que se parta de una buena documentación en torno a lo sucedido en el mismo sino, de una sentencia que sea motivada de manera correcta (Urbano, 2012, p. 335). Incluso, ha dicho la jurisprudencia:

[E]l nuevo sistema faculta a los funcionarios de segunda instancia y a la Sala de Casación Penal, a obtener el conocimiento del juicio a través de los medios técnicos, en aras de dirimir los aspectos que sean materia de impugnación, sin que la valoración probatoria que les corresponda se afecte por no haber presenciado la práctica de las pruebas de manera directa (Sentencia C-177 de 2014, CConst.).

Ahora bien, la inmediación que se exige del juez de segunda instancia supone el uso de las modernas tecnologías como lo dispone el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal cuando señala que para el registro de la actuación “se dispondrá del empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado”. Así las cosas, el legislador habilita la posibilidad de que la inmediación del juez en segunda instancia no se limite a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos (Sentencia C- 177 de 2014, CConst.).

En cuanto al segundo apotegma, esto es la oralidad, debe decirse que en el plano interno la jurisprudencia nacional reconoce el concepto de oralidad como norma rectora procesal de rango constitucional (C. N. art. 250), también contenida en tratados internacionales sobre Derechos Humanos como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4.1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.5), que imponen la dinámica de las audiencias públicas, de suerte que las actuaciones procesales deben adelantarse como allí se indica so pena de su inexistencia (Sentencia SP2144 de febrero 24 de 2016, Radicado: 41712, CSJ).

La oralidad, por tanto, supone “un ambiente de discusión argumentativa entre las partes” y, por ende, “la aportación verbal del material de hecho y de derecho”; ella es un presupuesto que debe aplicarse tanto a la fase principal del procedi-

miento, como a las decisiones que afecten derechos fundamentales. Por ello, se le reconoce un alto impacto a la calidad epistemológica del proceso penal (Díaz, 2009, p. 8; Guerrero, 2007, p. 93) expresada en el principio de inmediación para lo cual es indispensable la oralidad; y, como es obvio, se requiere para su eficacia que haya concentración en el tiempo entre las actividades procesales y la sentencia (Ortells, 2013, p. 282).

En aspectos probatorios se le atribuye calidad de ‘regla’ que no admitiría excepción, pues, aún en tratándose de prueba documental, debe ser exhibida por cualquier medio que posibilite su pleno conocimiento, los escritos deben ser incorporados por lectura en presencia del juez y los intervinientes (Sentencia de julio 2 de 2014, Radicado: 34131, CSJ; Sentencia SP2144 de febrero 24 de 2016, Radicado: 41712, CSJ). Sin embargo, el hecho de que la prueba sea leída no otorga *per se* la calificación de oral a un procedimiento (Ortells, 2013, p. 282); además, se impone que la sentencia deba sustentarse con base en pruebas que hayan sido regularmente incorporadas a la actuación en forma oral (Sentencia de julio 2 de 2014, Radicado: 34131, CSJ; Sentencia SP2144 de 24 de febrero 24 de 2016, Radicado: 41712, CSJ).

En fin, hechas las anteriores precisiones debe ahora mostrarse cómo opera el asunto en algunas legislaciones que son punto obligado de referencia para la discusión, cuando se trata de dar respuesta al problema de investigación planteado.

Los modelos foráneos

Ahora bien, situados en el plano comparado debe decirse que también existen discusiones sobre la incorporación de la prueba producida con anterioridad al juicio o fuera de él (aspecto que caracteriza a la prueba trasladada y que se opone a su validez en el juicio oral adversarial). En efecto, en los modelos italiano y anglosajón, que sirven de parangón principal al presente estudio, el debate es también intenso.

El “sistema” penal de los Estados Unidos de América.

Aunque este diseño responde a un modelo de estado Federado, distinto de la organización estatal aquí imperante, y, en consecuencia, a postulados constitucionales diferentes, importa destacar la observación que hace Gómez (2015, pp. 20-21), en el sentido de calificarle como: “el primer país en poner en práctica los derechos fundamentales del acusado en un proceso penal” (“en las diez primeras enmiendas a la Constitución que conforman la llamada *Bill of Rights* aprobada en 1791”), articulándose en un modelo de enjuiciamiento penal ‘garantista’ por encima de países como Francia, Alemania e Italia, razón poderosa que le ha significado convertirse en el modelo a seguir a la hora de reformar y organizar el proceso penal en países democráticos (Gómez, 2008, p. 8; Gómez, 2015, p. 22).

Desde luego, cabe precisar que si bien en este país no hay un procedimiento unificado, sino que subsisten por lo menos cincuenta y dos tipos de procesos –el del Estado Federado, los de los cincuenta Estados que lo conforman y el modelo del Distrito de Columbia, sin mencionar los territorios no incorporados como Islas

Vírgenes–, con excepción del Estado de Luisiana, que deriva del Código Napoleónico de Francia, subsisten unos caracteres que permiten hablar de un patrón de justicia dominante (Muñoz, 2006, p. 123; Méndez, 2007, p. 141; Alcaide, 2012, p. 45 y ss.; Gómez *et al.*, 2013, p. 34; Gómez, 2008, p. 8; Gómez *et al.*, 2013, p. 34 y ss.; Gómez, 2015, p. 79), en torno al cual girará este breve análisis.

Resulta indiscutible que el juicio estadounidense es un modelo de oralidad, intermediación y concentración (Méndez, 2007 p. 148), lo cual tiene su fundamento en la VI Enmienda de la Constitución conforme a la cual “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito”, pero no procede para delitos menores (Sentencia C-591, 2005, CConst.). Se trata de un proceso penal con una ‘marcadísima tendencia a evitar el juicio a toda costa’; bajo el supuesto de que tan solo entre el 5% y el 10% de los delitos graves llegan a juicio (Muñoz, 2006, p. 326; Gómez, 2008, p. 55; Gómez *et al.*, 2013, p. 16; Gómez, 2015, p. 107). El insumo de prueba por excelencia reside fundamentalmente en los dichos de los testigos; por ello, las partes, a través de sus abogados, y no el juez a cargo, tienen la principal responsabilidad de interrogar a los testigos en presencia de aquellos a quienes corresponde valorar los hechos (Méndez, 2007, p. 148).

Ahora bien, el sistema de enjuiciamiento penal norteamericano se delinea a partir de tres aspectos fundamentales: sistema adversarial (*Adversarial System*), debido proceso legal (*Due Process of law*) y equidad (*Fairness*) (Gómez, 2008, p. 27; Bernate, 2014). Frente a los aspectos procedimentales, surgen dos elementos principales: En primer lugar, la existencia del juicio por jurados para la mayoría de los asuntos por delitos graves, lo cual impone que la prueba deba producirse frente a quienes tienen la facultad de juzgar (art. 3, apartado 2, y 6a. Enmienda, Constitución de los EE. UU.), lo que es expresión muy clara del principio de intermediación. La vigencia de este principio se sostiene a partir de la instrumentación del debate en el cual los jurados “en una audiencia oral, ininterrumpida y contradictoria” concluyen la existencia o no de un hecho ilícito; a la par, el proceso se concibe como un fenómeno histórico con base en “un método de adquisición del conocimiento” para el cual este principio se erige en “una regla epistemológica” al interior del mismo. En fin, la naturaleza de los jurados, sería “la razón de ser de la regla sobre prueba de referencia y, en particular, de su función como regla de exclusión”, frente a “quienes no han sido capacitados para hacer un cernido respecto a aquella prueba cuyo proceso de transmisión presenta problemas de *confiabilidad* –se trata, pues, de una normativa procesal encaminada a mitigar o reducir el efecto de cierto tipo de prueba en el ánimo de los jurados– (Vélez, 2010, pp. 1 y 3).

Así mismo, en segundo lugar, como regla general el jurado observa una actitud pasiva en el desarrollo de la práctica probatoria pues no hay norma positiva que le reconozca la facultad de formular preguntas a los testigos, así sea siquiera para tomar notas con el fin de que los jurados se limiten a ‘ver’ y ‘escuchar’ la práctica probatoria de las partes (Folgueiro, 1999 p. 312). Sin embargo, como tampoco existe norma alguna que prohíba a los miembros del jurado esta posibilidad, se

sostiene que el juez de forma discrecional puede formular preguntas que surjan del jurado, previo planteo de estas por escrito (Gómez *et al*, 2013, p. 399).

Ahora bien, aunque este sistema probatorio enfatiza en la prueba oral y en la inmediatez, de igual modo que en nuestro sistema el proceso estadounidense tampoco observa una “rígida aplicación del derecho fundamental a la intermediación” (Díaz, 2009, p. 124); de esta manera, aunque este sistema probatorio hace ese énfasis admite la posibilidad de que las partes ‘interroguen extrajudicialmente’ y ‘antes de la audiencia probatoria’, a potenciales expertos y testigos (*depositions*) e intercambien documentos, a través de la figura del *discovery*. Este último instituto “es un proceso esencialmente privado entre las partes en el que éstas debaten, objetan y si es posible llegan a un acuerdo sobre qué documentos y testimonios extrajudiciales desean recibir” (Sabater, 2011, pp. 8 y ss.). Sin embargo, como se ha observado,

[n]o todos los documentos o testimonios obtenidos por vía de *discovery* pasan a formar parte del acervo probatorio del caso. En realidad, son las partes quienes libremente determinan qué documentos o testimonios obtenidos por vía de *discovery* desean aportar en el juicio o audiencia probatoria en apoyo de sus pretensiones o excepciones. Prueba es solo aquella información –obtenida o no a través del *discovery*– que una parte aporta al proceso en apoyo de su pretensión (Sabater, 2011, pp. 8 y ss.).

No obstante, se observan excepciones al principio de intermediación como sucede –en primer lugar– con el *Hearsay*. Esta regla es quizá la más compleja de las excepciones que se le plantea al citado principio y se refiere a las declaraciones efectuadas por cualquier persona (testigo directo o no de los hechos, e incluso peritos) a alguna de las partes (fiscal o abogado de la defensa) en ausencia de la otra, que se puede introducir como prueba en el juicio así no haya sido sometida a contradicción. Por ello, según la Regla 801 c) de la FRE *Hearsay* este procedimiento implica una declaración hecha fuera del juicio (sin contradictorio) que la parte propone como prueba para demostrar la veracidad de una afirmación realizada en juicio (Gómez, 2015, p. 348-349); no obstante, se debe observar que la jurisprudencia ha introducido numerosas y complicadas excepciones a esta regla para prohibir la valoración de esta clase de declaraciones que no se han sometido a contradicción.

Otra excepción, en segundo lugar, es la que se presenta con las *depositions en el curso del discovery*. Ellas son testimonios que se practican en un escenario extrajudicial y, como señala la doctrina, “se trata de interrogatorios de testigos o de partes, bajo juramento y sin la presencia del juez, que quedan registrados y posteriormente son transcritos para su empleo en el juicio” (Sánchez, 2015).

La figura del *Discovery* admite la posibilidad de que las partes “interroguen extrajudicialmente” y “antes de la audiencia probatoria”, a potenciales expertos y testigos (*Depositions*) e intercambien documentos. El *Discovery* es, por ello, “un proceso esencialmente privado entre las partes en el que estas debaten, objetan, y, si ello es posible, llegan a un acuerdo sobre qué documentos y testimonios extrajudiciales desean recibir” (Sabater, 2011, pp. 8 y ss.). Sin embargo, no todos los

documentos o testimonios obtenidos por vía de *Discovery* pasan a formar parte del acervo probatorio del proceso; en realidad, son las partes quienes libremente determinan qué documentos o testimonios obtenidos por la vía de *Discovery* desean aportar en el juicio o en la audiencia probatoria correspondiente en apoyo de sus pretensiones o excepciones.

Así mismo, en tercer lugar, debe hacerse referencia a la *admisibilidad del registro de las manifestaciones de confesión del capturado bajo custodia de la policía*, un tema bastante espinoso sobre el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos (sentencia *Miranda vs. Arizona*, 1966), declaró admisible en juicio las manifestaciones de confesión de una persona en el interrogatorio de la policía (bajo custodia de la policía), hechas en ausencia de un abogado, en los eventos en que se demostrara que el acusado renunció a sus derechos; en esa oportunidad el registro de confesión fue ofrecido por los policiales como evidencia. Sin duda, es desde esta histórica decisión a partir de la cual surge la obligatoriedad para los agentes de policía de dar a conocer sus derechos a los sospechosos, amén de que se declaró la admisibilidad del testimonio de los policías que presenciaron la confesión del custodiado (Carlo, 2001; Díaz, 2009, p. 124). Con posterioridad, la Corte (sentencias *Harris vs. New York*, 1971; *Oregon vs. Hass*, 1975), declaró que aun en aquellos asuntos en que no se dieron a conocer los derechos del capturado, el uso de las manifestaciones por confesión del imputado en interrogatorios de la policía, resultan admisibles con fines de impugnación, si el acusado opta por declarar en juicio (Castillo, 2012, p. 435).

Otra discusión que se presenta en ese sistema es en torno al *uso del 'escrito de pasada memoria'*. Sobre este asunto, destaca Vélez (2010, p. 383), que el mismo tiene un uso restringido queriéndose con ello evitar que en la práctica el Jurado se impresione demasiado y le asigne un valor excesivo a las declaraciones escritas por encima del testimonio producido en sala del cual el Jurado no hace acopio de formatos escritos. Así, se considera un error permitir que un escrito en forma de transcripción llegue a manos del jurado. Ello, por supuesto, lleva a preguntarse si como se concibió tal regla ella debe aplicarse de forma irrestricta en un sistema que, aunque presume la inmediación, ni en la ley ni en la práctica cumple con los presupuestos para los cuales surgieron dichas reglas: primero, porque como se mencionó no tenemos jurado sino jueces de carrera instruidos en la valoración probatoria; y, segundo, porque como es de público conocimiento la concentración y celeridad en los procesos judiciales infortunadamente no se cumple por múltiples factores, entre ellos, la congestión judicial y el número indefinido de audiencias que no se realizan y deben ser aplazadas. En todo caso, como lo menciona el autor citado, es una regla que no ha estado libre de cuestionamientos y los que abogan por un uso sin restricciones plantean un uso ilimitado y argumentan todo lo contrario, es decir, que dichas declaraciones ofrecerían mayor confiabilidad (Vélez, 2010, p. 384).

Cabe recordar, que el año 2006 en el caso *Davis v. Washington*, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos se enfrentó a la admisibilidad de las decla-

raciones de una testigo no disponible, hechas mediante una llamada al sistema de emergencias 911. En esa oportunidad, dicha corporación definió el carácter testimonial o no testimonial de las manifestaciones emitidas bajo esas circunstancias y concluyó que, de un lado, una declaración no es testimonial cuando, aún hecha en el curso de un interrogatorio de la policía, “se hace bajo circunstancias que objetivamente indican que el propósito principal era recibir ayuda en medio de una emergencia”; y, por otro lado, dijo que

[l]as manifestaciones hechas durante una llamada al sistema de emergencia 911 son testimoniales –y, por lo tanto, sujetas a las delimitaciones de Crawford v. Washington, *supra*– cuando ya no existe el riesgo potencial creado por la emergencia, y, añádase, el objetivo principal de la declaración es establecer o probar eventos que ya pasaron y que son potencialmente relevantes para una posterior presentación de cargos por el Ministerio Público (Caso 2010 DTS 205 Pueblo vs. Guerrido López, 2011).

Finalmente, importa destacar la referencia que hace el profesor Chiesa (1998, p. 614), al tratar el tema del uso de las declaraciones anteriores de testigos en el Código de Evidencia de California y las Reglas Federales de Evidencia, que, para darle sus efectos, las clasifica en tres grupos: declaraciones inconsistentes con el testimonio en corte; declaraciones consistentes con el testimonio en corte y declaraciones identificando una persona tras haberla percibido el declarante. Con esto, mientras se desestima el uso de las declaraciones anteriores que coinciden con el testimonio en la corte, “les da pleno uso a las declaraciones sobre identificación de una persona, ya que son, de ordinario, más confiables que el testimonio de identificación en corte; la declaración anterior es más cercana a la percepción del identificado y menos afectada por eventos posteriores”.

Como se ve, las excepciones que admite el modelo estadounidense implican mayor informalidad que el mecanismo de la prueba trasladada, pues, se admiten elementos de prueba recaudados fuera del juicio sin la presencia de la autoridad competente alguna. Y ello, a no dudarlo, es un muy interesante modelo desde la perspectiva del derecho comparado cuando se discute la procedencia o no del mismo fenómeno en el derecho positivo.

El sistema procesal penal italiano.

En dicha nación se define el sistema acusatorio consagrado por el *Codice di Procedura Penale*, como: “aquél en el cual sólo las pruebas practicadas (*formate*) en el juicio oral, con garantía del principio contradictorio, pueden ser utilizadas para fundar la sentencia judicial” (Illuminati, 2008, p. 154). Sin embargo, en este patrón procesal también se admiten excepciones que representan cierta desviación de su estructura como sucede, por ejemplo, cuando: “para evitar la pérdida de la prueba resulta necesario permitir su práctica anticipada”; así mismo, “en los casos en que el testigo llamado a declarar en el juicio oral es sometido a presiones” –con el fin de que no responda al interrogatorio o falte a la verdad–, en cuyo evento “las declaraciones precedentes emitidas en la fase de instrucción” surten eficacia probatoria,

a tal punto que el propio art. 111.5 de la carta fundamental (Constitución de la República Italiana, 1947) de ese país permite la excepción “al principio contradictorio en la formación de la prueba” (Planchadell, 2010, p. 154).

Ahora bien, el art. 111 constitucional reformado en el año de 1999 prevé que: “no se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o su defensor”. Sin embargo, a reglón seguido, la misma norma constitucional excepciona este principio al advertir que: “la ley regulará aquellos asuntos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifiestamente ilícita”. También, el Código conforme con las modificaciones a través de la Ley 63 de 2001 (Codice di Procedura Penale, 2017, art. 500), admite que una declaración realizada fuera del juicio pueda usarse para impugnar credibilidad con el fin de asegurar el derecho de confrontación de las declaraciones de los coacusados, pero no “como evidencia sustancial del delito”; sin embargo, esta prohibición no es absoluta. En los casos en que exista evidencia de la cual se infiera que el testigo ha sido objeto de violencia, amenazas, o soborno para alterar su testimonio en el juicio, las declaraciones previas sí pueden ser usadas como evidencia sustancial.

Para otros casos, el artículo 500 limita a situaciones muy específicas el uso de declaraciones inconsistentes (inciso 3 del artículo 500), lo cual tiene que ver con el problema del uso de las declaraciones de un cómplice contra un acusado. La disposición normativa señala que si un coacusado durante el juicio se rehúsa a responder y ejerce su derecho a mantenerse en silencio, sus declaraciones previas, realizadas fuera de la corte, no pueden usarse como evidencia sustancial contra él a menos que lo consienta (Pizzi & Montagna, 2004, pp. 24-25). Este precepto es reiterado por el artículo 256, inciso 1, el cual prevé lo siguiente: “la culpabilidad del acusado no puede basarse en las declaraciones realizadas fuera de la corte por cualquier persona que voluntariamente evita ser examinada por el acusado o su abogado” (Codice di Procedura Penale, 2017).

Ahora bien, la excepción quizá más representativa es la posibilidad de “anticipar la práctica de la prueba”, a través del ‘incidente probatorio’ que permite admitir con plena eficacia en el juicio elementos recogidos fuera de éste (Caso 2003, p. 12). Se prevé como un procedimiento mediante el cual “el juez de las investigaciones preliminares” o “el juez de la audiencia preliminar” “en ocasiones puede asumir pruebas con plena eficacia para el juicio. Es un procedimiento que se desarrolla “en cámara de consejo”, con la participación del ministerio público y del defensor (Caso, 2003, p. 12).

En virtud del incidente probatorio, las declaraciones practicadas en el curso de investigaciones preliminares pueden ser introducidas al juicio mediante su lectura (Pepino, 2003, p. 99), en los siguientes eventos: de un lado, *testimonios* cuando medien “motivos fundados” que indiquen que el testigo no podrá declarar por

enfermedad o 'por otro grave impedimento', o que 'pueda llegar a sufrir violencia, amenazas o chantaje para que no declare o declare en falso'; de otro lado, el examen de indagados o imputados en procesos contra 'crimen organizado'; y, añádase, el careo de testigos en eventos antes citados, la pericia que pueda sufrir modificaciones o que pueda provocar suspensión del debate por lapso mayor a 60 días y, en fin, el testimonio del menor de 16 años víctima de un delito contra su integridad sexual. Los artículos 511 *bis* y 238 establecen como una facultad del juez, disponer la lectura de las pruebas de otro proceso penal, siempre que hayan sido practicadas en el incidente probatorio o en su debate (Codice di Procedura Penale, 2017). Además de las anteriores excepciones, se confiere a las partes la posibilidad de consentir sobre el uso de las pruebas preconstituidas (Pepino, 2003, p. 101).

Como se ve, pues, las excepciones que con muchas críticas (Pepino, 2003, p. 102) se plantean en el modelo italiano, no distan mucho de nuestro mecanismo de la prueba trasladada.

El modelo penal español.

En este sistema, que ha sido definido como de tipo acusatorio mixto (Gómez, 2008, p. 7) también existen discusiones sobre la incorporación de la prueba producida con anterioridad al juicio. En efecto, si bien por virtud del principio de inmediación "se exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la prueba", excepcionalmente, se admiten elementos en que a pesar de no ser reproducidos en el juicio oral pueden alcanzar validez, incluso para derrumbar la presunción de inocencia. Allí, resulta admisible un medio similar a la prueba trasladada, respecto a la cual deben observarse las garantías del juicio oral, en particular la de contradicción (Jaén, 2008, p. 2). El art. 730 LECrim. (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2015), permite que puedan "leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral" (Jaén, 2008, p. 2).

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo advierte que sólo es posible valorar, previa lectura en el juicio oral, conforme a dicho artículo, las declaraciones de un testigo en el sumario o el procedimiento abreviado, si este ha muerto, si ha desaparecido o si se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal y este no puede lograr su presencia (Jaén, 2008, p. 2). Por su parte el Tribunal Constitucional hace hincapié en que:

[c]uando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral [art. 714 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrin)] o bien una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo, siempre y cuando se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentaron o la introducción de su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo la condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción (STC 33, 2015).

Además de las excepciones antes mencionadas de los sistemas europeos referenciados, importa destacar que el contexto del proceso penal europeo se ha ocupado de presentar algunas proposiciones frente a la disyuntiva de admitir “material probatorio obtenido de acuerdo con las reglas de otro ordenamiento en el juicio oral”, por ejemplo: ‘interrogatorio de testigos’ o interceptaciones telefónicas, bien sea en el marco de la cooperación judicial o de actuaciones de persecución supranacional. Para esos efectos, el Parlamento Europeo se ha planteado la posibilidad de un procedimiento único para el continente europeo (Directiva 2014/41/CE), como lo ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, armonizando las medidas que afectan derechos fundamentales y bajo un uso proporcionado, de tal manera que se da cabida a los llamados “sucedáneos probatorios” (Tiedeman, 2006, p. 5).

El proceso penal de la Argentina.

Este modelo permite que en los casos en los cuales haya un medio de prueba recibido con anterioridad al debate (entiéndase audiencia de juicio oral), existan “una serie de disposiciones formales” para que pueda ser introducido al juicio, mediante su lectura en esa audiencia y “su resultado se protocoliza”. Esos desarrollos se enfocarían a “la prueba del hecho imputado” y las “circunstancias eventualmente introducidas para contrarrestar la imputación”; y a las características se concretan a “los actos definitivos e irreproducibles”. De esta manera, se prevé “un verdadero anticipo de la recepción de la prueba” con efectos en la decisión final; no en vano dicho ordenamiento faculta al abogado defensor para que asista a esos actos antes del juicio (Maier, 2004, p. 589).

En efecto, de un lado, la Provincia de Buenos Aires (Código Procesal Penal, Ley 11.922, 1997, art. 366), establece que se podrán incorporar a través de su lectura: la declaración del imputado conferida en la investigación penal; la declaración de quien hubiese fallecido, se encontrare ausente o se dificultare su paradero; las declaraciones de los imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible; la denuncia; la prueba documental; los informes; las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe. Asimismo, la norma consiente el ingreso por lectura de medios probatorios, incluso testimonios, por simple acuerdo entre las partes (art. 366, 1).

Por otro lado, en la Provincia de Neuquén de ese mismo país –donde en noviembre de 2011 se introdujo un nuevo Código Procesal Penal que le apuesta a un sistema adversarial puro–, se prohíbe la introducción de la “prueba por lectura al debate”, de forma que ella se practique en esa audiencia; se admiten también algunas excepciones: como los anticipos extraordinarios de prueba revelados en las etapas anteriores, para que “sean reproducidos visualmente en el juicio” (Harfuch, 2013, p. 40). Se trata, pues, de excepciones al principio de la inmediación de la prueba, con amplias similitudes al mecanismo de la prueba trasladada objeto de este estudio.

Otras codificaciones.

También, otros códigos o textos legales de nuestro entorno cultural se pronuncian sobre la materia objeto de esta incursión académica. Así, por ejemplo, la legislación panameña prevé el instituto del “anticipo judicial de prueba” (y ello no descarta el fenómeno de la prueba trasladada que va implícito) cuando se dan diversos supuestos (Código Procesal Penal de Panamá, 2008, Artículo 279), esto es, se trata de casos en los cuales de manera excepcional (en situaciones de urgencia) se le puede solicitar al juez de garantías la producción anticipada de prueba: 1. Cuando se trate de un acto que, por las circunstancias o la naturaleza y características de la medida, deba ser considerado como un acto definitivo e irreproducible; 2. cuando se trate de una declaración que, por un obstáculo difícil de superar, sea probable que no pueda recibirse durante el juicio; 3. cuando el imputado esté prófugo y se tema que por el transcurso del tiempo pueda dificultar la conservación de la prueba; y 4, cuando sea evidente el riesgo de que por la demora se pierda la fuente de la prueba.

Así mismo, la legislación procesal peruana prevé el mecanismo de la “prueba anticipada”, con lo cual tampoco desecha de plano el asunto de la prueba trasladada en diversos supuestos (Código Procesal Penal, 2004, artículos 242 y ss.):

- a) Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando éste sea procedente.
- b) Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 182.
- c) Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.

Incluso, en el derecho procesal penal hondureño se dispone la posibilidad de hacer lecturas autorizadas en el juicio cuando se trata de ciertos eventos como los casos de prueba anticipada u otras situaciones excepcionales (Código Procesal Penal, 1999, Artículo 311); así mismo, en Nicaragua se prevén ciertas pruebas anticipadas cuando se dan eventos excepcionales (peligro de muerte, testigo no residente en el país, etc.) (Código Procesal Penal, artículo 202), mecanismo llamado como “anticipo de prueba personal”.

La prueba trasladada en nuestro ordenamiento

Aquí el concepto de prueba se entiende en un sentido amplio, y desde el punto de vista lógico, “quiere decir a un mismo tiempo todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa”; y, desde una perspectiva más

amplia y, con abstracción de sus orígenes, “significa la fuente de motivos que nos suministran ese conocimiento”. Por eso, se dice que la primera es una concepción subjetiva y la segunda es objetiva (Florian, 1982, p. 43). Sin embargo, en esta sede no se alude a todo tipo de pruebas sino a aquellas que, como ya se dijo, el derecho nacional conoce como *trasladadas*, esto es, las que producidas en un escenario distinto al juicio oral se hacen valer en éste; y que, adviértase, aunque hay similitudes, no se pueden confundir con las pruebas *anticipadas* que sí están previstas en nuestro ordenamiento (C. P. P., arts. 16 y 284) entendidas por la doctrina hispana, así:

[c]onsiste en la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento (y que es un cierto momento en la vista del juicio oral), que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o de la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma (Ortells, 2013, p. 298).

Así mismo, no se debe involucrar la prueba *trasladada* con la prueba *de referencia* que, junto con la *anticipada*, son las dos excepciones expresas a la ausencia de práctica de una prueba en el juicio oral en el vigente sistema procesal penal (Sentencia de febrero 27 de 2013, Radicado: 38773, CSJ). Ahora bien, adviértase, la prueba de referencia –que parece ser el concepto más genérico– es aquella que muy bien define la propia normatividad:

[S]e considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio (C. P. P., art. 437).

Desde luego, el asunto de la prueba trasladada –que no anticipada– suscita en el actual sistema de tendencia acusatoria un interesante debate porque cabe discutir si tal instrumento de cognición tiene o no cabida en ese diseño. Ahora bien, si se mira la jurisprudencia existente sobre la materia que ocupa este trabajo se observa que en el derecho positivo el asunto no ha sido objeto de un debate a profundidad; en efecto, de un lado, la posición mayoritaria (Sentencia de septiembre 21 de 2011, Radicado: 37205, CSJ; Auto de abril 24 de 2013, Radicado: 40783, CSJ; Auto de febrero 19 de 2015, Radicado: 43976, CSJ; Auto de septiembre 30 de 2015, Radicado: 46153, CSJ), aboga por la inadmisibilidad de ese mecanismo en el proceso penal, para lo cual se invocan los postulados de contradicción, intermediación y oralidad; es más, téngase en cuenta que en estricto sentido la norma constitucional y la ley procedimental penal, a las cuales se ciñe la jurisprudencia, exigen que las pruebas se practiquen en sede del juicio oral. Sin embargo, otro sector de la opinión que se distancia de esa postura radical cree –por ejemplo– viable estimar como “elemento documental aportado de otro proceso” el que contenga el resultado de una interceptación telefónica recaudada con base en el rito procesal de la Ley 600 de 2000 y tenerlo como ‘prueba documental’; e incluso, con fines de impugnar credibilidad o refrescar memoria y, en ciertos casos, como prueba de referencia (Auto de febrero

15 de 2012, Radicado: 37943, CSJ; Auto de mayo 22 de 2013, Radicado: 41106, CSJ; Auto de agosto 28 de 2013, Radicado: 41764, CSJ; Auto AP 2293-2014/37414 de abril 30 de 2014, CSJ; y Auto AP896-2015/45011 de febrero 25 de 2015, CSJ).

Ahora bien, en el plano doctrinal Riveros (2013, pp. 620, 625) aboga por la admisibilidad de este instituto en concreto, pues, en su sentir, del mismo modo que la prueba de referencia, la prueba trasladada, puede ser analizada “a través de la óptica del testimonio”, lo cual es acorde con los principios constitucionales que orientan el proceso penal; aunque, anticipa, el resultado (de validez) no será el mismo. Así mismo, la Ley 1564 de 2012 (C. G. P., art. 174), establece lo siguiente:

[L]as pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas.

Esta disposición por mandato del artículo 1º, adviértase, se aplica “a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”, el cual, como lo advirtió la jurisprudencia (Auto AP4864-2016/42720 de julio 27 de 2016, CSJ) no se contrapone al procedimiento penal y, por efecto del principio de integración establecido en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, “se aplica con el fin de llenar los vacíos normativos que deban subsanarse”.

Además, la norma fundamental del Estado establece en su art. 271 que: “los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente” (C. N.). Se trata, sin duda, de un precepto constitucional que se mantiene vigente, pese a las críticas de ir en contra de los principios probatorios de los sistemas procedimentales orales [especialmente, contra la estructura probatoria del sistema penal acusatorio (Urbano, 2012, p. 76 y ss.)].

En materia penal, aunque el Código de Procedimiento Penal no incorporó este mecanismo, las inquietudes suscitadas en torno de su admisibilidad que se mantienen a más de trece años de entrada en vigencia del nuevo modelo, han ameritado ciertos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia la cual, en la mayoría de sus pronunciamientos, afirma la inadmisibilidad de ese mecanismo mientras que, en otros pocos fija un uso restringido.

Ahora bien, frente a la posibilidad de apreciar una prueba trasladada la Sala de Casación Penal (Sentencia de septiembre 21 de 2011, Radicado: 37205, CSJ; Auto de abril 24 de 2013, Radicado: 40783, CSJ; Auto de febrero 19 de 2015, Radicado: 43976, CSJ; Auto de septiembre 30 de 2015, Radicado: 46153, CSJ) señala que ella es inexistente, habida cuenta de que en virtud del artículo 377: “toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, in-

tervinientes que hayan asistido y del público presente". Esta postura, desde luego, tal vez por provenir del máximo órgano de cierre en la materia, es acogida en forma mayoritaria por la doctrina nacional. Sin embargo, aunque la jurisprudencia da por clausurado el debate la propia Corporación, en otras decisiones (Auto de febrero 15 de 2012, Radicado: 37943, CSJ; Auto de agosto 28 de 2013, Radicado: 41764, CSJ; Auto AP 2293-2014/37414 de abril 30 de 2014, CSJ), fija algunos criterios que permiten predicar cierto distanciamiento de esa postura radical, que califica como inexistente aquel mecanismo y le otorga flexibilidad, cuando se trata de las siguientes situaciones:

En efecto, en primer lugar, al debatir una prueba trasladada desde el exterior en sede de casación y en un asunto rituado por la ley 600 de 2000 la Sala de Casación Penal la encontró admisible a condición de que la misma se haya practicado en debida forma y se respete el derecho de contradicción:

[P]or consiguiente la prueba trasladada practicada fuera de nuestro país, cuyas formalidades no pueden ser reprobadas por las autoridades colombianas en virtud del principio de soberanía de los Estados que impide al que ha solicitado la colaboración judicial cuestionar la autenticidad y validez de las remitidas, conforma un medio de convicción que puede y debe ser valorado por el juzgador conforme a las reglas previstas en nuestro ordenamiento siempre y cuando además se advierta el cumplimiento de los restantes axiomas que orientan la actividad probatoria y muy especialmente la contradicción, como en efecto tuvo oportunidad de ejercerla ampliamente en este asunto el procesado tanto en forma directa como a través de su defensor (Sentencia de abril 2 de 2008, Radicado: 25158, CSJ).

Así mismo, en segundo lugar, el 'documento contentivo del resultado de las interceptaciones telefónicas', producido en otro proceso judicial es admisible, en cuyo caso es viable estimarlo como 'elemento documental aportado de otro proceso'; la razón es clara: es una prueba documental que se introduce en esa calidad y no cabe calificarla de ilícita sino estimarla en su verdadera naturaleza, esto es, como 'elemento documental' (Auto de febrero 15 de 2012, Radicado: 37943, CSJ). El asunto tratado por el alto tribunal en esa oportunidad vinculó un elemento recaudado en etapa de investigación previa en una actuación judicial bajo el procedimiento escritural de la Ley 600 de 2000.

También, en tercer lugar, cuando un 'entrevistado' acude al juicio a declarar se abre la posibilidad para que la 'manifestación anterior' pueda ser empleada, no solamente para impugnar credibilidad o refrescar memoria, sino como 'elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos' (Auto de agosto 28 de 2013, Radicado: 41764, CSJ; Auto AP 2293-2014/37414, de abril 30 de 2014, CSJ); no obstante, se estima que no puede validarse o ingresar al debate como 'prueba autónoma'.

En cuarto lugar, en ulterior pronunciamiento (Auto AP896-2015/45011 de febrero 25 de 2015, CSJ), se habló del "uso de las exposiciones juradas rendidas en proceso diferente" y se advirtió lo siguiente:

[...] el funcionario judicial de conocimiento no puede desdeñar la información ofrecida en las exposiciones previas, pues las mismas le sirven para apreciar la credibilidad en su exacto contexto de las atestaciones vertidas en la audiencia del juicio oral por el deponente, ellas inciden en la asignación o negación de un determinado poder suasorio o de persuasión del testimonio. [...] las exposiciones pueden haberse rendido en proceso diferente al que se llevan para refrescar memoria o impugnar credibilidad, no necesariamente tienen que haberse producido en este último en la fase de investigación o en la propia audiencia, este es el alcance que emerge de la interpretación de los artículos 347 inciso 1°, 393 inciso 1° literal b) y 403 numeral 4° de la Ley 906 de 2004. Bajo las premisas anteriores, a la parte (la fiscalía) no le está prohibido en un dado caso impugnar la credibilidad de sus propios testigos, ni tampoco apoyarlos con ayudas para refrescar su memoria, legitimación que está además habilitada en la medida en que la confrontación o el recuerdo se fundamenta en exposiciones del mismo testigo y sobre supuestos que tienen relación con los hechos objeto del proceso penal al que se llevan.

Así mismo, en quinto lugar, frente a una solicitud presentada por el defensor en ese mismo asunto (Auto AP896-2015/45011 de febrero 25 de 2015, CSJ) para que se le decretara la “introducción al juicio como prueba de referencia” de una declaración rendida en otro proceso, se autorizó dicho proceder al encontrar acreditado el supuesto del ‘literal d) del artículo 438’ del C. P. P. (L. 906/2004) –víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar– y frente a la materialización de dicho acto se advirtió lo siguiente:

[...] no se está reclamando para este proceso que la declaración de J D ingrese sin trámite diferente al de la incorporación del acta que la contiene, caso en el cual se tornaría en la inadmisibles prueba trasladada, en este caso además deberá socializarse en el juicio oral para cumplir los principios de inmediación, publicidad y concentración y ofrecer la oportunidad a la contraparte de impugnar credibilidad y de interrogar al órgano con el que el medio se lleva a la audiencia sobre supuestos de autenticidad, entre otros.

Todavía, en sexto lugar, en épocas más recientes y en medio de muchos bandazos en esta materia, se debate sobre el asunto y se afirma que para introducir documentos en el juicio oral se requiere un testigo de acreditación, pero a diferencia de otras decisiones más radicales ahora se matiza para afirmar que aquel “sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004”, por lo cual cuando ellos “gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada” (Sentencia SP7732-2017/46278 de junio 1 de 2017, CSJ). En otras palabras, se da cabida de manera subrepticia a la prueba trasladada en ciertos casos así se le llame de otra manera.

Ahora bien, en el plano doctrinal el profesor Parra (2006, p. 787) advierte que el art. 29 constitucional se constituye en una excepción al principio de inmediación, por el cual se opondría a la admisibilidad de la prueba trasladada. Esta norma superior establece el derecho del sindicado a la prueba, al consagrar la potestad de “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, lo cual se

traduce en la facultad en cabeza de la persona vinculada a un proceso penal para obtener la prueba que le permita demostrar su pretensión “en forma natural, sin un esfuerzo sobrehumano”, norma que para el citado doctrinante, explica la regulación de la prueba anticipada en el proceso de corte adversarial. Como es obvio, en este contexto y, en términos ‘muy generales’, la prueba se entiende como

[c]ualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre (...) son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas típicas) como aquellos que la ley no regula expresamente (las dominadas pruebas atípicas) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos (Taruffo, 2009, pp. 59-60).

Por su parte Riveros (2013, pp. 620, 625), en contra del criterio dominante en los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte, sostiene que el mecanismo de la prueba trasladada sí tiene cabida en el sistema vigente a cuyo efecto se fundamenta en los contenidos de los artículos 437 a 441 de la Ley 906 de 2004, bajo ‘la óptica del testimonio’, admisibilidad que se condicionaría según él a que esa modalidad de prueba sea contrastada con el testigo aunque, anticipa, el resultado de validez no sería el mismo. Para este autor la regulación de la *prueba de referencia*, que incorpora la Ley 906 de 2004 –entendida como “toda declaración realizada fuera del juicio oral”, que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación...y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate... (p. 617)– y la noción de *prueba trasladada* –la que habiendo sido practicada válidamente en otro proceso podrá apreciarse en otro “sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella” (C. G. P. art. 174)– son conceptos que se equiparan en tanto se trata de instrumentos de cognición realizados por fuera del juicio oral, aunque con unos resultados en la práctica distintos.

Es más, ese doctrinante agrega que la prueba trasladada ofrece mayores garantías para el imputado dado que fue previamente presentada y validada en un escenario judicial, que no por ello está exenta de ser sometida al filtro de la intermediación, la contradicción y la concentración, mientras que –y aquí se marca el contraste– la prueba de referencia no ha sido explorada en su validez. Por ello, cree, aquella es más idónea y garantista que la misma prueba de referencia. En conclusión, la prueba trasladada sí resulta admisible y en ella se deben destacar por lo menos cinco situaciones sobresalientes: no fomenta la pérdida de rigurosidad en la investigación o en la defensa, pues las partes deben surtir el mismo proceso; hace parte del acervo probatorio global que se presenta en el juicio y que debe valorar el juez para fallar; es una prueba directa; está sujeta a contradicción; y, como si fuera poco, es introducida en sede de juicio oral frente al juez de conocimiento.

Por el contrario, Decastro (2008, p. 137 y ss.) considera que las reglas sobre prueba de referencia contenidas en la Ley 906 de 2004, no deben aplicarse a los casos de declaraciones anteriores del testigo, dado que estas no resultan admisibles frente

a quien se haya *disponible* para declarar en juicio, pues, en dichas circunstancias se incumple el requisito de la no disponibilidad del declarante; mucho menos, deben admitirse como “prueba directa, autónoma e independiente”. Sin embargo, añade en otro trabajo, “las declaraciones anteriores de testigos *no disponibles* para declarar en juicio” sí

[p]ueden hacerse valer como prueba de referencia admisible al amparo de la cláusula de excepción residual admisible o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional prevista en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se trate de situaciones especiales de fuerza mayor que no puedan ser racionalmente superadas (Decastro, 2009, p. 37).

A su turno, Urbano (2012, p. 208) advierte sobre el especial cuidado que debe observarse a la hora de admitirse en el juicio la prueba de referencia y/o los elementos materiales probatorios en los eventos establecidos por excepción legal, de forma que no se desnaturalice la nueva estructura probatoria.

No obstante, antes de abogar por una u otra posición es pertinente fijar algunos aspectos que ofrezcan claridad frente a la definición de la prueba de referencia y por qué no, explorar el origen de esta institución y su razón de ser. En efecto, como lo advierte Vélez (2010, pp. 3, 5 y 11), la noción de prueba de referencia surgió en el siglo XVI en relación con aquellos testigos que comparecían a declarar en procesos públicos ante jurados y, encontró evolución en el *Common Law*. Tradicionalmente, se le caracteriza como ‘una historia que proviene de la boca de otro’; por ello, en el derecho probatorio de Puerto Rico, que no dista mucho del de los Estados Unidos, es “una declaración aparte de la que hace el declarante al testificar en el juicio... que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado” (Chiesa, 1998, p. 566).

Como toda prueba testimonial, la prueba de referencia conlleva riesgos en la percepción, narración, memoria y sinceridad; principales razones para erigirle una regla de exclusión. Así, su fin sería “evitar que se admita prueba en la cual están ausentes las *condiciones* que tienen como función avalar la confiabilidad de la prueba testimonial” (Vélez, 2010, p. 12); no obstante, otro sector de la doctrina (Chiesa, 1998, pp. 565-566) considera que la falta de contrainterrogatorio de la parte contra quien se ofrece la declaración y la búsqueda de la verdad como propósito del derecho probatorio, serían las razones principales de esta regla.

Su razón de ser como regla de exclusión responde, pues, a la naturaleza del juicio por jurados, quienes no han recibido capacitación acerca de la valoración de pruebas que, como aquella, pueden ofrecer dudas frente a la confiabilidad del proceso de transmisión. Entonces, si como lo advierte el citado doctrinante puertorriqueño las reglas de exclusión, entre las cuales se incluyen las atinentes a la prueba de referencia, se instituyeron para un sistema adversarial que no incluía jueces de carrera capacitados para la valoración probatoria, no es acertado que se insista en la aplicación irrestricta de dichas reglas en un proceso penal cuyo diseño no incluye juicio por jurados sino, precisamente, el sistema de jueces de carrera. Se

insiste, pues, en la aplicación de una regla a un sistema que no posee el elemento para el cual fue creada (Vélez, 2010, pp. 3, 5, 11).

Así las cosas, de lo dicho se desprenden dos aspectos relevantes para este estudio: en primer lugar, si bien, el Código de Procedimiento Penal vigente no contempla el mecanismo de la prueba trasladada de forma explícita, admite, en ciertos eventos, el ingreso de elementos de prueba realizados fuera del juicio oral con fines de impugnar credibilidad y con ciertos fines probatorios, a través de la figura de la prueba de referencia. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los contenidos legales de los artículos 437 a 441 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004), serían aplicables también al mecanismo de la prueba trasladada o, como aquí se le denomina, prueba o elemento material probatorio por traslado. El razonamiento que hace la Corte no implica *per se*, que el mecanismo se encuentre prohibido y, en consecuencia, que resulte inadmisibles, pues, recuérdese que –como lo advierte el Profesor Ambos (2009, p. 7), en su ensayo acerca de la *doctrina* de las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán–, “para llegar realmente a una prohibición de utilización de pruebas, es necesaria o bien una *disposición legal expresa*” o bien “una fundamentación teórica”, y, frente al tema objeto de análisis, ni hay prohibición legal expresa ni los pronunciamientos de la Corte constituyen completa fundamentación teórica.

Así las cosas, resulta de suma importancia poder sumarse al debate en torno al problema de investigación que se plantea, pero ello se debe hacer a la luz de los postulados constitucionales establecidos en la Constitución Política y su fuerza regulatoria para el proceso penal, tal como se ha hecho en este trabajo.

Conclusiones

Llegados a esta instancia debe decirse lo siguiente. Con excepción del principio de inmediación, ningún canon constitucional vinculante para el proceso penal colombiano se opone al uso del mecanismo de la prueba trasladada; por el contrario, existen disposiciones expresas como las contenidas en los artículos 29 (debido proceso) y 271 constitucionales, que habilitan el uso de evidencias probatorias con carácter de prueba trasladada (como un derecho del sindicado, en el caso de la norma constitucional 29 citada). De esta manera, por virtud de las normas citadas, es admisible la utilización del mecanismo de la prueba trasladada en atención a que el derecho fundamental a la prueba –que es “típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa, justiciable mediante la acción de tutela”– (Ruiz, 2007, p. 187) prima cuando él entra en tensión con el derecho que se deriva del principio de la inmediación y bajo cuyos dictados sería inadmisibles.

Así las cosas, la respuesta a la pregunta planteada al comienzo –a manera de problema de la investigación– es afirmativa porque el instituto de la prueba trasladada es operante a la luz de los postulados constitucionales así, en principio, no se compadezca con la estructura del proceso penal de corte acusatorio colombiano vigente; por lo menos, no con las características con las que de forma tradicional se le han asignado en el ordenamiento interno. Sin embargo, debe advertirse, que el

uso de este mecanismo está condicionado a la observancia de las reglas de publicidad y oralidad fijadas por el Acto legislativo 03 de 2002, por lo cual estos instrumentos de cognición deben ser incorporados mediante su lectura en presencia del juez y los intervinientes. Y ello, téngase muy en cuenta, es producto de que –así la norma procesal penal no contemple de forma expresa el mecanismo de la prueba trasladada, como se ha dicho–, el legislador sí admite en ciertos eventos el ingreso de elementos de prueba realizados fuera del juicio oral con fines de impugnar credibilidad y con ciertos cometidos probatorios a través de la figura de la prueba de referencia que, además, en contra de lo que creen algunos no siempre es ilegal como lo ha dicho la jurisprudencia (Auto de marzo 6 de 2013, Radicado: 34509, CSJ).

Al mismo tiempo, cabe advertir que la dimensión subjetiva del principio de inmediación (mediante el cual se pretexta la inadmisibilidad de la prueba trasladada), también le permite al acusado como titular del derecho que surge de este postulado solicitar la admisibilidad de tal mecanismo en el juicio, guardando, claro está, las reglas formales de introducción de los elementos probatorios en dicha sede al tenor de lo señalado en la Ley 906 de 2004. Por ello, esta sería la materialización del reconocimiento del individuo como sujeto activo del proceso; especialmente, en la práctica de la prueba, que Jescheck (1974, p. 278), reclamaba como necesario en el proceso penal que se deriva del modelo Estado social de Derecho y que es, agréguese, componente esencial del sistema político aquí imperante.

Es más, debe aclararse que los razonamientos propios de la posición mayoritaria de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante los cuales se califica como inadmisibles la prueba trasladada en el proceso penal de corte acusatorio, no son integrales; y, además, se debe tener en cuenta que esa corporación olvida que el tenor literal del citado artículo 29 constitucional excepciona la aplicación del principio de inmediación, cuando consagra el derecho del sindicado a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”. Por eso, advierte el profesor Parra (2006, p. 787), ello se traduce en el derecho a obtener pruebas que permitan demostrar su hipótesis probatoria de forma natural y sin cargas sobrehumanas. En todo caso, de los contenidos legales de los artículos 437 a 441 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004), se puede deducir que también es viable la utilización del mecanismo de la prueba trasladada o, como aquí se denomina, prueba o elemento material probatorio por traslado.

Por último, a título de antecedente legal muy importante, cabe recordar que desde el año 2013 también se habilitó como ‘prueba autónoma’ para ser incorporada al juicio el registro de las entrevistas forenses realizadas a ‘niños, niñas y adolescentes’, víctimas de delitos contra su integridad y formación sexuales, practicadas incluso con ausencia de la defensa (Ley 1652/2013; Sentencia de marzo 4 de 2009, Radicado: 30645, CSJ; Sentencia C-177 de 2014, CConst.); en estos casos, fuerza concluir, resulta viable la utilización de elementos de prueba por traslado al estar de por medio el interés superior del menor de edad frente al que cede el principio de inmediación, todo ello –claro está– sin perjuicio del mérito que le otorgue el juez

a la información contenida en el medio de prueba y siempre que se respeten las reglas de pertinencia, conducencia y admisibilidad.

Por todo lo anterior, resulta necesario entonces que la jurisprudencia replantee su postura en torno a la inadmisibilidad del mecanismo de la prueba trasladada; pero, además, porque, como se advirtió, ni siquiera en los sistemas foráneos de tradición adversarial el principio de inmediación tiene la última palabra, pues existen excepciones que –fundadas en valores propios de cada modelo de Estado– habilitan, con menos garantías, el uso de ciertos elementos de prueba recaudados fuera del juicio u obtenidos de otros procesos de manera casi informal.

Referencias

- Alcaide, J. M. (2012). *La exclusionary Rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*. Tesis doctoral, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona. Recuperado de <http://www.tdx.cat/handle/10803/97362>.
- Ambos, K. (2009). Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán -fundamentación teórica y sistematización-. *Política criminal*, 4(7), 1-56.
- Andrés, P. (2003). Sobre el valor de la inmediación. (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia* (46), 57-66.
- Arboleda, P. B. (2014). El Estado Social de Derecho en la jurisprudencia constitucional. *Summa Iuris*, 2(1), 18-33.
- Auto 37943 (2012, febrero 15). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 34509 (2013, marzo 6). Recurso de casación. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 40783 (2013, abril 24). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 41106 (2013, mayo 22). Recurso de apelación. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 41764 (2013, agosto 28). Recurso de casación. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP 2293-2014/37414 (2014, abril 30). Recurso de casación. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Auto 43976 (2015, febrero 19). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuellar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP896-2015/45011 (2015, febrero 25). Recurso de apelación. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 46153 (2015, septiembre 30). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto 42720, AP4864-2016 (2016, julio 27). Recurso de casación. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Beling, E., Ambos, K. & Guerrero, O. J. (2011). *Las prohibiciones Probatorias*. Bogotá: Editorial Temis.
- Berdugo, I., & Arroyo, L. (2004). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Bernate, F. (2014). *El sistema penal del Common Law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana*. Bogotá: Ibáñez.
- Cabezudo, N. (2008). Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal: de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto. En F. Carpi & M. Ortells (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal 2008* (pp. 317-328) (Vol. 2). Valencia, España: Universitat de València.
- Carlo, V. D. (2001). Las confesiones: su naturaleza voluntaria y el derecho a no inculparse. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 40(1 y 2). Recuperado de <http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/vol-40-1y2/Vol40-1-08%20Las%20confesiones.htm>
- Caso, G. (2003). El sistema procesal penal italiano (ventajas y dificultades). *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, (17)12, 1-20. Recuperada de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001203>
- Caso Miranda vs. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>
- Caso Harris vs. New York, 401 U.S. 222 (1971). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/222/case.html>
- Caso Oregon vs. Hass, 420 U.S. 714 (1975). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/714/case.html>
- Caso 2010 DTS 205 Pueblo vs. Guerrido López 2010TSPR205 (2011). *Derecho a confrontar al perito que realizó informe químico*, Tribunal Superior de Puerto

- Rico. Recuperado de <http://practicaforenseusual.blogspot.com.co/2011/04/derecho-confrontar-al-perito-que.html>
- Castillo, I. (2012). El derecho a no autoincriminarse y las advertencias de “Miranda”: un nuevo retroceso de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Howes v. Fields*, del 21 febrero de 2012. *Ius et Praxis* (18), 427-438. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200015
- Chiesa, E. L. (1998). *Tratado de Derecho probatorio (Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales)* (T. II, 1 ed., reimpresión 2005). San Juan: Publicaciones JTS.
- Codice di Procedura Penale, Decreto 447 (1988, septiembre 22) (2017). Recuperado de <http://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/codice-procedura-penale.pdf>
- Código Procesal Penal, Ley 11.922 (1997, enero 10), Provincia de Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-11922.html>
- Código Procesal Penal, Norma 9-99-E (1999, diciembre 19), Honduras. Recuperado de https://iberred.org/sites/default/files/codigo_procesal_penal_de_honduras.pdf
- Código Procesal Penal, Ley N.º 406 (2001, diciembre 18), Nicaragua. Recuperado de https://iberred.org/sites/default/files/codigo_procesal_penal_de_nicaragua.pdf
- Código Procesal Penal Decreto 957 (2004, julio 22). Perú. Recuperado de https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-peru_0.pdf
- Código Procesal Penal, Ley 63 (2008, agosto 28), Panamá. Recuperado de <http://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/multimedia/2016/09/codigo-procesal-penal-comentado.pdf>
- Constitución Política (1991, julio 7) [C. N.]. El Pueblo de Colombia [Colombia].
- Constitución de la República Italiana (1947, diciembre 27). Recuperado de <http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html>
- Decastro, A. (2008). El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Tomo LVIII, Número 249, 137-162.
- Decastro, A. (2009). Admisibilidad y valor probatorio de las declaraciones anteriores del testigo. *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, (28), 37-94.
- De Miguel y Alonso, C. (1975). El principio de intermediación dentro del sistema formal de la oralidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (24), 791-799. Recupe-

rado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1146/1404>)

- Demetrio, E. (2014). La Constitución y el sistema de sanciones. En Velásquez, F. & Vargas, R. (Comp.) *Derecho penal y Constitución* (pp. 71-130). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Devis, H. (1979). *Compendio de Derecho procesal*. Bogotá: ABC.
- Díaz, L. I. (2009). *Derechos Fundamentales y descisión judicial*. Tesis doctoral, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7586/livan_diaz_tesis.pdf?sequence=1
- Directiva 2014/41/CE (2014, abril 3). Del parlamento europeo y del Consejo. Relativa a la orden europea de investigación en materia penal. Recuperado de <https://www.boe.es/doue/2014/130/L00001-00036.pdf>
- Favoreu, L. (1999). La constitucionalización del Derecho penal y del procedimiento penal. Hacia un Derecho constitucional penal. *Revista Chilena de Derecho*, 26(2), 279-322.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. P. Andrés et al.). Madrid: Trotta.
- Florian, E. (1982). *De las pruebas penales* (T. 1, 3 ed.). (Trad. J. Guerrero). Bogotá: Temis.
- Folgueiro, H. (1999). Principio de intermediación: Hacia una fundamentación epistemológica. *Lecciones y Ensayos* (72), 307-314. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/72/ens/ens18.pdf>
- Guerrero, Ó. J. (2007). *Fundamentos Teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez, J. L. (2008). La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir. *Anuario de Derecho penal*, (XXX),1-59. Recuperado de <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/19633/28945.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gómez, J. L. (2010). Sistema de enjuiciamiento criminal adversarial y nuevas tendencias dogmáticas penales. En J. L. Gómez et al., *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI* (pp. 69-100). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Gómez, J. L. et al. (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal. (Fortalezas y debilidades del Proceso Penal Acusatorio con Juicio Oral y Público.*

Su interpretación en América Latina, con especial referencia a Colombia). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Harfuch, A. (2013). La nueva ley de juicio por Jurados, de la Provincia de Neuquén, Argentina. En *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia. Juicio por jurados*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA (17), 38-41. Recuperado de <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/951.pdf>

Gössel, K. H. (2013). El principio de Estado de Derecho y la estructura del proceso penal. En F. Velásquez & et al., (Coords.). *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur* (pp. 1335-1351). Bogotá: Ibáñez.

Illuminati, G. (2008). El sistema acusatorio en Italia (Trad. L. Bachmaier). En Bachmaier, L. (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios* (pp. 135-160). Barcelona: Marcial Pons.

Jaén, M. (2008). *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. España: Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf.

Jescheck, H. H. (1974). El derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal (Trad. E. Predaz). *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, XVIII(3), 279-294.

Ley 600 (2000, julio 24). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N.º 44.097 de 24 de julio del 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 906 (2004, agosto 31). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N.º 45658 de 31 de agosto de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley 1564 (2012, julio 12). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N.º 48489 de 12 de julio de 2012. Bogotá: Imprenta Nacional.

Ley de Enjuiciamiento Criminal (2015). Real Decreto (1882, septiembre 14). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>

Llobet, J. (2014). Derecho procesal penal y Constitución. En F. Velásquez & R. Vargas (Eds.), *Derecho penal y Constitución* (pp. 225-274). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Maier, J. B. J. (1989). *Derecho Procesal Penal argentino*. (T. 1., Vol. a). Buenos Aires: Hammurabi.

- Maier, J. (2004). ¿Es la intermediación una condición de la condena penal?: Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. composición. *Jueces para la democracia*, (49), 13-20.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho procesal penal., Parte General, Actos procesales*. (T. 3). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sabater, A. (2011). La prueba en el sistema anglosajón. *La Ley*(7564), 8-13. Recuperado de <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/laley ESPECIALPROBATICA4.pdf>.
- Méndez, M. A. (septiembre, 2007). Los Principios del proceso penal estadounidense y el caso de Michael Jackson. *Derecho y Democracia: Cuadernos Unimetanos* (11), 139-156. Recuperado de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUNIMET/11/RDUNIMET_2007_11_139-156.pdf
- Mir, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel S. A.
- Molina, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal, análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá: Ibáñez.
- Muñoz, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de los Estados Unidos*. (1 ed.). Bogotá: Legis.
- Ortells, M. (2013). Problemas de la oralidad en el proceso penal español (oralidad, contradicción, intermediación de los medios de prueba personales), P. 279-315. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3330/16.pdf>
- Planchadell, A. (2010). Las ocho sentencias más importantes de la jurisprudencia española en materia de prueba prohibida: un breve comentario. En En J. L. Gómez *et al.*, *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI* (pp. 101-270). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Parra, J. (2000). Los principios frente al derecho procesal penal moderno. En *Memorias del XXI Congreso colombiano de derecho procesal* (pp. 7-57). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Universidad Libre.
- Parra, J. (2006). *Manual de derecho probatorio* (15 ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pepino, L. (2003). Breve aproximación al sistema procesal penal italiano (Trad. P. Andrés). *Jueces para la democracia* (42), 97-102.
- Pizzi, W. T. & Montagna, M. (2004). La batalla para el establecimiento de un sistema penal acusatorio en Italia (Trad. A. Gálvez y M. Melgar), 1-31. Recuperado de http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la_batalla.pdf
- Reyes, C., & Solanilla, C. (s/f). *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá: USAID-Defensoría del Pueblo de Colombia.

- Riveros, J. D. (2013). Reflexiones sobre el testimonio en el marco del sistema penal acusatorio en Colombia. En Instituto de Derecho Procesal, *Memorias del XXXIV Congreso colombiano de Derecho procesal* (pp. 594-627). Bogotá: Instituto de Derecho Procesal. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/24juan-david-riveros-barragan.pdf>
- Ruiz, L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Revista Estudios de Derecho* 64(143), 181-206. Recuperado de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2552/2076>.
- Sánchez, C. (2015). ¿Qué es el discovery? Recuperado de <https://sands.legal/blog/que-es-el-discovery/>
- Sentencia T-406 (1992, junio 5). Acción de tutela. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-566 (1995, noviembre 30). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-396 (2007, mayo 23). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-059 (2010, febrero 3). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-144 (2010, marzo 3). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-205 (2011, marzo 24). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-288 (2012, abril 18). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-177 (2014, marzo 26). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-387 (2014, junio 25). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2006, noviembre 9). Recurso de casación. [Radicado N.º 25138]. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2008, abril 2). Recurso de casación. [Radicado N.º 25158]. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, enero 30). Recurso de casación. [Radicado N.º 27192]. Magistrado ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, marzo 4). Recurso de casación. [Radicado N.º 30645]. Magistrado ponente: María de Rosario González de Lemos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2011, septiembre 21). Recurso de casación. [Radicado N.º 37205]. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2013, febrero 27). Recurso de casación. [Radicado N.º 38773]. Magistrado ponente: María del Rosario González Muñoz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, julio 2). Recurso de casación. [Radicado N.º 34131]. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, septiembre 24). Recurso de casación. [Radicado N.º 36401]. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP2144-2016 (2016, febrero 24). Recurso de casación. [Radicado N.º 41712]. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP7732-2017 (2017, junio 1). Recurso de Casación. [Radicado N.º 46278]. Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia STC 33 (2015, marzo 2). Tribunal Constitucional Español. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24342>
- Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Tiedeman, K. (2006). El futuro del proceso penal europeo. Aspectos de interés, en especial, sobre la lucha antiterrorista, 1-14. Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4klaus-tiedemann.pdf>
- Upegui, J. C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Usos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Urbano, J. J. (2006). *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Urbano, J. (2009). El principio de inmediación en segunda instancia. *Derecho Penal y Criminología*, 30(89), 91-112.
- Urbano, J. J. (2012). *La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una fundamentación del sistema acusatorio* (2a. ed.). Bogotá: Ediciones Nueva jurídica.
- Valencia, H. (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho penal, parte general* (4a. ed.). Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General* (1a. ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. & Vargas, R. (2014). Presentación. En Velásquez, F. & Vargas, R. (Comp.) *Derecho penal y Constitución* (pp. 5-9). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Velásquez, F. & Vargas, R. (2014) (Comp.) *Derecho penal y Constitución*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Vélez, E. (2010). *La prueba de referencia y sus excepciones*. San Juan de Puerto Rico: InterJuris.
- Yacobucci, G. (2002). *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

III

Jurisprudencia

DIGNIDAD HUMANA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD A LA LUZ DEL PARADIGMA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

*Lucy Nataly Girón Unigarro***

Resumen

El moderno concepto de la dignidad humana vincula su garantía a un fuerte sistema democrático dentro de un Estado social de derechos, basado en una lectura peculiar de la noción del “derecho a tener derechos” (Arendt, 1994). En Colombia, en casos como el de las personas privadas de la libertad el acceso a la dignidad dista de la realidad, encontrándose la población carcelaria en condiciones de extremo abandono. El objetivo de este artículo es analizar los paradigmas presentes en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Colombia y los Tribunales Pasto (Nariño), relativos a la dignidad de las personas privadas de la libertad, a través de un estudio documental. Se concluye que, pese a diversas declaraciones de la Corte Constitucional y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, persiste una sistemática violación de un abanico de derechos de las personas privadas de la libertad en las diferentes cárceles del país.

Palabras claves

Derechos humanos, sistema interamericano de derechos humanos, jurisprudencia, privación de la libertad, tratamiento penitenciario, dignidad humana.

Abstract

The modern concept of human dignity links its guarantee to a strong democratic system within a social State of rights, based on a peculiar reading

* Artículo de reflexión presentado para optar al título de maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; dirección a cargo del Profesor Doctor Rodrigo González Quintero.

** Abogada de la Universidad de Nariño; Candidata a Maestra en Comunicación y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina; Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. E-Mail: Nataliegn63@gmail.com

of the notion of the “right to have rights” (Arendt, 1994). In Colombia, in cases such as that of persons deprived of liberty, access to dignity is far from reality, with the prison population being in conditions of extreme abandonment. The objective of this article is to analyze the paradigms present in pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights, the Constitutional Court of Colombia and the Pasto Courts (Nariño), concerning the dignity of persons deprived of liberty, through a study documentary film. It is concluded that, despite various declarations of the Constitutional Court and the Inter-American Commission on Human Rights, a systematic violation of a range of rights of persons deprived of liberty in the different prisons of the country persists.

Key words

Human rights, inter-American human rights system, jurisprudence, deprivation of liberty, prison treatment, human dignity.

Introducción

La dignidad humana es y será un derecho fundamental a favor de la garantía de los derechos humanos de las personas y más aún si se encuentran privadas de la libertad. La dignidad integra la capacidad de ser sujeta/o de derechos y obligaciones, la cual, dependiendo de la relación social, se reviste de exigencias personales específicas, como las ocasionadas en materia penal, siendo esta rama del derecho una de las que más debe promover y velar por el acceso a ese preciado atributo. Entonces, el reconocimiento jurídico de un derecho o una “necesidad socialmente objetivada” va más allá de su consagración en un texto o una norma, implica hablar de articulaciones sociales que hacen efectiva la satisfacción de la necesidad establecida en el ordenamiento jurídico (Barcesat, 1993, p. 72).

Por ello, la dignidad humana es la piedra angular de un Estado social de Derecho, y en el caso de las personas privadas de la libertad, no solo debe velarse por el acceso a dicha facultad, que muchos doctrinantes denominan como *derecho al derecho* (Barcesat, 1993, p. 72), sino también por su sostenimiento en el tiempo, dinámica que debe incorporarse a la realidad social para que la dignidad humana deje de ser una propuesta humanista meramente declarativa. Por ello, las exigencias emanadas de tales circunstancias deben comprender el bloque de constitucionalidad el cual, de acuerdo al artículo 93 superior, está conformado por las normas sobre derechos humanos y las contenidas en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia.

En este contexto se puede señalar que las personas privadas de la libertad deben contar con las mínimas garantías que les ayuden a sobrellevar la situación que a diario viven en las cárceles; sin embargo, la realidad del país dista de lo presupuestado en la Constitución, pues

Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan a otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, sus derechos a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado (Sentencia C-256 de 2000, CConst.).

La situación carcelaria del país, entonces, dista mucho de brindar una vida digna a las personas reclusas quienes, día a día, deben sufrir las graves situaciones de la convivencia infrahumana y más aún sí cada ser humano “es visto como todo ser racional que tiene un fin” (Guisan, 1988, p. 23). De esta forma, la Sentencia T-153 de 1998, evidencia la

existencia de un estado de cosas inconstitucionales en las cárceles del país, afirmación que hace con base en las inspecciones realizadas por la Corte Constitucional para la época del pronunciamiento de la Sentencia, las cuales le permitieron a ese organismo encontrar condiciones inhumanas para la comentada población. Igualmente, “se evidenció el deficiente funcionamiento interno de los penales, reflejado en las carencias de infraestructura, la deficiente administración de los recursos, la falta de mantenimiento y la ausencia de programas de resocialización en los centros de reclusión” (Sentencia T-153 de 1998, CConst.).

Por eso, la sentencia en discusión concluye que en las cárceles colombianas se presenta un estado de cosas inconstitucionales, cuyos elementos constitutivos son básicamente, dos: la situación generalizada de vulneración de los derechos fundamentales en los establecimientos carcelarios y la carencia reiterada de una política estatal, orientada a conjurar la situación crítica del sistema penitenciario; esta última es para la Corte de naturaleza estructural y no puede ser atribuida, únicamente, a organismos como el Ministerio de Justicia y al INPEC. Estos aspectos, por supuesto, desvirtúan de cierta manera los textos constitucionales relativos a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, lo cual permite abordar lo concerniente a los paradigmas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en esta materia, entendiendo que ese término “hace referencia a las concepciones compartidas por toda una comunidad de juristas o como aquellos modelos aplicables a campos concretos de actividad jurídica” (Coaguila, 2011, párr., 1).

Aclarado lo anterior, se debe abordar lo relacionado con lo dispuesto por la CIDH en lo concerniente a la protección de la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, tal como lo señala el Protocolo adoptado por la Comisión durante el 131 periodo ordinario de sesiones, celebrado entre los días 3 y 14 de marzo de 2008, titulado: Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, donde se establece el “valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos por el sistema interamericano y por los demás sistemas de protección internacional de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2008, párr. 2).

Así las cosas, se tiene que sobre la dignidad humana y los derechos fundamentales la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de la relación especial de sujeción de las personas privadas de la libertad con el Estado, a través de los pronunciamientos de la Corte Constitucional (Sentencias T-596 de 1992, CConst.; C-318 de 1995, CConst.; T-705 de 1996, CConst.; T-706 de 1996, CConst.; T-714 de 1996, CConst.; T-153 de 1998, CConst.; T-136 de 2006, CConst.; T-035 de 2013, CConst.; T-077 de 2013, CConst.; T-266 de 2013, CConst.; T-815 de 2013, CConst.; T-857 de 2013, CConst.; T-588A de 2014 CConst.; y T-111 de 2015 CConst., entre muchas otras), de donde se infiere que dicho análisis tiene cabida no solo en lo expuesto por esa corporación sino que ello hace parte de los protocolos, convenciones y acuerdos de estamentos internacionales. En otras palabras, el Estado al privar de la libertad a una persona, “se constituye en el garante de los derechos que no son restringidos por el acto de la privación de la libertad, y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias de imperativa observancia” (Sentencia T-049 de 2016, CConst.).

De esta manera, existe toda una estructura normativo-conceptual que propende por proteger la dignidad humana de las personas privadas de la libertad; sin embargo, en la trayectoria de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y en los realizados por la CIDH se colige un aspecto paradigmático que es el objeto de este estudio debido a que

la realidad dista de tales presupuestos, máxime que cada día es más difícil proteger la dignidad humana dentro de las cárceles colombianas; por ello, queda en evidencia que el tratamiento penitenciario aplicado en la actualidad en nuestro país dista mucho de la definición ofrecida por la propia Corte Constitucional, cuando habla del

Conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de condena como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez recuperen su libertad. Dando cumplimiento al Objetivo del Tratamiento de preparar al condenado(a) mediante su resocialización para la vida en libertad (Sentencia T-286 de 2011, CConst.).

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el tratamiento penitenciario visto desde las particularidades de cada ser, busca que éste se ajuste a las condiciones de origen, cultura e identidad de las personas investigadas o condenadas, para así lograr su real readaptación a la sociedad; en ese sentido, el Estado debe adoptar medidas especiales para quienes pertenecen a pueblos y comunidades minoritarias. Pero, como ya se ha planteado, es evidente que entre lo preceptuado sobre la dignidad humana y el tratamiento penitenciario existen grandes vacíos, lo cual lleva a formular la siguiente pregunta problema como marco de esta investigación: ¿cuál ha sido el paradigma utilizado por la CIDH en relación con la dignidad humana de las personas privadas de la libertad?

Este cuestionamiento parte del análisis de la jurisprudencia interamericana que permite mostrar el camino de los postulados teóricos y filosóficos plasmados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, convirtiéndose ellos en derechos exigibles en casos concretos. Con tales miras, se han escogido cinco sentencias de la CIDH que han estudiado a profundidad el tema de la dignidad humana en concordancia con los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, de cara a verificar si estos han sido o no tenidos en cuenta, en casos específicos de privación de la libertad en la ciudad de Pasto –Nariño– Departamento que se escoge como objeto de estudio por ser de interés para la investigadora, máxime si se tiene en cuenta que “la dignidad humana es un valor abstracto definido en términos formales y, por ende, ambiguo o, por otra parte, es un valor concreto que se encarna en diversos ámbitos de la vida humana reflejados en las diferentes áreas del derecho” (Bohórquez y Aguirre, 2009, p. 57).

El objetivo general de esta incursión académica es, pues, analizar el paradigma utilizado por la CIDH relacionado con la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, lo cual se aborda, a partir de tres objetivos específicos: Revisar el tratamiento penitenciario en Colombia, en el contexto de la dignidad humana; examinar cinco jurisprudencias de la CIDH que desarrollen el tema de la dignidad humana de cara a las personas privadas de la libertad; y, analizar los pronunciamientos judiciales emitidos en Pasto –Nariño– en relación con la dignidad humana de las personas privadas de la libertad. Por supuesto, punto esencial de partida para esta indagación académica es lo expresado por la doctrina:

En la actualidad es una práctica común de las constituciones de los Estados tutelar la dignidad de la persona. No obstante, la experiencia muestra que se está ante la presencia de un valor en constante discusión. Muchos autores han puesto ya en evidencia las dificultades que existen para llegar a un concepto de lo que ha de entenderse por dignidad de la persona (Amezcuca, 2007, p. 339).

Es así como el sistema interamericano de derechos humanos ha constituido un conjunto de normas internacionales que tienen aplicación en el continente americano adquiriendo un carácter regional, dentro de las cuales el tema de la dignidad humana siempre ha sido de gran importancia; pero, debe advertirse, ese concepto de dignidad humana en ocasiones desencadena en un tema ético donde convergen diferentes posturas en relación con las distintas doctrinas morales y las apreciaciones subjetivas de juristas y doctrinarios de la constitución, de donde resulta “inevitable que la Constitución emplee conceptos cuyos contenidos posean una naturaleza ética, moral o ideológica variable y a veces opinable” (Amezcuca, 2007, p. 341).

Por último, debe señalarse que tanto la pregunta de investigación como los objetivos se desarrollan por medio de un estudio documental que permite el análisis y depuración de los aspectos requeridos para el desarrollo de la investigación, utilizando un tipo de muestreo por conveniencia que más se ajusta a las necesidades de la presente investigación.

El tratamiento penitenciario en Colombia para las personas privadas de la libertad

En el contexto de la política penitenciaria y del enfoque resocializador de la pena privativa de la libertad se ubica el concepto de tratamiento penitenciario como mecanismo de las autoridades penitenciarias para dar cumplimiento a los fines de la pena; como se ha expresado,

[e]ste tratamiento está orientado a la preparación para la vida en libertad compuesta de diversas actividades, las cuales sirven para mantener ocupado el tiempo libre, ampliando la oportunidad de estudiar, desarrollando destrezas en carpintería, panadería, textiles, entre otras, evitando la reproducción de constructos sociales que dictaminan que *las cárceles son escuelas del crimen*, y para crear expectativas diferentes a la vida delictual, preparando para una vida en libertad en la que se sepa hacer algo o se esté mejor preparado para hacer algo diferente del delito (Posada, 2013, p. 76).

De esta forma, la legislación colombiana plasma dentro de la regulación de ejecución de la pena privativa de la libertad la resocialización que se desarrolla en el marco del tratamiento penitenciario; por ello, se contempla en materia de la ejecución de la pena privativa de la libertad su fin resocializador como se infiere del artículo 10 de la Ley 65 de 1993, donde se expresa que ella tiene la “finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”. Así mismo, su objetivo, tal como lo dispone el artículo 142 del Código Penitenciario, “es preparar al condenado mediante su resocialización para la vida en libertad”.

En este contexto, el artículo 143 del mismo Código señala lo concerniente al tratamiento penitenciario, el cual debe estar orientado a la protección de la “dignidad humana y de las necesidades particularidades de la personalidad de cada sujeto, por lo que tiene en su base el estudio científico de la personalidad del ciudadano privado de la libertad. Se caracteriza, además, por ser progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible”. Al respecto, la Resolución 7302 de 2005 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC– lo define en su artículo 4° como:

El conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de conde-

na como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez recuperen su libertad. Dando cumplimiento al Objetivo del Tratamiento de preparar al condenado(a) mediante su resocialización para la vida en libertad.

De ahí que el tratamiento penitenciario se sitúe en la idea de restablecer ciertas circunstancias que les ayuden a las personas privadas de la libertad a tener herramientas que les permitan integrarse a la comunidad; Significa, pues, que el fin último del tratamiento penitenciario es servir de medio al sistema penitenciario para garantizar el fin resocializador de la pena en la fase de ejecución de esta. La resocialización en el contexto penitenciario se encuentra arraigada en dos creencias básicas fundamentales: por una parte, la de lograr el cambio de la persona condenada, y, de otra, que tales cambios se mantengan dentro del periodo que la persona se encuentra en prisión. Desde esta óptica, se considera que la función principal de la pena durante el periodo de privación de la libertad debe dirigirse a la formación de quien ha sido condenado para su retorno a la sociedad, luego del cumplimiento de la sanción penal.

Además, debe destacarse que tanto en el campo de la dogmática jurídico-penal (a través de las elaboraciones propias de la teoría del delito) como en el de la criminología, las discusiones sobre el contenido de la resocialización, su alcance, su pertinencia, su factibilidad, entre otros aspectos, han ocupado un lugar central en un plano crítico y axiológico, con una gran relevancia notable en la concepción y análisis del sistema penal (Cita, 2014, p. 20). Por ejemplo, en el siglo pasado el ideal rehabilitador fue cuestionado fuertemente a partir de la pregunta ¿qué funciona?, cuya respuesta apunta al fracaso de la resocialización en las prisiones por el incremento en los actos delictivos y de reincidencia, combinados con los efectos desocializadores propios de un contexto de violencia y de vulneración de los derechos humanos. Una de las respuestas al fracaso del ideal rehabilitador fue, consecuentemente, desplazar la función de la penalidad hacia la privación legal de la posibilidad para ejercer determinados derechos y “neutralización de eventuales riesgos derivados de la comisión delictiva, con lo cual, más que intervenir sobre el infractor, se trata de «proteger al público, reducir el riesgo de victimización en el futuro y hacerlo con un costo mínimo” (Morales, 2012, p. 37); situación que ha tenido como efecto la confianza en el efecto disuasorio de las penas y, por tanto, en su incremento y severidad.

Frente a este marco de escepticismo de cara a la resocialización, en la última década se han desarrollado propuestas que a partir de la realidad y con una mirada crítica encuentran elementos positivos sin dejar de lado el factor resocializador; en efecto, Matthews (2011) basado en las propuestas de Francis Cullen y Karen Gilbert, establece tres pautas a partir de las cuales se puede visualizar la función resocializadora de las personas privadas de la libertad: La rehabilitación como el único fin de la pena que obliga al Estado a ocuparse de las necesidades y bienestar de las personas presas; la ideología de la rehabilitación que supone una racional respuesta a la idea conservadora de que el incremento de la presión punitiva reduce el crimen; y, la rehabilitación que continúa recibiendo un considerable apoyo de la opinión pública como uno de los principales objetivos del sistema de justicia criminal (p. 330).

Sin embargo, se hace necesario señalar que el contenido y alcance de la resocialización se enmarca, de un lado, en el sistema penitenciario y su marco normativo y, del otro, por las prácticas mediante las cuales la resocialización se lleve a la realidad, presentando dos características particulares: la primera, orientada a la finalidad del tratamiento penitenciario

–actividades culturales, recreativas, deportivas; estudio, trabajo–; y, la segunda mediante el logro de la resocialización del condenado. Finalmente, la resocialización hace parte de un proceso de prevención terciaria que se oriente a evitar que la persona condenada vuelva a hacer parte del sistema penal.

El tratamiento penitenciario a la luz de los principios de la Ley 1709 de 2014 de las personas privadas de la libertad.

Antes de entrar en materia, se hace necesario saber qué se entiende por privación de la libertad definición ofrecida por la CIDH (2008) en el citado Protocolo sobre principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas que, a la letra, dice:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2008, párr, 10).

Conforme a la definición citada, los siguientes principios y buenas prácticas se podrán invocar y aplicar, según el caso, en atención a si se trata de personas privadas de la libertad por motivos relacionados con la comisión de delitos o infracciones a la ley, o por razones humanitarias y de protección. En tal sentido, la Ley 1709 de 20 de enero de 2014 que consagra las normas sustanciales para la protección de los derechos fundamentales de las personas confinadas en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, fue diseñada con el fin de garantizar el pleno ejercicio de sus facultades de acuerdo a la Carta Política de 1991 y a los tratados internacionales ratificados por Colombia. La ley en comento consagra los principios rectores del sistema penitenciario y carcelario colombiano en los siguientes términos:

Principio de legalidad.

Según el cual la privación de la libertad por prisión o detención debe existir por orden de autoridad judicial competente, la cual debe obedecer a motivos razonablemente fundados para su expedición y reunir los requisitos señalados en la ley. Principio, que es corroborado por la CIDH (2008) en el Protocolo de *principios* cuando indica:

Nadie podrá ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones establecidas con anterioridad por el derecho interno, toda vez que sean compatibles con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Los órdenes de privación de libertad deberán ser emitidas por autoridad competente a través de resolución debidamente motivada. Las órdenes y resoluciones judiciales o

administrativas susceptibles de afectar, limitar o restringir derechos y garantías de las personas privadas de libertad, deberán ser compatibles con el derecho interno e internacional. Las autoridades administrativas no podrán alterar los derechos y garantías previstas en el derecho internacional, ni limitarlos o restringirlos más allá de lo permitido en él (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2008, párr, 16).

Así las cosas, en cuanto a la dimensión formal del principio de legalidad, la Corte Constitucional ha establecido que el artículo 134 de la Ley 65 de 1993 consagra el debido proceso aplicable para la determinación de la responsabilidad disciplinaria respecto de las faltas que sean imputadas a los internos. “En materia disciplinaria el primer parámetro de racionalidad que debe ser observado para excluir la arbitrariedad es el debido proceso, y el principio de legalidad sustancial y formal, que concurre a integrarlo” (Sentencia T-1303 de 2005, CConst.); es más, en otra providencia se señala:

Tanto el trámite como las resoluciones que se adopten por parte de las autoridades administrativas de las prisiones, deben responder claramente a la normatividad vigente sobre la materia, es decir, deben respetar estrictamente el principio de legalidad. En consecuencia, los actos y las decisiones adoptadas internamente en cada centro de reclusión por parte de las directivas, deben sujetarse a los fines y presupuestos para los cuales fue instituido el sistema penitenciario colombiano (Sentencia T-743 de 2005, CConst.).

En suma, todas las actuaciones de los servidores públicos deben enmarcarse estrictamente bajo los dictados de la ley previa y anterior que determina su margen de actuación y su competencia en materia de legalidad.

Principio del enfoque diferencial.

De conformidad con este axioma las medidas penitenciarias deberán señalarse de acuerdo a los rasgos específicos de cada persona o población, además precisa especiales circunstancias de reclusión para las personas desmovilizadas o beneficiarias de la pena alternativa establecida en la Ley 975 de 2005; este principio es reconocido por la CIDH (2008) en el Protocolo de principios, como igualdad y no discriminación, cuando establece:

Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia (...). Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad (...). Las personas privadas de libertad en el marco de los conflictos armados deberán ser objeto de protección y atención conforme al régimen jurídico especial establecido por las normas del derecho internacional humanitario, complementado por las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Las medidas y sanciones que se impongan a las personas privadas de libertad se aplicarán con imparcialidad, basándose en criterios objetivos (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2008, párr, 12).

De esta manera, en la medida en que el Estado debe proveer los medios necesarios para que el cumplimiento de la pena de prisión se ajuste a los fines del derecho penal y sea garante de los derechos fundamentales, se ha hecho énfasis en el enfoque diferencial que contribuiría al adecuado funcionamiento del sistema penitenciario. Un claro ejemplo, es lo que sucede con las poblaciones indígenas privadas de la libertad que funcionan como una sola etnia, cuando lo que se debe es establecer que los “indígenas pertenecen a diferentes etnias o comunidades indígenas y, por otro lado, se tendría que diseñar una política pública que responda y reconozca en el tratamiento penitenciario de dichos comuneros, las diferencias que evidentemente existen entre etnias y comunidades indígenas” (Cita, 2014, p. 22). Entonces, la idea del enfoque diferencial se “orienta a reconocer las diferencias culturales y de vida que un grupo de personas por razones de pertenencia a una comunidad indígena” (Cita, 2014, p. 22), para que éstas sean tenidas en cuenta a la hora de diseñar su tratamiento penitenciario.

También es importante destacar que el enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario debe orientarse a procesos de transición; este aspecto debe ser tenido en cuenta en el contexto del complejo conflicto armado que vive el país y de la adelantada negociación de paz. Significa, entonces, que el enfoque diferencial se ha introducido como el rango legal a la no discriminación. Sobre este último punto, hay que destacar que, en una aproximación hacia los fundamentos del “enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario de las autoridades penitenciarias, debe señalarse que se evidencia una carencia de competencias y conocimientos que permitan garantizar esa diferencia” (Cita, 2014, p. 86), por cuanto en la mayoría de los establecimientos no existe personal con formación técnica o especializada en materia de comunidades indígenas, negritudes, comunidad LGBTIQ, entre otras minorías.

Por último, con el enfoque diferencial se busca la perfecta sincronía entre las autoridades nacionales y penitenciarias hacia los usos y costumbres de las minorías en reclusión, orientando la particularidad en la prestación del servicio médico, la alimentación, estudio, proyectos productivos, atención psicosocial, entre otros.

Principio de respeto a la dignidad humana.

Acorde con el cual la dignidad es un derecho de carácter superior ajustado a las garantías fundamentales y a los derechos esenciales de los seres humanos; de igual forma, se establece la necesidad y la proporcionalidad de las restricciones a las que se deba someter a las personas privadas de la libertad con respecto a los fines constitucionales de las mismas. Finalmente, se señala que en ningún caso se podrá sustentar la transgresión de los derechos fundamentales de los reclusos en la carencia de recursos económicos.

La protección de la dignidad de las personas privadas de la libertad, desde siempre, ha sido una preocupación para los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en 1966, en el artículo 10, expresa que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1966, párr. 66). Se debe, pues, tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad y ello es una norma fundamental de aplicación universal.

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado que existen criterios sobre la naturaleza jurídica de la dignidad humana: en primer lugar, la dignidad comprendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características

–vivir como quiera–; en segundo lugar, la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia –vivir bien–; y, en tercer lugar, la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral –vivir sin humillaciones– (Sentencia T-881 de 2002, CConst.).

En cuanto, a la funcionalidad del enunciado normativo *dignidad humana*, la Corte ha señalado tres lineamientos: en primer lugar, se trata de un principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad es un valor; en segundo lugar, es un principio constitucional; y, en tercer lugar, es un derecho fundamental autónomo (Sentencia T-881 de 2002, CConst.).

Los aspectos señalados no son camisa de fuerza, pero sí permiten comprender de mejor forma el alcance y la aplicabilidad de la dignidad humana reafirmando la condición de derecho fundamental, principio constitucional y valor social. De esta forma, la Corte ha trazado tres líneas jurisprudenciales en esta materia: la primera, la dignidad humana y la autonomía individual; la segunda, la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia; y, la tercera, la dignidad humana y la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral.

En relación con la primera línea, dicha corporación ha expresado que las personas recluidas se encuentran en una situación de subordinación o sujeción frente al Estado y, como consecuencia del hecho delictivo, sus derechos se ven suspendidos y restringidos; pero también es cierto que varios de sus derechos permanecen intactos y no pueden ser tocados durante el tiempo que dure la pena privativa de la libertad como la dignidad humana. En efecto:

Las personas privadas de la libertad no pueden ir más allá de lo estrictamente necesario, por su condición; sin embargo, tales restricciones no deben ser desproporcionadas, arbitrarias y no puede traducirse en despojar a la persona recluida de todo margen de autodeterminación vital. En relación con este tópico, es preciso entender que los reclusos y las reclusas serán privados y privadas (sic) de parte de su libertad, pero nunca de la totalidad de la misma. Es común que estas personas quieran desarrollar su personalidad en diversos campos que van desde el trabajo diario hasta actividades de orden técnico, intelectual y artístico y deben poder hacerlo, así como ha de asegurárseles el goce pleno de los frutos que les reportan el trabajo realizado o las actividades desempeñadas. Faceta en que la dignidad humana se liga estrechamente con la autonomía individual entendida en tanto que necesidad de disponer de unas condiciones materiales de existencia (Sentencia T-488 de 2007, CConst.).

Así las cosas, de lo expuesto se deriva que la persona privada de la libertad no pierde su condición de sujeto de derechos y que, en tal sentido, está en capacidad de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que le incumben, cuidando los límites del respeto hacia las demás. En cuanto a la segunda línea jurisprudencial, la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia, debe decirse que se encuentran varios pronunciamientos de la Corte, en especial aquellos atinentes a la situación carcelaria del país que muestra cómo se vulneran todos los derechos de los internos. Así, en la sentencia T-596 de 1992 se ordena realizar algunas reparaciones en un centro penitenciario después de que un recluso accionara para pedir que se le brindara la posibilidad de dormir sin humedad, malos olores, letrinas abiertas, entre otras. En otra decisión se dice:

Para la Corte resulta relevante reiterar una vez más una consecuencia del hacinamiento carcelario: la amenaza de los derechos fundamentales a la integridad personal y a la salud de las personas privadas de la libertad. En efecto, cuando se acumula o junta sin orden una cantidad desproporcionada de personas se vulnera tajantemente la dignidad humana y se pone en peligro grave la salud y la integridad física y psicológica de los reclusos, quienes valga recordar, se encuentran reclusos en debilidad manifiesta y amparados bajo supuestas relaciones de especial sujeción con el Estado (Sentencia T-861 de 2013, CConst.).

La dignidad humana, pues, es la base fundamental de la organización social y es el presupuesto necesario para que se erija el derecho a la igualdad dentro de la relación individuo-sociedad; ella es inherente a la condición de ser humano y como tal es un elemento perfeccionante que no puede ser renunciado, así la persona se encuentre privada de la libertad.

En la tercera línea, la dignidad humana y la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral, hacen referencia a la diferencia y a las minorías que deben ser tenidas en cuenta. De esta forma, la sentencia T-401 de 1992 resolvió el caso de reclusos inimputables por trastorno mental a quienes se les impuso una medida de seguridad de internación psiquiátrica que se prolongó indefinidamente hasta convertirse en una pena o trato cruel, inhumano o degradante que afectaba la dignidad humana. En otro proveído se dijo:

Los derechos de las personas privadas de la libertad son universales. Sin importar cuál haya sido su crimen o su falta, son seres humanos, y, por ese sólo hecho, la sociedad está comprometida con su defensa. Los derechos fundamentales son universales, de toda persona. Es una posición moral que refleja la decisión social, consagrada por el Constituyente, de respetar el valor intrínseco de todo ser humano. Su dignidad. Es precisamente una de las razones por las que es legítimo sancionar con penas privativas de la libertad a quien comete un crimen: el no haber respetado la dignidad y el valor intrínseco de la víctima a la cual se ofendió y violentó. La sociedad, se diferencia, precisamente, porque no hace lo mismo; no instrumentaliza a ningún ser humano, le reconoce su valor propio; el ser fin en sí mismo (Sentencia T-049 de 2016, CConst.).

Finalmente, como ha dicho la doctrina, la dignidad humana debe ser vista como un “mandato constitucional, deber positivo, o principio de acción, mediante el cual todas las autoridades del Estado, deben, jurídica y materialmente de ser posible realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales” (Quinche, 2009, p. 88), todo ello en pro de lograr las condiciones de protección de la dignidad humana.

Principio de Intervención mínima.

Según este axioma, se establece que el accionar punitivo del aparato Estatal que restringe el derecho a la libertad y que a través de la pena priva o condiciona el ejercicio de derechos fundamentales, debe ser de *última ratio*, es decir, excepcional, el último de los recursos de los que la administración posee para proteger los bienes jurídicos; y, además, debe ser lo menos perjudicial posible para los derechos individuales, siempre y cuando sea adecuado para lograr los fines de protección que se buscan. Como ha dicho el máximo órgano encargado de la guarda e integridad de la Constitución:

La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales (Sentencia C-365 de 2012, CConst.).

En este sentido, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas cuando existe una necesidad real comprobada que exija la protección de los intereses de la sociedad. Aspecto en cuya virtud se permite establecer jurisprudencialmente que el derecho penal sea considerado como la *última ratio* del derecho sancionatorio. Significa, entonces, que el principio de intervención mínima en el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del ser humano en sociedad, sino en pro de evitar la alteración del funcionamiento de la sociedad que se dirijan contra los bienes jurídicos públicos o privados.

Reclusión en condiciones dignas.

Precisa que la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC– y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– deberán velar porque los establecimientos penitenciarios y carcelarios cuenten con las condiciones mínimas de dignidad, salubridad e infraestructura, tales como aseo, ventilación, capacidad, espacios de alojamiento, servicios públicos, adecuación de los dormitorios con elementos y enceres que permitan el apropiado descanso nocturno, recreación, vestido, trabajo, educación, entre otros, los cuales permitan la vida en condiciones dignas de la persona en situación de reclusión.

Este postulado es reconocido por la CIDH (2008) en el Protocolo de principios, en cuyo principio 11 se establece el derecho a la alimentación y al agua potable, en el 12 el derecho al albergue en condiciones de higiene y vestido, todos ellos orientados a que las personas tengan unas condiciones mínimas de existencia. Por su parte la Corte Constitucional, al respecto ha dicho:

Las condiciones de hacinamiento impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgüeño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. (Sentencia T-153 de 1998, CConst.).

Desde luego, una de las mayores dificultades que se han encontrado para superar el problema del hacinamiento carcelario y las privaciones de derechos asociadas a la prisión ha sido la falta de coherencia entre la política penal y la política penitenciaria. Hasta el momento, “con la expedición de varios documentos se tenía una política de ampliación de

cupos penitenciarios para acabar con el problema del hacinamiento, la cual resultó siendo un fracaso, debido a que los niveles se mantuvieron o incluso incrementaron” (Pinzón, 2014, p. 1). En todo caso, lo que se puede afirmar es que, existiendo una política que privilegia la criminalización como respuesta a las situaciones de marginación, resulta imposible esperar un cambio significativo en lo cuantitativo y menos en lo cualitativo en términos de superar el hacinamiento y que la prisión tenga un impacto positivo en “las personas que la llegan a habitar. Más aún si las tendencias tienen que ver con el incremento de penas, creación y ampliación de delitos, flexibilización para la imposición de medidas privativas de la libertad, entre otras” (Pinzón, 2014, p. 1).

Categorización de los establecimientos de reclusión.

Según este postulado, los establecimientos de reclusión se deben organizar de conformidad con la calidad que ostenta la persona encarcelada y con la finalidad de la privación de la libertad, ya sea la detención, resocialización o rehabilitación. La clasificación se realiza de la siguiente manera: Cárceles de detención preventiva, penitenciarías, casas cárceles, centros de arraigo transitorio, establecimientos de reclusión para inimputables, cárceles y penitenciarías de alta seguridad, cárceles y penitenciarías para mujeres, y cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública.

A través de este principio el Estado colombiano, busca ofrecer unas mejores condiciones a las personas privadas de la libertad, cuya clasificación va a permitir no solo categorizar a los internos por la comisión del delito sino por el género y las condiciones especiales; sin embargo, este principio resulta ser el de más profundidad porque requiere no solo de un amplio marco normativo sino de los recursos para adecuar la infraestructura conforme a la división propuesta. Al respecto la Corte Constitucional señala que aún persisten los problemas de infraestructura y de administración presentes en diferentes establecimientos penitenciarios y carcelarios del país; aspecto este que ha sido analizado desde 1998, a través del estado de cosas inconstitucional existente en el sistema carcelario desde hace más de veinte años.

Se tiene, entonces, que la Corte Constitucional desde 1998 logró señalar sobre el estado de cosas inconstitucional seis aspectos tangenciales: en primer lugar, los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada; en segundo lugar, las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad han sido incumplidas de forma prolongada; en tercer lugar, el sistema penitenciario y carcelario ha institucionalizado prácticas inconstitucionales; en cuarto lugar, las autoridades encargadas no han adoptado las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar efectivamente la vulneración de los derechos; en quinto lugar, las soluciones a los problemas constatados en el sistema penitenciario y carcelario, comprometen la intervención de varias entidades, requiere un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; y, en sexto lugar, si todas las personas privadas de la libertad acudieran a la acción de tutela, se produciría una congestión judicial mayor de la que ya existe hoy (Sentencia T-153 de 1998, CConst.).

De lo expuesto hasta ahora, entonces, se tiene que el legislador previó en la Ley 1709 de 2014 los principios de “enfoque diferencial”, “categorización de los establecimientos de reclusión”, “reclusión en condiciones dignas” y “respeto por la dignidad humana”. Claro está que la realidad dista de tales presupuestos, toda vez que la crisis del sistema penitenciario es insostenible debido a que persisten problemas de diseño de la política

criminal, déficit financiero, e inoperatividad de las actividades de resocialización. Por ello, se dice con toda razón, que “estos problemas se intensifican, a su vez, con la persistencia de la violación masiva de derechos humanos a la población reclusa como consecuencia del hacinamiento carcelario” (Berrío, 2012, párr. 3). Así las cosas, la condición de marginalidad y precariedad de las personas privadas de la libertad dentro de la deliberación y el debate democrático, exige acciones conjuntas para lograr soluciones prontas y efectivas que les garanticen a los reclusos un mínimo de condiciones que afiancen la dignidad humana.

Enfoque paradigmático de Derechos Humanos en el tratamiento penitenciario.

En el presente apartado se explican algunos de los conceptos básicos y paradigmas que se abordan durante todas las etapas de la investigación, situación que permite vislumbrar una parte del universo que compone los marcos éticos, políticos, sociales, culturales, entre otros, de las personas privadas de la libertad en pro de proteger la dignidad humana. En ese marco, justo es decirlo, los derechos humanos surgen a través de la historia como un límite al poder Estatal por lo cual se consagran en las normas del derecho internacional de los derechos humanos y en las diferentes constituciones del mundo como derechos fundamentales y garantías especiales de personas excluidas y/o pertenecientes a grupos vulnerables; con razón, pues, dice Abramovich (2006) “el concepto de derechos humanos surgió como un medio para imponer límites a formas abusivas de uso del poder por el Estado, como un decálogo de aquellas conductas que el Estado no debería tener” (p. 38).

Así las cosas, los derechos humanos no son solo un límite al poder del Estado, pues el mismo no posee únicamente obligaciones negativas, sino que hoy en día la sociedad y el Derecho internacional de los derechos humanos le ha impuesto a aquél una serie de deberes positivos para lograr la materialización de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; de ahí, pues, que los derechos humanos son “un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas, particularmente en procesos de transición o en democracias deficitarias o débiles” (Abramovich, 2006, p. 40). Es más, como se ha anotado,

Dentro del discurso de los derechos humanos se encuentra el lema de que los seres humanos nacen y permanecen libres y con iguales derechos, el derecho a la resistencia contra la opresión, la presunción de inocencia, la libertad de opinión y de religión, la libertad de expresión, la dignidad humana, el gobierno representativo, la primacía de la Ley o la separación de poderes, son a la vez, derechos necesarios para una rebelión contra el poder del Estado y principios que legitiman una nueva gobernabilidad sobre la condición de ciudadanía (Jiménez, 2016, p. 44).

Lo anterior, responde a la transformación del “Estado absoluto en Estado de derecho, acontece a la vez la transformación del súbdito en ciudadano, es decir, en sujeto de derechos ya no solo naturales sino constitucionales frente al Estado, que resulta a su vez vinculado frente a él” (Ferrajoli, 1989, p. 860). Por eso, la importancia del Estado Social de Derecho es que en su paradigma más fuerte busca ofrecer el goce y disfrute de una serie de derechos fundamentales obedeciendo a los postulados de los derechos humanos; sin embargo, la seguridad y el orden público desalojan a los derechos fundamentales como pilares ideológicos de la democracia.

Es más, en ello finca la importancia de las políticas públicas como respuesta a los derechos humanos, las cuales se establecen como el camino para el empoderamiento de los sectores más excluidos como las personas privadas de la libertad, su inclusión en el

desarrollo y aplicación efectiva de políticas públicas, a partir de lo cual se reconoce que ellos son titulares de derechos exigibles al Estado quien debe brindar las herramientas necesarias para hacer efectivas esas obligaciones imperativas impuestas no únicamente por los tratados de derechos humanos, sino también por una sociedad que aclama justicia. Por ello, pues, se debe resaltar que “los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento” (Abramovich, 2006, p. 41).

Esa es tal vez la razón por la cual el Estado de derechos, hoy en día, se encuentra en otra dimensión en lo que concierne a sus obligaciones pues debe dejar de ser parte del problema para entrar a ser parte de la solución; es que “ya no puede pensarse simplemente en derechos negativos o derechos de freno, no hay forma ahora de no responsabilizarse de derechos positivos o derechos de crédito” (Gras, 2013, p. 4). Asimismo, el Estado debe adoptar una actitud proactiva y tomar las riendas de sus políticas públicas, reconocer a sus habitantes la capacidad de actores de derechos y brindar los mecanismos para su exigibilidad; los derechos humanos no son solamente “un sistema jurídico positivado o una propuesta ética de contenido universalista, sino un sistema de poder y políticas públicas dotadas de sus correspondientes herramientas de planificación, gestión y desarrollo de recursos humanos” (Gras, 2013, p. 4). Por eso, entonces, comprobar si los derechos humanos son capaces de erigir, en sí mismos, el programa de un gobierno democrático es el punto clave a resolver, porque si bien los derechos humanos son considerados como el núcleo ético del Estado y de sus políticas públicas, los mismos no se deben restringir a un mero humanismo social declarativo, por el contrario, deben erigirse como una lógica de poder y legitimación.

Es innegable, pues, que el reconocimiento de las personas privadas de la libertad como seres con derechos, es la urdimbre no sólo del sistema penal y penitenciario sino de todos los lazos y entramados sociales, y, por lo tanto, todo acto o programa que se realice en un centro de reclusión, máxime si es el “tratamiento penitenciario”, tiene como fin la “resocialización” y debe estar atravesado por políticas públicas con enfoque en derechos humanos. En el caso de Colombia, se observa que las normas relativas a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad distan de la realidad y apenas se aplican; se esperaba que la Ley 1709 de 2014 alivianara la problemática de dicha población, pero esa situación responde más a la pro actividad política que a la legislación. De allí, que tal desprotección y vulneración de derechos fundamentales equivalga a una verdadera pena accesoria, ilegal e injusta (Gallego y Posada, 2013, p. 119) para las personas reclusas, quienes se encuentran en una situación de total anomia e indiferencia social, pues la sociedad colombiana tiene conocimiento de esas circunstancias, sabe que la constitución y las normas en las cárceles colombianas poco o nada se cumplen y nadie hace nada al respecto.

Estado de cosas inconstitucional en el tratamiento penitenciario.

Contexto. El Estado de cosas inconstitucionales –ECI– es un mecanismo de origen jurisprudencial creado con el fin de proteger los derechos fundamentales de la sociedad colombiana. Lo anterior, debido a que Colombia es uno de los países en donde más se vulneran de forma constante y sistemática los derechos fundamentales de sus ciudadanos, especialmente de quienes, por sus particularidades, características o situaciones merecen especial protección constitucional, como es el caso de las personas privadas de la libertad.

Ante este panorama la Corte Constitucional como garante de los principios y normas rectoras dispuestas en la Constitución Política de 1991, ha concentrado sus esfuerzos en la

protección de los derechos fundamentales de las personas en concordancia con los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; por tal motivo ese organismo judicial, amparado en el artículo 241 de la Constitución, ha hecho uso de la figura del control de constitucionalidad, esto es, por medio de la revisión de determinadas leyes y decretos y en especial del examen discrecional de las acciones de tutela. Sin embargo, a pesar de existir un continuo desarrollo jurisprudencial de cara a la protección de los derechos fundamentales, en diversas situaciones continúan concurriendo complejos niveles de vulneración de los mismos y, a su vez, se observan respuestas institucionales poco acertadas y efectivas con la realidad de las personas, por lo cual los fallos de reiteración de jurisprudencia y los precedentes judiciales no son suficientes para dar respuesta a problemas de grandes dimensiones, o, en algunas ocasiones, no son tenidos ni siquiera en cuenta, lo cual ha llevado a la Corte Constitucional a acudir a la figura del ECI con el propósito de encontrar soluciones definitivas a la vulneración de los derechos fundamentales en pro de prevenir futuras violaciones.

En realidad, esta figura es poco conocida y es objeto de escasos estudios (Vargas, 2003; Rodríguez, 2010), aunque algunas decisiones de la Corte Constitucional como la contenida en la Sentencia T-025 de 2004 hacen mucha claridad al respecto; en esta última, ella declaró el estado de cosas inconstitucionales respecto de la población desplazada lo cual obligó a precisar los factores para precisar si en el caso concreto existía un ECI; ellos se concretan así:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Sentencia T-025 de 2004, CConst.).

Estos seis elementos, se pueden resumir en dos factores principales que, de acuerdo a Rodríguez (2010, p. 446; Quintero, Navarro y Meza, 2011, p. 72), son condiciones de proceso –fallas estructurales de las políticas públicas en el país–, condiciones de resultado –violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas– y la urgencia de la acción para la protección de los derechos de la población afectada por parte de diversas entidades estatales; por ello, se ha dicho que

Esta figura no deja de ser controversial, puesto que rompe con los esquemas tradicionales de los efectos interpartes que caracterizan los fallos de tutela, teniendo en cuenta que en el marco de la declaratoria de un estado de cosas contrario a la Constitución, la Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país, adoptando decisiones que van más allá del caso concre-

to y exigiendo el trabajo en conjunto de diferentes autoridades públicas, con el fin de modificar una realidad que resulta abiertamente contradictoria a los principios constitucionales de un Estado social de Derecho como el nuestro (Quintero, Navarro y Mesa, 2011, pp. 72-73).

En este contexto, el surgimiento de la figura del ECI se dio con la sentencia SU-559 de 1997, momento en el cual la Corte declaró un estado de cosas contrario a la Constitución, por la omisión de dos municipios de Bolívar de afiliar a sus docentes al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar del debido descuento que se hacía de los sueldos devengados; y, a partir de ello, la declaratoria del ECI ha sido una técnica diseñada por el juez constitucional encaminada a garantizar la dimensión objetiva de los derechos inherentes al ser humano o, como se ha dicho, se trata de una figura jurisprudencial en construcción, “debido a que exalta el acucioso compromiso de un juez especialmente crítico con el manejo de la administración pública, en el diseño, ejecución y ausencia de verdaderos controles de resultados sobre determinadas políticas públicas” (Vargas, 2003, p. 227), lo que en la práctica se traduce en desconocimientos sistemáticos de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El Estado de cosas inconstitucional revisión jurisprudencial de las personas privadas de la libertad.

Es mediante las sentencias T-153 de 1998 y T-606 de 1998 que la Corte Constitucional declaró el ECI en el sistema penitenciario y carcelario de Colombia, haciendo especial énfasis en el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad en centros de reclusión. Así, en la sentencia T-153 de 1998, referenciada en varios apartados de este escrito, se tiene que el ECI en materia carcelaria se orientó a considerar que dado que miles de personas se encuentran en igualdad de situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional. Entonces, es claro que el ECI en la sentencia en comentó se debió al hacinamiento que viven las personas privadas de la libertad. En dicha Sentencia se lee:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. (Sentencia T-153 de 1998, CConst.).

A su vez, la sentencia T- 606 de 1998 se orienta a la obligatoriedad que tiene el Estado en brindar las condiciones mínimas del servicio de salud para los reclusos; allí se expresa que “el Estado asume, con cargo al Tesoro Público, la responsabilidad integral por el cuidado, prevención, conservación y recuperación de la salud de los internos, independientemente de que éstos se encuentren privados de la libertad a título preventivo o de pena” (Sentencia T-606 de 1998, CConst.). En consecuencia, allí se evidencia que el sistema carcelario presenta una serie de deficiencias en la prestación del servicio de salud para las personas privadas de la libertad; por ello, se deben propiciar las acciones conjuntas para prodigarle

al recluso “los cuidados médicos, asistenciales, terapéuticos o quirúrgicos, según el caso, y garantizarle así la preservación de una vida digna durante la permanencia en el penal” (Sentencia T-606 de 1998, CConst.).

Se tiene, entonces, que en relación a la función política y jurídica del estado de cosas inconstitucional, la jurisprudencia ha establecido que la declaratoria de la figura además de visibilizar circunstancias de violaciones de derechos, comporta un fin práctico concreto y primordial: exhortar al ente estatal en su conjunto para que trabaje en el diseño, ejecución y financiación de las políticas públicas idóneas y necesarias para detener la vulneración a gran escala de derechos que originó dicha declaratoria. Muy bien sostiene Rodríguez (2010) que esta función implica la implementación de un proceso de seguimiento detallado y continuo por parte de la Corte Constitucional, con el fin de hacer eficaz el cometido del fallo que declara un ECI (p. 438). Lo antes señalado permite, entonces, identificar una clara preocupación por parte de la Corte Constitucional a través de sus diferentes pronunciamientos y unas acertadas posiciones por parte de los doctrinantes en el tema del ECI, quedando claro que es un tema que aún no ha sido superado. Como lo muestran las cifras, en las dos últimas décadas Colombia ha experimentado un aumento drástico y sostenido de las tasas de encarcelamiento. Durante el período comprendido entre diciembre del 1993 (tiempo en el que se promulgó el Código Penitenciario y Carcelario) y abril del 2012, la población de internos pasó de 29.114 a 107.320 personas, pero la capacidad de los establecimientos de reclusión solo se incrementó en 50.701 cupos. Hoy el índice de hacinamiento alcanza su máximo histórico, al llegar a 41.8 por ciento (Berrío, 2012, párr. 4).

Ante la crisis del sistema penitenciario, la solución reiterada que el Estado colombiano ha ofrecido ha sido históricamente la misma: la construcción de más establecimientos de reclusión. No obstante, como se ha dicho, este tipo solución parece bastante problemático e inadecuado “puesto que asume que la población reclusa seguirá aumentando de forma constante y acelerada, con lo cual queda en evidencia una política profundamente punitiva que no resuelve los problemas que generan criminalidad” (Berrío, 2012, párr. 14). Como complemento de lo anterior, se tiene que la jurisprudencia ha sido reiterativa en el tema, tal como se señala en la sentencia T-388 de 2013, momento en el que vuelve hacer énfasis en la condición de marginalidad y precariedad de las personas privadas de la libertad dentro de la deliberación y el debate democrático supone que el juez constitucional sea especialmente sensible con la protección de sus derechos.

Sentencias de la CIDH que desarrollan el tema de la dignidad humana de cara a las personas privadas de la libertad

Aspectos preliminares.

El capítulo precedente contiene los aspectos piramidales para abordar lo concerniente a las jurisprudencias de la CIDH, no sin antes hacer referencia a la importancia que tienen en el continente los tratados internacionales de Derechos Humanos los cuales son un referente obligatorio, tanto para la formulación de las distintas políticas públicas como para la adopción de las decisiones por parte de los diferentes órganos del Estado. En Colombia los tratados internacionales de derechos humanos se afianzaron a partir de la Constitución de 1991 y, por lo tanto, acorde con ello todas las autoridades públicas y todos los particulares al momento de interpretar y conocer sus derechos, tiene que interpretar la Constitución en forma armónica con los tratados internacionales.

Es así como una de las funciones primordiales de los tratados internacionales es fomentar el respeto a los derechos humanos que forman parte de la Constitución, razón por la cual los diferentes tratados e instrumentos internacionales son un referente básico para conocer los derechos de las personas privadas de la libertad y dentro del sistema interamericano son un mecanismo de información en representación de la Comisión Interamericana y de los comisionados. El sistema interamericano está integrado, básicamente, por la Corte Interamericana y por la Comisión Interamericana; las competencias de la Corte Interamericana son especialmente contenciosas y ella es el intérprete supremo de la Convención Americana de Derechos Humanos, mientras que la Corte Interamericana tiene competencia para conocer casos contra todos los Estados que han sido partícipes y la han ratificado (Steiner y Uribe, 2014).

La Comisión Interamericana desde sus comienzos ha prestado una atención muy especial a las personas privadas de la libertad desde las iniciales visitas a Cuba y República Dominicana y desde sus primeros informes de Estado encontró y verificó la grave situación que viven las personas privadas de la libertad en el continente; así, por ejemplo, en el contexto y seguimiento a la situación de privados de la libertad en Cuba, la CIDH subrayó:

Resulta fundamental que la privación de libertad tenga objetivos bien determinados, que no puedan ser excedidos por la actividad de las autoridades penitenciarias ni aún bajo el manto del poder disciplinario que les compete y, por tanto, el recluso no deberá ser marginado ni discriminado sino reinsertado en la sociedad. En otras palabras, la práctica penitenciaria deberá cumplir un principio básico: no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta representa. Esto es, que el preso deberá ser tratado humanamente, con toda la magnitud de la dignidad de su persona, al tiempo que el sistema debe procurar su reinserción social (CIDH, 2011, p. 132).

Durante cincuenta años de trabajo la CIDH ha producido numerosos informes sobre la situación carcelaria en toda la región, estableciendo que la situación reviste de una gravedad extrema en las cárceles de toda la región, en especial en los países de América Latina y el Caribe, en donde se presenta una violación masiva y sistemática de todos los Derechos Humanos. En los países de América Latina y los países del Caribe realmente las condiciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad son producto de graves fallas estructurales “del sistema en donde los Estados, ni los políticos, ni la sociedad se han preocupado por la problemática y no ha habido unas políticas públicas integrales, ordenadas, eficaces orientadas a resolver la situación de las personas privadas de la libertad” (Carranza, 2012).

Ahora bien, el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria no es un fenómeno exclusivo de Colombia porque ello es común a todos los Estados de la región como Argentina, Uruguay, México y Brasil, solo para citar algunos. Esto se debe en parte a que el país lo gobierna el crimen y el *ius puniendi* del Estado como único instrumento para garantizar la seguridad ciudadana (Barros, 2005, p. 26); por esas razones, las condiciones generales de todos los centros carcelarios del hemisferio son deplorables hay graves deficiencias en materia de infraestructura física de las cárceles, “los espacios son totalmente inadecuados para albergar a las personas reclusas, las condiciones higiénicas y sanitarias son absolutamente lamentables no existen las condiciones mínimas para que las personas reclusas puedan tener un tratamiento humanitario” (CIDH, 2011, p. 79).

Frente a este panorama, la Comisión Interamericana toma la decisión en el año 2004 de crear la Relatoría Especial para las Personas Privadas de la Libertad. En atención a esta problemática y en el cumplimiento del mandato de la Comisión Interamericana se han realizado visitas en los últimos años a veinte países en los cuales se ha ratificado y se ha confirmado esta lastimosa situación en materia de derechos humanos, dentro de los cuales se encuentra Colombia. En atención a lo expuesto, se debe resaltar que, frente a las personas privadas de la libertad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana como “la doctrina de la Comisión Interamericana recogida en sus informes ha hecho énfasis en que el Estado se encuentra en una posición de garante de los derechos de las personas privadas de la libertad” (CIDH, 2014, p. 77). De esta forma, la Convención Americana en el artículo 1.1 establece el deber de los Estados de garantizar todos los derechos humanos y la obligación de respetar los derechos para asegurarle a los ciudadanos el goce efectivo de éstos, y éstas obligaciones de garantía y de respeto de los derechos humanos tienen una gran relevancia cuando se tratan de personas que forman parte de ciertos grupos que se encuentran en una especial situación de riesgo o una particular situación de vulnerabilidad como son “las personas privadas de la libertad, en virtud de ésta obligación de garantía a los Estados les incumbe adoptar todas las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los asociados” (Escobar, 2013, p. 152). Así mismo, en virtud de la obligación de respeto a los derechos humanos también tiene el deber de abstenerse de interferir o de tomar medidas ya sea generales o actos particulares frente a determinados reclusos que afecten el goce efectivo de los derechos.

La Corte Interamericana en diferentes pronunciamientos que se abordan en el siguiente apartado, ha señalado que toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con la dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal; en consecuencia, es el ente estatal quien asume la posición de garante de los derechos de los detenidos y este es uno de los principios básicos de todo el *Corpus Iuris* de los derechos de las personas privadas de la libertad y ha sido reiterado tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana en numerosas decisiones (Acosta y Amaya, 2011). Por su parte, la actividad de los jueces frente a las personas privadas de la libertad implica que ellos no solo tienen el deber de tramitar las causas o los procesos penales en forma expedita y dentro de unos términos razonables, sino que también deben velar por la legalidad de los actos de privación de la libertad y por ejercer un estricto control de legalidad frente a las personas aprehendidas en flagrancia; además, a los jueces les corresponde proteger y tutelar a las personas privadas de la libertad cuando vean afectados sus derechos básicos en los establecimientos carcelarios.

En este contexto es importante señalar que en Colombia existe un mecanismo expedito y eficaz que es la “acción de tutela que procede en todos los casos en los cuales las personas se encuentran privadas de la libertad y su condición es contraria a los estándares básicos de respeto a los Derechos Humanos (Sentencia T-588A de 2014, CConst.); en este mismo sentido, hay numerosas sentencias de la Corte Constitucional que se han referido a la materia, pero la más conocida es aquella en donde se declaró que la situación de las cárceles en Colombia revestía una situación generalizada de violación a los Derechos Humanos, de la cual se ha hecho referencia en varios apartados de este trabajo, esto es, la sentencia T-153 de 1998. Por ello, pues, los jueces tienen una gran responsabilidad para preservar y velar por el respeto de los derechos de las personas “privadas de la libertad, y de la sobrepoblación carcelaria, en toda América Latina y el Caribe que según las estadísticas más del 50% de las personas privadas de la libertad están en condición de detenidos y de procesados” (Escobar, 2013, p. 155).

Para concluir, debe decirse que la Comisión Interamericana hace un gran esfuerzo por promover principios y buenas prácticas en materia penitenciaria en todo el hemisferio orientados a que verdaderamente se respete y garantice las libertades de los derechos básicos de los reclusos y prevenir los grandes atentados contra la vida, la integridad personal y la dignidad humana, pero, en realidad, la labor de la relatoría va más allá en cuanto a promover los esfuerzos para que los Estados diseñen verdaderas políticas públicas integrales orientadas a asegurar el goce efectivo y el mejoramiento de las condiciones generales de reclusión del continente.

Pronunciamiento de la CIDH sobre las personas privadas de la libertad y su derecho fundamental a la dignidad humana.

La CIDH ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial sobre las personas privadas de la libertad. Por ello, manifiesta que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser respetada con dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión; en consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de los derechos de los detenidos. Relacionado con esto, la Corte expresa que la incomunicación debe ser excepcional y que su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana, dado que puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido. A su vez, considera que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que pueda verse sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Respecto al caso de las desapariciones forzadas, casos que alimentan en gran parte a la jurisprudencia de la Corte, ésta, una vez que la definió como un delito permanente que constituye una forma compleja de violación a los derechos humanos, consideró que la desaparición forzada significa un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano y la propia Convención Americana. Véanse, a propósito, los casos más relevantes.

Caso López Álvarez vs Honduras. Hechos. El 7 de julio de 2003 la Comisión sometió ante la Corte una demanda contra la República de Honduras, con el fin de que decidiera si el Estado violó diversos artículos de la Convención Americana en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, miembro de una comunidad garífuna hondureña. De acuerdo con la Comisión, la víctima fue privada de su libertad personal a partir del 27 de abril de 1997, detenida por posesión y tráfico ilícito de estupefacientes; el juez que conoció de la causa dictó sentencia condenatoria en contra del señor Alfredo López Álvarez, la cual fue anulada por la Corte de Apelaciones de la Ceiba, ordenando retrotraer el juicio a la etapa del sumario. Sin embargo, el Tribunal de primera instancia dictó nueva sentencia la cual fue confirmada por la Corte de Apelaciones de la Ceiba que absolvió al procesado; no obstante, él permaneció detenido hasta el 26 de agosto de 2003.

Dignidad humana. En este caso, aunque la Comisión no alegó la violación del derecho del señor López Álvarez a expresarse en idioma garífuna, la Corte conoció de la posible violación al artículo 13 de la Convención Americana, que tutela la libertad de pensamiento y de expresión. De acuerdo con ella, el artículo en cuestión consagra expresamente la libertad de difundir oralmente la información. Uno de los pilares de la libertad de expresión es el derecho de hablar y éste implica, necesariamente, el derecho de las personas a utilizar el

idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse de forma libre. En la narración de los hechos del caso se afirma que el director del Centro Penal de Tela, prohibió a la población garífuna de dicho penal hablar en su idioma materno, medida que no fue justificada por el Estado. Desde luego, la observancia de las reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro de detención penal, no le concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan.

Por lo anterior, la Corte decidió que la prohibición afectó la forma de expresión de la minoría a la que pertenecía la víctima; esa restricción según el alto tribunal adquiere por ello una especial gravedad, dado que el idioma materno representaba un elemento de identidad del privado de la libertad como garífuna. De ese modo, la interdicción a la que fue sometido afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú: Hechos. El nueve de septiembre de 2004, la Comisión interpuso ante la Corte una demanda contra el Estado de Perú con el fin de que declarara la violación a diversos artículos contenidos en la Convención Americana en perjuicio de “al menos 42” reclusos que fallecieron; de “al menos 175” privados de la libertad que resultaron heridos y de 322 que, habiendo resultado ilesos, fueron sometidos a trato cruel, inhumano y degradante. Lo anterior sucedió cuando el Estado llevó a cabo un operativo dentro del Penal Miguel Castro Castro, en el marco de una reorganización del Instituto Nacional Penitenciario, con el objetivo del trasladar a las mujeres que se hallaban recluidas en ese centro penitenciario a la cárcel de máxima seguridad de mujeres en Chorrillos. Sin embargo, según la Comisión, el objetivo real del “operativo” no fue el referido traslado de las internas, sino que se trató de un ataque premeditado, un operativo diseñado para atentar contra la vida y la integridad de los prisioneros del penal, acusados o sentenciados por delitos de terrorismo y traición a la patria.

Dignidad humana. Además de los hechos generales ocurridos en el presente caso, se comprobó que una vez efectuado el operativo, los internos heridos que fueron trasladados al Hospital de la Policía, quienes se encontraban en deplorables condiciones, fueron además desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el sanatorio, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas, encontrándose vigilados por agentes armados. Ante ello, la Corte enfatiza que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para, de acuerdo con la comprobación de los hechos, las seis mujeres internas que fueron sometidas a ese trato. Además, se comprobó que durante todo el tiempo que permanecieron en ese lugar a las internas no se les permitió asearse y, en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y les apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas. Enfrente a esos hechos, la Corte estimó que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, pues estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados quienes, aparentemente, eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.

La Corte concluye, pues, que el haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en el que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos que les produjo

constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Por todo ello, consideró la Corte que dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres, por lo cual el Estado fue responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles.

Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala: Hechos. El 18 de septiembre de 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió a la Corte una demanda contra el Estado de Guatemala, a fin de que esta decidiera si el Estado incumplió sus obligaciones internacionales e incurrió en violación de diversos artículos de la Convención Americana, en razón de la presunta imposición de la pena de muerte obligatoria al señor Ronald Ernesto Raxcacó Reyes por la comisión del delito de plagio o secuestro, para el cual dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento en que Guatemala ratificó la Convención Americana; la supuesta pena desproporcionada que se le impuso; las condiciones carcelarias en las que se encuentra, y la presunta inefectividad de los recursos judiciales que se plantearon ante los tribunales locales. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adoptara varias medidas de reparación.

Dignidad humana. Al sentenciar al señor Raxcacó Reyes a pena de muerte obligatoria sin considerar sus circunstancias individuales, el Estado violó sus derechos a la integridad física, psíquica y moral, en contravención del artículo 5.1 de la Convención, y lo sometió a un castigo o tratamiento cruel, inhumano o degradante, en violación del artículo 5.2 del mismo instrumento. El respeto esencial por la dignidad del individuo, que informa el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, no puede conciliarse con un sistema que priva a éste de sus derechos más fundamentales, como la vida y la dignidad humana, sin considerar si esta forma excepcional de castigo es adecuada o no a las circunstancias del caso. La determinación de la pena de muerte obligatoria como privación arbitraria de la vida refuerza su caracterización de castigo o trato cruel, inhumano y degradante. La Corte especifica que toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad humana y que el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los detenidos; es más, dictamina que como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos.

Caso Tibi vs. Ecuador: Hechos. El 25 de junio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Ecuador, la cual se originó ante la Comisión el 16 de julio de 1998; la Comisión presentó la solicitud con base en la violación de diferentes artículos de la Convención Americana, en perjuicio del señor Daniel David Tibi, además señaló que el Estado no otorgó al señor Tibi la posibilidad de interponer un recurso contra los malos tratos supuestamente recibidos durante su detención ni contra su detención preventiva prolongada, la cual se alega violatoria de la propia legislación interna y que, tampoco, existía un recurso rápido y sencillo que se pudiera interponer ante un tribunal competente para protegerse de las violaciones a sus derechos fundamentales. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado adoptar una reparación efectiva en la que se incluya la indemnización por los daños morales y materiales sufridos por el señor Tibi; además, dispuso que el Estado adoptara las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la Convención respecto de todas las personas bajo su jurisdicción y para evitar, en el futuro, violaciones similares a las cometidas en este caso.

Dignidad humana. Según el Tribunal una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos como la integridad física y a ser tratada con dignidad. Asimismo, se reconoce que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada tortura psicológica. De conformidad con ese precepto toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, la misma Corte ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas, constituye una evidente violación a su integridad personal. Así las cosas, se dispuso que el Estado como responsable de los establecimientos de detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. En ese sentido, el Estado debe tomar en cuenta que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia; es más, se dijo que la forma en la cual se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél.

Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago: El 26 de febrero de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra el Estado de Trinidad y Tobago; la Comisión presentó la petición para que la Corte decidiera si el Estado violó el derecho del señor Winston Caesar a recibir un trato humano consagrado en diferentes artículos de la Convención Americana, de su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Además, ese ente argumentó que el Estado, al no otorgar el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en su legislación interna y al autorizar una forma de castigo incompatible con el derecho a un trato humano, era responsable de la violación de las obligaciones que le impone diversos artículos de la Convención. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adoptara varias medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias.

De conformidad con lo señalado por la Comisión en la demanda, la ley vigente en Trinidad y Tobago permitía en ese momento la imposición de penas corporales; en efecto, según la Ley de Penas Corporales (Para Delincuentes Mayores de 18 años), un tribunal podía ordenar que un delincuente varón mayor de 18 años fuera golpeado o azotado con un objeto llamado “gato de nueve colas”, además de cualquier otra pena que le fuera aplicable cuando se le condenara por ciertos delitos. Dicha ley también disponía que la sentencia de flagelación debía aplicarse tan pronto fuera posible y, en ningún caso, después de que hubieran transcurrido seis meses de dictada la sentencia. La víctima en este caso, el señor Winston Caesar, fue condenado por la High Court de Trinidad y Tobago por el delito de intento de violación y fue sentenciada a 20 años de cárcel con trabajos forzados y a recibir 15 latigazos con el “gato de nueve colas”. La Court of Appeal de Trinidad y Tobago confirmó la condena y su sentencia y, 23 meses después de la confirmación definitiva de la misma, el castigo de flagelación del señor Caesar fue ejecutado.

Asimismo, la Comisión afirmó que, dada la naturaleza de las violaciones por las cuales el Estado debía ser considerado responsable, Trinidad y Tobago debía producir una reparación efectiva al señor Caesar, que incluyera una indemnización por los daños morales que sufrió. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adoptara las medidas legislativas y de otra índole que fueran necesarias para hacer efectivo

el derecho a un juicio dentro de un plazo razonable; de igual forma para derogar el castigo de azotamiento previsto por la Ley de Penas Corporales; y, por supuesto, para garantizar que las condiciones de detención en las cárceles del Estado satisficieran los estándares mínimos de un trato humano de conformidad con la Convención.

Dignidad humana. Probablemente el asunto más llamativo en cuanto al fondo de este caso es la persistencia y aplicación –prevista en la legislación del Estado– de la pena corporal de azotes, ejecutada con el llamado “gato de las nueve colas”; no hay duda de que su empleo causa muy graves sufrimientos a quien recibe el castigo. La posición de la Corte a este respecto es determinante al manifestar su absoluto rechazo; para ello, el Tribunal toma en cuenta una corriente razonada y dominante en el orden nacional e internacional, que repudia el empleo de métodos punitivos que tienen esas características e infligen al condenado sufrimientos incompatibles con su dignidad humana, por una parte, y con los fines generalmente reconocidos a la pena que se aplica a los responsables de los delitos, por la otra.

Con ello, dice el fallo, “el condenado deviene víctima de la función penal del Estado, desviada de su cauce y objetivo”. Y se añade:

No se cuestiona, por supuesto, la necesidad –y el deber público– de enfrentar con firmeza la delincuencia y sancionar a quienes perpetran delitos. Lo que se rechaza es que esta función punitiva, en sí misma legítima, se despliegue en una forma y con unos métodos que lesionan la dignidad humana y pugnan con la condición ética que debe caracterizar al Estado democrático en el cumplimiento de todas sus atribuciones, incluso la de carácter punitivo (CIDH, 2005, par. 11).

Por ello, se añade:

De ahí que no se trate, en la especie, de sufrimientos naturalmente derivados de la ejecución de una pena legítima, es decir, de una sanción que no milita, por sí misma, contra la dignidad humana, que es la hipótesis de justificación a la que se refiere, por ejemplo, la última frase del artículo 1.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984. Lo que he afirmado y aquí destaco es que la pena de azotes resulta contraria, en sí misma, a la dignidad humana (CIDH, 2005, par. 22).

La revisión jurisprudencial de los cinco casos de la CIDH, se han convertido en un precedente sobre la dignidad humana, que en los diferentes casos deja claro que esta no puede ser vulnerada por el hecho de encontrarse las personas privadas de la libertad. No obstante, el desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha hecho sobre el tema en estudio demuestra desde 1992 la importancia de la dignidad humana en los diferentes ámbitos de la sociedad. Queda, entonces, analizar el alcance de los derechos humanos en cuanto a la dignidad humana desde la mirada crítica que hace Arango (2001) en el contexto de los derechos sociales fundamentales y la justiciabilidad que sobre éstos se pueda hacer.

Así, la justiciabilidad de los derechos fundamentales puede ser justificada a partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos. Un concepto evolucionado de los derechos exige comprender el funcionamiento de la interpretación constitucional y del ejercicio de los derechos en la práctica, de manera que sea posible reconstruir las condiciones formales y materiales para el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales (p. 186).

Tal paradigma, como se ha expresado, se puede interpretar a partir de establecer sí los derechos sociales fundamentales se construyen interpretativamente desde las Constituciones democráticas, permitiendo que estos emerjan de forma natural y previa, en cuyo caso la función del juez es reconocerlos y protegerlos contra las intromisiones estatales, es decir, salvaguardarlos. De ahí que, en el marco de la defensa y prestación de ellos, se tiene que los mismos se dan según la función que cumplan en la relación entre Estado y ciudadano. En el caso del derecho de defensa, se trata del derecho a la acción negativa del Estado –omisión estatal–, que limita su campo de acción y asegura la libertad del individuo. Los derechos de prestación se refieren principalmente a las potestades a invocar la acción positiva del Estado –a un hacer estatal–, la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas – por ejemplo, los derechos de organización o procedimiento– o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas como el mínimo vital (Arango, 2005, p. 35).

Lo señalado, permite establecer que parte de la doctrina constitucional limita los derechos fundamentales a los derechos de defensa, como la que ejercen a diario las personas privadas de la libertad, de donde se infiere que según esta concepción las determinaciones de los “derechos fundamentales tienen un carácter exclusivamente negativo. Ponen límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los derechos fundamentales, que puede remitirse al desarrollo histórico del pensamiento sobre los derechos humanos” (Arango, 2005, p. 35). Al respecto Arango (2005) indica que los derechos humanos y los derechos fundamentales surgieron históricamente como derechos a la libertad o a la defensa en contra del poder estatal monárquico y luego en contra del poder constitucional de la república, a favor de la libertad de individuos o grupos de individuos (p. 35).

Significa, entonces, que los derechos humanos reivindican la vulneración de los derechos fundamentales, en especial en situaciones como las que viven las personas privadas de la libertad, a quienes se violan prácticamente todos estos principios. Esta vulneración ha sido sistemática pese a lo expuesto por la jurisprudencia de la CIDH y la de la Corte Constitucional, ahondando o debilitando lo preceptuado sobre la dignidad humana; razón por la cual, los derechos humanos y la dignidad humana no pueden ser estudiados por separado. Bien ha señalado Arango (2016), apoyado en Dworkin, al respecto que:

Los derechos humanos encuentran su fundamento en dos principios de la dignidad humana: el del valor intrínseco de la vida humana y el de la responsabilidad personal en la realización de dicho valor en la propia vida. Estos dos principios se concretan en un derecho humano fundamental: el derecho a ser tratado según una cierta actitud; una actitud que expresa el entendimiento de que cada persona es un ser humano cuya dignidad importa. Aceptar tales principios supone colocarle límites a las actuaciones de un gobierno, grupo o persona. La legitimidad de aquellas depende directamente del respeto de dichos principios (p. 40).

Aceptar tales principios requiere, entonces, poner límites a las actuaciones de un gobierno, grupo o persona; la justificación de tales acciones depende estrictamente del respeto de dichos principios. Aspectos estos que no han sido superados frente a un sistema carcelario débil ante las desproporciones de la corrupción y de una política criminal permisiva, sin dejar de lado la coacción que el conflicto interno ha dejado durante los 70 años que lleva en el país.

Análisis de los pronunciamientos judiciales emitidos en Pasto –Nariño– en relación con la dignidad de los privados de la libertad

Es aterrador el hacinamiento que se presenta en algunos establecimientos de privación de la libertad, como por ejemplo el centro penitenciario y carcelario objeto de este estudio ubicado en la ciudad de Pasto, que cuenta con una capacidad oficial de 568 y ha llegado a 1.377 personas. Evidentemente, este establecimiento no cuenta con capacidad para dotar a la totalidad de su población de actividades de tratamiento penitenciario y brindar asistencia de sus necesidades básicas, porque no hay cupo para todos y justamente esa cantidad de población en sí misma presupone una violación a los derechos humanos y es la causante de la vulneración a un abanico de derechos fundamentales, tal como en su momento lo señaló la Corte Constitucional. Según el informe estadístico del INPEC, el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de mediana seguridad masculino de la ciudad Pasto, para la fecha 28 de marzo de 2015 –y a la fecha la situación persiste–, es uno de los centros de privación de la libertad con mayores tasas de sobrepoblación y “hacinamiento del país, ya que cuenta con cupo para apenas 568 internos, no obstante, alberga a 1.377 reclusos, es decir, posee una sobrepoblación de 809 personas, y un índice de hacinamiento del 142,4%” (INPEC, 2015, P. 22).

A continuación, el texto aborda algunas de las sentencias más relevantes de diferentes Tribunales del Departamento de Nariño referentes a los derechos de las personas privadas de la libertad en el establecimiento penitenciario y carcelario masculino en mención, donde se evidencia la existencia de una compleja problemática de transgresión de los derechos fundamentales de la mencionada población.

Sentencia de tutela del 26 de octubre de 2012.

En la sentencia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Nariño, se precisa que “la cárcel de la ciudad de Pasto se encuentra en circunstancias de hacinamiento, pues posee siete patios con capacidad máxima de 562 internos, no obstante, pues para el 30 de agosto de 2012 albergaba 1015 personas” (Sentencia de octubre 26 de 2012, TSN). Aunado a lo anterior manifiesta que existen graves dificultades para el acceso al servicio de salud por parte de los reclusos; afirma el demandante una precaria atención a los internos que requieren tratamientos especializados en cuanto a salud mental. Asimismo, precisa que la mayoría de presos y detenidos no cuentan con programas de trabajo y estudio pues los cupos son de carácter limitado y carecen de espacios de recreación. En cuanto al suministro de servicios públicos refiere que los reclusos de la cárcel de Pasto no cuentan con acceso a servicio telefónico.

Al despachar el asunto, el Tribunal Superior de Nariño en plan de motivar su decisión ordenó la práctica de una inspección judicial al Establecimiento Penitenciario y Carcelario Masculino de Pasto, encontrando para la fecha como los principales problemas del establecimiento la grave situación de hacinamiento carcelario, el deterioro de la infraestructura, la precaria atención en servicios públicos, la falta de asistencia en salud, la carente oferta de cupos educativos, de enseñanza y de trabajo para la resocialización y redención de pena. Por lo anterior, ante la grave afectación de un considerable número de derechos humanos de las personas privadas de la libertad en el centro penitenciario y carcelario masculino de Pasto, el Tribunal obrando en sede constitucional ordenó tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Sentencia de tutela del 24 de septiembre de 2013.

Por otra parte, la Sala Civil del Tribunal Superior de Nariño en sentencia de segunda instancia de fecha 24 de septiembre de 2013, referente a la impugnación de la acción de tutela presentada por el señor Jesús Melo en contra del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de la ciudad de Pasto, también se ocupa de este asunto; en esa oportunidad, el accionante manifestó que la entidad accionada vulneró sus derechos a la dignidad humana y a la salud porque, encontrándose privado de la libertad en el centro penitenciario y carcelario masculino de Pasto,

[r]equirió atención médica odontológica para la realización de un tratamiento de conducto, un alargamiento de corona y un implante de prótesis de la pieza dental número 43, lo cual le fue negado por parte de la demandada quien argumentó que la única alternativa de tratar el padecimiento del interno era la extracción del diente (Sentencia de septiembre 24 de 2013, TSN).

Por ello, la Sala ordenó confirmar la sentencia de primera instancia y tutelar los derechos fundamentales a la vida en condiciones de dignidad y a la salud del demandante, por cuanto los mismos se ven vulnerados ante la omisión del ente accionado.

Sentencia de tutela de Sentencia 12 de septiembre de 2012.

Es más, mediante el proveído citado la Sala de Decisión Penal ordenó facilitar el acceso del accionante Gabriel Alfonso Jamioy Imbajoa al servicio médico que requiere, por cuanto se verificó que, en dos ocasiones, la primera por “negligencia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) de Pasto” y, la segunda, “porque no se autorizó su salida, el accionante no pudo acceder a las citas médicas de control post operatorio con el galeno tratante de su enfermedad” (Sentencia de septiembre 12 de 2012, TSN). En este caso el Tribunal en segunda instancia no tuteló los derechos invocados por constituirse como hechos superados, por cuanto el Juzgado de conocimiento a través de una medida provisional consiguió eliminar las trabas que el INPEC– Pasto ponía para que el demandante accediera al servicio médico requerido. No obstante, superado lo anterior el Tribunal previno al INPEC para que, en adelante, sin impedimentos y oportunamente, se proporcionara el acceso al peticionario a los servicios médicos que necesitara.

Así las cosas, de las tres acciones de tutela seleccionadas se infiere que todas tienen por objeto restablecer a las personas privadas de la libertad el mínimo de sus derechos en pro de dignificar su vida. Pero, a pesar de lo solicitado por los accionantes de las tutelas; no obstante, también se deduce que más allá de los pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes, los fallos judiciales en muchas ocasiones no son tenidos en cuenta o son dilatados, o requieren ir a estancias de casación o presentarse ante la CIDH. Es por ello, que las decisiones judiciales dentro de su concepto incluyen la premisa de la *pretensión de corrección*, originada en el Derecho positivo, aspecto este que depende de cómo se defina el concepto de decisión judicial el cual se debe abordar desde “el marco de una teoría jurídica analítica, de manera que abarque la pretensión de *corrección*”, como ha dicho la doctrina especializada:

Por otro lado, hay que decir que un fallo judicial como *en nombre del pueblo*, se condena al señor N a diez años de privación de libertad, aunque no hay para ello buenas razones, es defectuoso no sólo por razones morales, sino porque su defecto se asemeja más bien al de una expresión como: el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo

creo. Es en verdad posible que un fallo semejante, sobre todo si permanece como un caso aislado, se aplique de hecho y se acepte por los miembros de una comunidad jurídica. Pero esto no altera en nada sus defectos (Alexy, 2015, p. 299).

Por consiguiente, hay razones para considerar que la falta de pretensión de corrección de un fallo no lo exime de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente. Con lo señalado, pues, se quiere hacer referencia a aquellas decisiones judiciales que pueden o no presentar yerros normativos y/o probatorios que dan como respuesta privar a una persona de su libertad, pero que en el asunto que ocupa a la investigación tal privación se extiende en una amplia cadena de actos que afectan los derechos de las personas procesadas, minimizando sus condiciones como seres humanos.

Por último, como lo expresa Bernal (2005), debe decirse que no se puede en ningún momento desconocer la tensión que genera la acción penal en relación con los derechos fundamentales; es por ello, que “toda ley penal aparece como una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales” (p. 115). Entonces, en este contexto el legislador penal no sólo puede afectar derechos fundamentales intrínsecamente relacionados con la dignidad humana, por un exceso de severidad de sus medidas, sino también por la falta de mecanismos para ofrecer una protección suficiente a los derechos y demás bienes constitucionales relacionados.

Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición, debe decirse que los temas abordados en el desarrollo de este trabajo permiten señalar las siguientes premisas para la discusión.

Las reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos de cara a brindarle a las personas privadas de la libertad un tratamiento que garantice su dignidad humana, dejan entrever que, pese a los diversos pronunciamientos y declaraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional de Colombia, continúa existiendo una sistemática y flagrante violación de estos derechos a quienes se encuentran bajo custodia del Estado en las diferentes cárceles del país.

Esto se debe a la falta de una estrategia que garantice no solo el cumplimiento de los pronunciamientos jurisprudenciales, sino que se ciña a las realidades de los penales a lo largo y ancho del país; para infortuna, la sociedad se acostumbró a los problemas cotidianos que se presentan en el ámbito penitenciario y carcelario. Además, la crisis que existe a nivel global en cuanto a la imposibilidad de brindarles a las personas unas condiciones dignas cuando se encuentran en cualquier modalidad de reclusión, es de muy vieja data y supone uno de los problemas sociales y jurídicos de mayores retos para los Estados contemporáneos.

En este sentido, la situación carcelaria en el país marca un derrotero para la sociedad, teniendo en cuenta que Colombia se pretende erigir como un Estado social de Derecho. Se piensa, irreflexivamente, que la cárcel es la solución a los problemas de nuestra sociedad, cuando los oculta o los pospone, enfocándose en el tratamiento o sanción de la persona infractora del derecho penal, y no en indagar acerca de las posibles causas de la criminalidad y en la adopción de soluciones profundas y situadas.

Además, la crisis penitenciaria y carcelaria del país refleja que existe una clara creencia en la cárcel, sin vislumbrar la existencia otros tipos de justicia, diferentes a la de índole

penal, tal como la justicia restaurativa, que no precisamente implica la privación de la libertad a las personas transgresoras de la ley penal en una cárcel, sino restablecer los lazos sociales desarticulados por el hecho punible. Este tipo de situaciones incrementa desmesuradamente la cantidad de población carcelaria, ofreciendo los espacios propicios para la vulneración de un abanico de derechos humanos, especialmente de los derechos a la dignidad humana y a la integridad personal.

De igual forma, es imperioso contar con programas y políticas públicas que diseñen unas estrategias que cuenten con las herramientas necesarias y las veedurías pertinentes, para que la ejecución de tales programas no se quede en el aire sino que se logren desarrollar conforme las exigencias concretas de la población privada de la libertad. Existe, además, la necesidad de generar un trabajo colaborativo entre las diferentes entidades del Estado, como una forma de responder a las falencias de la población carcelaria, y de esta forma, consolidar soluciones que cuenten con el apoyo necesario interinstitucional.

Todo lo anterior, obsérvese, teniendo en cuenta la importante evolución de la jurisprudencia constitucional en Colombia en cuanto ella ha mostrado una gran preocupación por dignificar la situación de las personas privadas de la libertad, aspecto en el cual se nota el trabajo realizado por la Corte Constitucional gracias a que, en un comienzo, los pronunciamientos se concentraron en ofrecer un concepto elaborado sobre la dignidad humana demostrando en su momento que todas las personas eran y son merecedoras de gozar de este principio. Ahora, en una segunda etapa, ello se consolida mediante su consideración como derecho fundamental y como valor socialmente objetivado sujeto de ser tutelado, mientras que en una tercera etapa ello se concentra en la aplicación de este derecho a casos concretos. Por su parte, la CIDH ha contribuido de forma ostensible en el logro de dignificar aquellos derechos de las personas privadas de la libertad que no han sido superados a través de la norma interna, para el caso de Colombia, y cuyo paradigma es salvaguardar los derechos que tienen las personas privadas de la libertad en las cárceles colombianas a gozar de unas garantías mínimas que les permita dignificar su vida en cautiverio.

Referencias

- Acosta, J. I. y Amaya, A. F. (2011). La responsabilidad internacional del Estado frente al deber de custodia: Estándares internacionales frente a los centros estatales de detención. *Estudios socio jurídicos*, 13(2), 301-326.
- Alexy, R. (2015). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Amezcuca, L. (2007). Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(8), 339-355.
- Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Derecho público*(12), 185-212.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Arango, R. (2016). Derechos humanos como límite a la democracia. En R. Arango, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina* (pp. 39-59). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales.
- Arendt, H. (1994). *Los orígenes del totalitarismo*, 2 vols.. Barcelona: Planeta-Agostini.

- Barcesat, E. S. (1993). *Derecho al Derecho. Democracia y Liberación* (10 ed.). Buenos Aires: Editorial Fin de Siglo.
- Barros, C. (2005). Alcances y perspectivas de la prevención y del control social como instrumento de la política criminal. *Derecho y cambio social*(2), N.º 4, 22-33.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Berrío, J. M. (2012, agosto 31). Sistema penitenciario: ¿Cuál es el problema? *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/sistema-penitenciario-cual-problema/263907-3>
- Bohórquez, V. y Aguirre, J. (2009). Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos. *Sur Revista internacional de Direitos Humanos*, 6(11), 40 - 63.
- Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina. *Revista de la CEPAL*(88), 35-50. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050_es.pdf
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, 31 - 66.
- Cita, R. A. (Coord.) (2014). *Lineamientos para el fortalecimiento de la Política Penitenciaria en Colombia*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Coaguila, J. (2011, agosto 24). Los paradigmas en el derecho. *Catalejo jurídico. Investigación en Derecho, Metodología Jurídica, Teoría del Derecho, Epistemología Jurídica, Tesis en Derecho*. Recuperado de <http://catalejojuridico.blogspot.com.co/2011/08/los-paradigmas-en-el-derecho.html>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas*. España : OEA.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (1 de febrero de 2006). Caso López Álvarez vs Honduras. San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf
- Corte Interamericana de derechos Humanos [CIDH]. (7 de septiembre de 2004). Caso Tibi vs Ecuador. San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (11 de marzo de 2005). Caso Caesar Vs Trinidad y Tobago. San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (septiembre de 15 de 2005). Caso Raxcacó Reyes vs Guatemala. San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (25 de noviembre de 2006). Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú. San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2008, marzo 13 al 14). *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2014). *Personas privadas de la libertad*. Dinamarca: DANIDA.
- Escobar, G. (2013). Situación de Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas y obligaciones del Estado como garante. Gallego, E. E. y Posada, J. D. (2013). *Delito y tratamiento penitenciario en el contexto de los derechos humanos* (pp. 147-161). Medellín: Ediciones Unaula.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gallego, E. E. y Posada, J. D. (2013). *Delito y tratamiento penitenciario en el contexto de los derechos humanos*. Medellín: Ediciones Unaula.
- Gras, M. (2013). Desarrollo local de políticas públicas con enfoque de Derechos Humanos. VII Congreso de Administración Pública. AAG-AAEAP-JGM, Mendoza. Recuperado de aaeap.org.ar: https://aaeap.org.ar/wp-content/uploads/2013/7congreso/Gras_Martin_Desarrollo_local_de_politicas_publicas_con_enfoque_de_derechos_humanos_Panel_084.pdf
- Guisan, E. (Coord.) (1988). *Esplendor y miseria de la ética kantiana*. Barcelona: Anthropos.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. (2015). *Informe estadístico - oficina asesora de planeación*. Bogotá, D.C: Ministerio de Justicia.
- Jiménez, D. (2016). *Mercado -estado-cárcel en la democracia neoliberal española*. Madrid: Anthropos.
- Ley 65 (1993, agosto 20). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. Congreso de la República [Colombia]. *Diario oficial: 40999 de 20 de agosto de 1993*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 975 (2005, julio 25). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanos. Congreso de la República [Colombia]. *Diario oficial: N.º 45980 de 25 de julio de 2005*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1709 (2014, enero 20). Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República [Colombia]. *Diario oficial: N.º 49039*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Matthews, R. (2011). Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica. *Política Criminal*, 6(12), 296-338.
- Morales, I. R. (2012). ¿El neopunitivismo, camino a la esclavitud? *Revista Logos Ciencia y Tecnología* 4(1), 32-57.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (16 de Diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Pinzón, A. (15 de mayo de 2014). ¿Superar el hacinamiento? *Palabras al Margen* N.º 33. recuperado de <http://palabrasalmargen.com/index.php/articulos/nacional/item/superar-el-hacinamiento>
- Posada, J. D. (2013). Tratamiento penitenciario: dificultades y posibilidades. En E. E. Gallego y J. D. Posada, *Delito y tratamiento penitenciario en el contexto de los derechos humanos* (págs. 69 - 81). Medellín: Ediciones Unaula.

- Quinche, M. F. (2009). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y de sus reformas* (3 ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quintero, J., Navarro, A. M. y Meza, M. I. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*(3), 1, 69-80.
- Resolución 7302 (2005, noviembre 23). Por medio de la cual se revocan las Resoluciones 4105 del 25 de septiembre de 1997 y número 5964 del 9 de diciembre de 1998 y se expiden pautas para la atención integral y el tratamiento penitenciario. *Diario Oficial: N.º 46476 de 8 de diciembre de 2006*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Rodríguez, C. (2010). Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. En C. Rodríguez (Coord.), *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado* (pp. 434-492). Bogotá: Uniandes, Acnur y ASDI.
- Rodríguez, C. y Rodríguez, D. (2010). El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009). En C. Rodríguez (Coord.), *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado* (pp. 14-35). Bogotá: Uniandes, Acnur y ASDI.
- Sentencia T-401 (1992, junio 3). Acción de tutela. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-596 (1992, diciembre 10). Acción de tutela. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-318 (1995, julio 19). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-705 (1996, diciembre 9). Acción de tutela. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-706 (1996, diciembre 9). Acción de tutela. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-714 (1996, diciembre 16). Acción de tutela. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SU-559 (1997, noviembre 6). Sentencia de unificación. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-153 (1998, abril 28). Acción de tutela. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-606 (1998, octubre 27). Acción de tutela. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-256 (2000, marzo 6). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-881 (2002, octubre 17). Acción de tutela. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-025 (2004, enero 22). Acción de tutela. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia T-743 (2005, julio 14). Acción de tutela. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-1303 (2005, diciembre 9). Acción de tutela. Magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-136 (2006, febrero 23). Acción de tutela. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-488 (2007, junio 25). Acción de tutela. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-286 (2011, abril 14). Acción de tutela. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-365 (2012, mayo 16). Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-035 (2013, enero 28). Acción de tutela. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-077 (2013, febrero 14). Acción de tutela. Magistrado ponente: Alexei Julio Estrada. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-266 (2013, mayo 8). Acción de tutela. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-388 (2013, junio 28). Acción de tutela. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-815 (2013, noviembre 12). Acción de tutela. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-857 (2013, noviembre 27). Acción de tutela. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-861 (2013, noviembre 27). Acción de tutela. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-588A (2014, agosto 15). Acción de tutela. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-111 (2015, marzo 25). Acción de tutela. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-049 (2016, febrero 10). Acción de tutela. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2012, septiembre 12). Acción de tutela. (12 de septiembre de 2012). Magistrado ponente: Jaime Cabrera Jiménez. Radicado: 52001220400020120017200-15. Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Decisión Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, octubre 26). Acción de tutela. Magistrado ponente: Franco Solarte Portilla. Radicado: 2012-00117-01. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Nariño, Sala Penal [Colombia].

Sentencia (2013, septiembre 24). Acción de tutela, segunda instancia. Magistrado ponente: Fabio Raúl López Chaves. Radicado: 442-01 (2013-077-00). Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Civil Familia [Colombia].

Steiner, Ch. y Uribe, P. (eds.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

Vargas, C. I. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “Estado de cosas inconstitucional”. *Estudios constitucionales*, 1(1), 203-228.

IV

Reseñas y recensiones

Elbert, C. (2017). *Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*. Buenos Aires: Prosa y poesía American Editores, 516 pp.

Eugenio Raúl Zaffaroni*

El penalismo y la criminología latinoamericanos se debían una investigación sobre el pensamiento político de Franz von Liszt, cuyo conocimiento contribuye a despejar las muchas dudas planteadas sobre el carácter de sus teorías penales (cfr. las opiniones de Wolfgang Naucke, Francisco Muñoz Conde y Thomas Vormbaum, en las obras citadas por Elbert).

Para el penalismo latinoamericano un libro sobre Liszt no es una simple curiosidad histórica, sino una indagación acerca de las ideas políticas de un personaje que, si bien nunca puso un pie en nuestra región, proyectó ampliamente sus teorías por toda ella, al punto que la primera traducción de su obra a otro idioma lo fue al portugués en Brasil; fue la de José Hygino Duarte Pereira (1847-1901), catedrático pernambucano, ministro de justicia del presidente Floriano Peixoto y ministro del Supremo Tribunal Federal (Liszt, 1899; Liszt, 2003). En cuanto a la traducción castellana (Liszt, 1914-1917), en su tiempo se expandió ampliamente por el resto de la región y, además, fue el primer teórico alemán que influyó sobre nuestro penalismo de vertiente dogmática, cuando éste apenas emergía del positivismo ferriano (Zaffaroni y Croxato, 2014).

El autor de este libro expone la actividad de Liszt como profesor, tratadista, investigador, editor (hasta el presente se publica como la revista penal quizá de mayor prestigio la funda por Liszt y Adolf Dochow en 1881: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, Berlin), comparatista (Liszt, 1896) e internacionalista (Liszt, 1929), incesante desde su formación en su Austria natal (ha caído en nuestras manos un ejemplar muy mal conservado de su *Meineid und falsches Zeugnis*, subtulado como un estudio histórico penal, publicado en Viena en 1876, en tiempos en que era *Privatdozent* en Graz) hasta poco antes de su muerte, desplegada con una intensidad casi sobrehumana, teniendo en cuenta las limitaciones técnicas de la comunicación de su tiempo.

Si bien Elbert insiste en que su objetivo no es un estudio de toda la obra de Liszt, lo cierto es que su libro es una verdadera biografía intelectual de éste, desde sus comienzos en su Austria natal hasta su muerte en 1919, como también una exposición completa de sus ideas político-criminales. Tenemos la impresión de que la insistencia en la limitación temática por parte del investigador argentino, obedece a su comparación con investigaciones alemanas acerca de otros penalistas (quizá impresionado por el libro de Holger Karitzky sobre Kohlrausch, publicado en 2002

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires; Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires; E-Mail: eraulzaffaroni@gmail.com. Este trabajo se publicó de forma original en La Ley, Buenos Aires, N.º 11, 2017 y aquí se inserta con la debida autorización.

y al que Elbert cita repetidamente en el libro), pero lo cierto es que la presente nada tiene que envidiar a esos modelos y, de cualquier forma, para nuestro medio regional es completísima y ejemplar.

De la biografía de Liszt –poco conocida entre nosotros–, cabe destacar que pese a haber comenzado su carrera en su Austria natal (en ese tiempo parte del Imperio Austro-Húngaro), pasa a Alemania y, después de peripecias y algunos conflictos universitarios, llegó a la muy ambicionada cátedra de Berlín en función de una terna en la que, no obstante ocupar el tercer lugar, fue escogido por el gobierno, siendo particularmente interesante saber que quien ocupaba el primer lugar en la terna era nada menos que Karl Binding, su principal contradictor en la llamada lucha de escuelas de la época.

Como bien lo señala Elbert, Liszt se centraba en la cuestión de la pena y su famoso Programa de Marburgo dista mucho de ser un texto liberal, en particular por la severidad de las penas, que matiza con beneficios. Es conocido el párrafo muchas veces citado y que reproduce Elbert, en que Liszt lamenta no tener colonias a las que mandar a los habituales, no siendo tampoco posible en ese tiempo decapitarlos, por lo que proponía la prisión indeterminada. Más duramente aún se expresó epistolarmente, en correspondencia recordada por varios autores.

En general, para Liszt, los delincuentes se debían dividir en un 50% de corregibles, un 25% de posibles corregibles y otro 25% de incorregibles o habituales, a los que reservaba la prisionización indeterminada, o sea, prácticamente perpetua.

Es muy importante señalar que Elbert incursiona en la historia alemana de tiempos de Liszt, indispensable para que el lector se ubique en su escenario político y social, dado que se centra en la actuación política de este autor, tema que tampoco fue investigado con esta minuciosidad en Alemania.

El Imperio Alemán fue el sistema político en que Liszt actuó en el período analizado (1899 y 1919). Unificado en 1870 en forma de federación de estados monárquicos entre los que Prusia era hegemónica, el emperador Guillermo II era también rey de Prusia y jefe del ejército, ejercía el ejecutivo y, si bien se trataba de una monarquía constitucional, no era parlamentaria, dado que la Cámara de representantes no tenía el poder correspondiente a esa forma de gobierno y, además, durante la guerra lo perdió casi por completo. Se trataba de una monarquía con dominio aristocrático muy marcado y pocos elementos democráticos.

La actuación de Liszt fue en tres representaciones diferentes: como concejal en Charlottenburg (1902-1912), en el Parlamento de Prusia (1908-1913) y en el Reichstag (parlamento imperial) (1912-1918). En todos los casos Liszt representó al llamado partido liberal, nombre que –como bien lo destaca el autor– no debe mover a confusiones, pues se trataba de un partido de clase media alta, minoritario por cierto y bien adaptado al régimen monárquico imperial, con el que no tenía enfrentamientos, los que, por otra parte, el catedrático de Berlín se ocupaba de evitar con gran cuidado.

Elbert tiene el acierto de transcribir las principales intervenciones de Liszt y evaluar cada una de ellas, lo que permite al lector verificar la valoración del investigador. Sería largo enumerar la rica información que surge de estos análisis, alguna favorable a una imagen políticamente positiva de Liszt, aunque otras no tanto y hasta decididamente lamentables.

Se destaca la importancia del pensamiento de Liszt en toda la materia del derecho penal de niños y adolescentes, cuyos principios conservan vigencia hasta la actualidad, como también la ridiculización del racismo ario que pocos años después de su muerte sería considerado científico. También registra Elbert una intervención en la que Liszt se manifiesta decididamente contra el antisemitismo. Curiosamente, las intervenciones parlamentarias de Liszt referidas a las universidades asombran más por lo que revelan acerca de éstas, que incluso tenían potestad de imponer penas de encierro.

De toda forma, cabe observar que en todas sus intervenciones, Liszt parece adoptar la actitud propia de quien apela a la táctica oratoria de una de cal y otra de arena, es decir, a evitar en lo posible el enfrentamiento abierto, más bien sopesando argumentos y dando la impresión del equilibrado que llega a una conclusión poco discutible. Una excepción sería la intervención en que ridiculiza al racismo ario, que al parecer le lleva a perder la paciencia.

Los aspectos que ensombrecen sus intervenciones políticas son varios, pero entre ellos sobresale su adhesión entusiasta al tratado de amistad y extradición con el imperio otomano, pese a que no podía ignorar el genocidio armenio en curso desde 1915 y denunciado en la misma Alemania (en 1919 se publicaron en Alemania los documentos que revelan esos conocimientos. Cfr. Lpesius, 2009). En la discusión acerca de ese mismo tratado, Liszt defiende la cláusula que viola la legalidad al no ceñir el concepto de delito político, librando al prudente criterio de los jueces del imperio el destino de los anarquistas. Cabe observar que estos jueces guillermos, que conservaron sus puestos por gravísimo error político por la República de Weimar, fueron los que encubrieron los crímenes del nazismo en ascenso y se apresuraron a expresar su adhesión servil al régimen en 1933.

Otro de los aspectos negativos del pensamiento político de Liszt fue su posición favorable al colonialismo alemán, pese a que tampoco podía ignorar el genocidio de los *hereros* cometido por von Trotha por expreso mandato del Kaiser (Traverso, 2010, pp. 63 y ss.). Puede pensarse que había una contradicción entre su crítica airada al racismo y su apoyo al colonialismo, pero no es así, porque Liszt criticaba el racismo ario de Gobineau y seguidores, de vertiente involutiva, en tanto que el colonialismo se sustentaba en Alemania –al igual que en Gran Bretaña– en el racismo evolucionista de Spencer.

Otro episodio desvalorado correctamente por Elbert, fue el desafuero del diputado Karl Liebknecht, marxista, pacifista fuertemente crítico de la guerra y que había sido durante años su compañero en cuerpos legislativos, aunque obviamente no compartían ideas. Si bien Liszt no intervino en el debate acerca del desafuero

de Liebknecht, no sólo lo consintió con su silencio sino que se sumó a la decisión con su voto nominal.

Elbert reproduce las intervenciones de Liszt en apoyo del fortalecimiento del ejército prusiano, cuando no podía ocultarse que Alemania se preparaba para una guerra de agresión interimperialista, lo que negó sistemáticamente, incluso firmando un manifiesto de intelectuales en que se denuncian como calumniosas las crueles acciones bélicas en la Bélgica neutral. Sin duda que Liszt se dejó llevar por el entusiasmo belicista, que confiaba en una guerra breve, y soñaba con una organización de posguerra entre los países desarrollados de Europa, curiosa y significativamente muy similar a lo que muchos años después sería el Mercado Común Europeo y, finalmente, la Unión Europea.

Los últimos años de Liszt, enfermo y alejado de la cátedra, fueron amargos, porque con la derrota todos sus proyectos naufragaban, desaparecían los estados en que había desarrollado su actividad científica y política, su organización internacional interrumpía su actividad y sólo en la década siguiente a su muerte renacería como Asociación Internacional de Derecho Penal. Puede decirse que la vida de Liszt se cierra con el fin de los regímenes políticos en que había actuado, es decir, con la caída de los imperios centroeuropeos (alemán y austro-húngaro) y la consiguiente caída de los Hohenzollern y de los Habsburgo, de los cuales fue un fiel súbdito.

Elbert se pregunta si Liszt llevaba sus ideas político-criminales al plano de la política o si, por el contrario, llevaba sus ideas políticas al plano político-criminal, y destaca que en todas sus intervenciones, ponía de manifiesto un alto grado de ambigüedad. No se puede discutir esa característica de las intervenciones de Liszt en su labor parlamentaria, porque resulta clara en las versiones taquigráficas de sus intervenciones la ya mencionada táctica de una de cal y otra de arena.

Como el mismo Elbert destaca, Liszt era una joya académica para su pequeño partido monárquico-liberal-burgués, porque los profesores se consideraban en general ajenos a la política y Liszt era una excepción. Creemos que Liszt más bien asumía el personaje y su ambivalencia era fruto de esta actitud, consistente en mostrarse como el catedrático que llegaba a la política con la moderación académica que le permitía evaluar y sopesar los argumentos desapasionadamente, conceder algo de razón a la posición contraria y, finalmente, extraer las conclusiones en forma de gran apariencia racional e incluso de cierto grado de objetividad e imparcialidad importada de la cátedra.

Elbert sigue al final del libro la vida de discípulos de Liszt, mostrando que años después de su muerte, los hubo que resistieron al nazismo –como Radbruch, que siempre trató de subrayar los rasgos liberales de su maestro– y otros como Kohlrusch, que no tuvieron empacho en servir a cuatro estados diferentes (imperio, república, nazismo y comunismo). En realidad, creemos que poca luz arrojan estos comportamientos acerca de la naturaleza de las ideas de Liszt, porque imaginar lo

que éste hubiese hecho de llegar a vivir bajo el régimen nazi, es apelar a un método histórico contrafáctico muy dudoso.

Pero, por otra parte, no nos parece que haya habido dos Liszt, uno científico y otro político, sino uno solo, que pensaba por igual en ambos campos. No olvidemos que para Liszt la verdadera ciencia era la criminología etiológica de corte claramente positivista. Su idea de la política criminal era muy particular y podría resumirse diciendo que la concebía como la acción política destinada a la erradicación del delito y, como tal, requerida de un límite para no desbordarse en represión ilimitada, que estaba dado por el derecho penal, como mero saber práctico con base de ley positiva. Ese y no otro era el sentido de su afirmación de que el derecho penal es la Carta Magna del delincuente, concibiendo a la política criminal (tal como la entendía) enfrentada con el derecho penal.

Su misma concepción del delito era positivista: no admitía elementos valorativos, se basaba en dos cadenas causales, una física y otra psíquica, y así construía su concepto general, con la primera como antijuridicidad y la segunda como culpabilidad. Hoy diríamos que su teoría del delito se agota en el injusto penal, porque lo que llamaba culpabilidad era el aspecto subjetivo del tipo penal. La única incoherencia en su esquema es la normal motivación como base para la imputabilidad, considerada como presupuesto de la culpabilidad, que era una cuña de extraña madera en su construcción, quizá tomada del idealismo y criticada por su discípulo Lilienthal, que le observaba que hubiese sido más coherente considerar a la imputabilidad como una cuestión de punibilidad, que decidiese si correspondía una pena o una medida de seguridad.

Aunque Liszt siempre quiso poner distancia del positivismo italiano de Ferri y sus seguidores, no lo logra en su teorización, porque la única diferencia es que Ferri adoptaba un determinismo monista (una única causalidad, física) en tanto que Liszt optaba por uno dualista (doble causalidad, física y psíquica). Como todo positivista, en el fondo es reaccionario y reduccionista (muchos de los seguidores de Ferri se asombraron de su apoyo al fascismo, cuando provenía del partido socialista italiano, donde había desempeñado altos cargos [Gómez, 1947]. En rigor, es comprensible este giro, a partir de la base policial y autoritaria del positivismo), dado que el positivismo penal resulta de una alianza entre policías con poder y sin discurso y médicos con discurso y sin poder.

En mérito de Liszt cabe reconocerle que levanta al derecho penal como valla práctica de contención a una peligrosidad policial ilimitada. No obstante, ese mérito no es suficiente para erigirlo en el paradigma del penalista liberal ni mucho menos, posición que se le asignó como resultado de la enorme confusión generada por el nazismo. En efecto: Dahm y Schaffstein sostuvieron que Liszt encarnaba un derecho penal socialista, lo que es un disparate, casi tan enorme como la afirmación de estos autores contra los neokantianos nazistas, a los que descalificaban afirmando que eran liberales (cfr. Dahm y Schaffstein, 2011). Los propios discípulos de Liszt lo defendían durante el nazismo, destacando la dureza de las penas que

proponía. Estos marbetes librados al azar a las luchas políticas poco tienen que ver en definitiva con la verdadera naturaleza de las ideas.

La confusión que generaron los marbetes repartidos por los autores de Kiel tiene sus antecedentes en otra creada a partir de la lucha de escuelas de fines del siglo XIX, en particular de su enfrentamiento con Karl Binding. Se trató de identificar esa confrontación alemana con la italiana y, en definitiva, se quiso explicar lo que pasaba en Alemania por lo que no pasaba en Italia, dado que la lucha de escuelas italiana fue sólo el invento más genial y exitoso de Enrico Ferri, porque en verdad nunca existió una escuela penal fundada por Beccaria y con Carrara como jefe último. No puede ser una escuela algo que integran racionalistas, kantianos, hegelianos, aristotélico-tomistas, krausistas, etc. Simplemente, Ferri metió todo lo anterior en una bolsa para descalificarlo y se proclamó jefe de la otra escuela, única científica según su criterio.

Mal podía interpretarse de esa forma la confrontación de Liszt con Binding, en especial porque, además, este último no era ningún liberal ni basaba su teorización en ninguna concepción filosófica que lo acercase al conglomerado de autores dispares que en Italia envolvía Ferri en el increíble paquete de los clásicos. Binding, como hoy se lo reconoce por la gran mayoría de los estudiosos contemporáneos, era un positivista jurídico radical, propio de la época de Bismarck, incapaz de poner en duda la validez de cualquier norma estatal, cuya legitimación emergía simple y llanamente porque emanaba del Estado. Sin duda que llevaba toda la razón quien afirmaba que el derecho penal de Binding seguía vivo en el derecho penal fascista, aunque no en el nazista, dado que para este último la fuente del derecho era la *Volksgemeinschaft* (comunidad del pueblo) encarnada en el Führer, en tanto que para el fascismo –como para Bismarck– era el Estado (Dahm, 1935).

Insistimos en que a nuestro juicio siempre hubo un solo Liszt que, en modo alguno merece el pedestal como el gran jurista liberal de su tiempo, ni tampoco es correcto identificar su nueva escuela o escuela sociológica como muy progresista, aunque no se le pueda negar alguna intuición genial, como la de oponer como valla el derecho penal al poder policial, que a nuestro juicio es hasta ahora su mayor contribución, aunque no haya extraído todas las consecuencias de esta premisa.

Elbert trata de aproximarse a las ambigüedades de Liszt asignándole algunos rasgos psicopáticos, aunque se cuida de psiquiatrizarlo. No nos aventuramos en seguirlo por este camino, que siempre es peligroso –no tanto para Liszt, que murió hace un siglo–, sino porque por esa vertiente llegaríamos a descubrir los mismos síntomas poco menos que en toda la actividad política. Sin perjuicio de reconocer que estos rasgos aparecen en muchas neurosis y no tienen nada que ver con lo que usualmente se llama psicopatía, porque en alguna medida son muchos –y no nos excluimos– quienes psicopatean alguna vez, con mayor o menos frecuencia, lo cierto es que los rasgos que señala Elbert no parecen del todo justificados.

Si Liszt era un sujeto alegre, divertido, bromista, un buen relacionista público en síntesis, que contrastaba con la personalidad autosuficiente de Binding, como la

intuición que le permitía captar la personalidad de sus interlocutores, no se tratan más que de rasgos de personalidad que le facilitaron tomar contacto con los penalistas de todo el mundo y quizá divertirse.

No podemos decir que su apoyo a la guerra y al Imperio de Guillermo II, y que no haya asumido la actitud clara de Mommsen y otros juristas y científicos y que no haya sido un pacifista ni que haya omitido ayudar a Liebknecht, respondan a rasgos psicopáticos de su personalidad. Creemos que estas limitaciones, ambigüedades y contradicciones de Liszt son, simplemente, resultado de su ideología pretendidamente moderada –por no decir conservadora– en el marco del Estado en que actuaba y en el que parecía sentirse conforme, porque tampoco fue republicano. Era un ciudadano de orden en tiempos del imperio guillermino y, por ende, de esta posición política no podía exigirse ninguna actitud rupturista con el *statu quo*. No olvidemos que este marco fue tan fuerte que hizo que los propios socialdemócratas alemanes (o sea, la izquierda de su tiempo y Estado, a cuya derecha se hallaba Liszt) apoyaron la guerra, aun sabiendo que sus propios electores serían las primeras víctimas en las horribles y mortíferas trincheras de esa conflagración.

La insensibilidad que Elbert le reprocha a Liszt en sus últimos años, en que sólo parece lamentarse de la pérdida de su Unión Internacional, no era exclusiva de Liszt por cierto, sino corriente en toda la burguesía europea, de cuyos valores éste no logró o no quiso nunca desprenderse.

Desde la perspectiva actual y considerando el curso histórico seguido por el penalismo alemán y su transporte a nuestra región, lo que debe quedar claro –y a eso contribuye la investigación de Elbert– es que el penalismo nazi no fue una ruptura insólita con un pasado penal liberal, porque en la confrontación entre Liszt y Binding ninguno de ambos era liberal y, aún más, en ambos había elementos autoritarios que luego fueron retomados y brotaron en toda su magnitud en aberraciones racionalizantes (en este sentido son varios los autores contemporáneos que así lo consideran, por ejemplo, Vormbaum, 2013).

El trabajo de Elbert es ejemplar en varios de los sentidos señalados, pero, además, cabe destacar que lo llevó a cabo disponiendo de la propia biblioteca de Liszt en Berlín. Esta búsqueda y la amplísima bibliografía con que ilustra el libro, la precisión y cuidadosa selección de citas y párrafos transcritos, como también la inmersión en la historia política alemana, dan cuenta de largas horas de paciente investigación por parte del autor. Nada de esto nos sorprende, conociendo cercanamente la seriedad científica del autor de este libro.

Referencias

- Dahm, G. (1935). *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*. Berlin: Junker und Dünnhaupt.
- Dahm, G. y Schaffstein, F. (2011). *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?* Buenos Aires: Ediar.

- Gómez, E. (1947). *Enrique Ferri: aspectos de su personalidad, síntesis y comentario de su obra*. Buenos Aires: Ediar.
- Karitzky, H. (2002). *Eduard Kohlrausch - Kriminalpolitik in vier Systemen eine strafrechtshistorische Biographie*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH-Nomos Verlagsgesellschaft.
- Lpesius, J. (Ed.). (2009). *Alemania Y Armenia 1914-1918. Compilación de Actas Diplomáticas*. (trad. Elbert, L. B.). Buenos Aires: Ernesto Julián Friedenthal.
- Traverso, E. (2010). *La violencia nazista, una genealogía*. Bologna: Il Mulino.
- Von Liszt, F. (1876). *Meineid und falsches Zeugnis: eine strafrechts-geschichtliche Studie*. Wien: Mainz. Manz'sche h.h. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
- Von Liszt, F. (1896). *La legislación penal comparada; publicada por acuerdo de la Unión Internacional de Derecho Penal, con el concurso de eminentes penalistas*. Tomo I, El derecho criminal de los estados europeos (trad. A. Posada). Madrid: Administración de la Revista de Medicina y Cirugía Prácticas.
- Von Liszt, F. (1899). *Tratado de Direito Penal Alemão* (trad. J. H. Duarte Pereira), 2 volumes, con un extenso estudio preliminar del traductor. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C.
- Von Liszt, F. (1914-1917) *Tratado de Derecho Penal* (trad. L. Jiménez de Asúa y Q. Saldaña, 3 vols. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Von Liszt, F. (1929). *Derecho Internacional Público* (trad. D. Miral). Barcelona: Gustavo Gili.
- Von Liszt, F. (2003). *Tratado de Direito Penal Alemão* (trad. J. H. Duarte Pereira), 2 volumes con notas de R. Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores.
- Von Liszt, F. y A. Dochow (1881). *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. I. Berlin-Leipzig: Verlag von J. Guttentag.
- Vormbaum, Th. (2013). *Diritto e nazionalsocialismo, Due lezioni*. Macerata: Università di Macerata.
- Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. L. (2014). El pensamiento alemán en el derecho penal argentino. *Rechtsgeschichte Legal History*, 22, 192-212. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39943-pensamiento-aleman-derecho-penal-argentino>.

Werle, G. y F. Jessberger (2017). *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1080 pp.

Fernando Velásquez Velásquez*

Con la colaboración de un amplio equipo de trabajo, del cual forman parte activa las profesoras e investigadoras Claudia Cárdenas Aravena, Julia Geneuss y María Gutiérrez Rodríguez –quienes, además, se han encargado de revisar el texto y su versión castellana–, acaba de aparecer el trascendental tratado de Derecho Penal Internacional de Gerhard Werle, esta vez acompañado como coautor por el profesor Florian Jessberger, que ha visto la luz en su tercera edición gracias a los esfuerzos de la Editorial española Tirant lo Blanch. El texto ha sido prologado, además de sus autores, por la señora Silvia Fernández de Gurmendi, presidenta de la Corte Penal Internacional, y por el profesor Francisco Muñoz Conde quienes, desde sus respectivas ópticas, han valorado la importancia del mismo.

Se trata, a no dudarlo, de una obra de obligada consulta para todos los estudiosos de la materia en nuestro idioma no solo por la forma didáctica y clara como ha sido concebida, sino porque agota las materias básicas de las cuales se ocupa una disciplina como el llamado derecho penal internacional que, ahora, ha recobrado sus bríos y anuncia muy importantes desarrollos de cara al futuro, en atención a la presencia cada vez más importante de los tribunales internacionales en la vida de las naciones contemporáneas y, por supuesto, como producto de la marcada internacionalización del derecho y de los conflictos de los cuales se ocupa, en el seno de una sociedad cada vez más globalizada e integrada ya no solo en los planos económico sino en otros, como el jurídico.

Desde luego, la denominación de “derecho penal internacional” (que es traducción literal de la expresión alemana *Internationales Strafrecht*, utilizada ahora de manera generalizada por los estudiosos sobre la materia también en otras lenguas) y con la cual se comprende un objeto de estudio amplio –y aquí comienzan las dificultades porque los expositores actuales no se ponen de acuerdo en torno a ello– que abarca tópicos materiales, procesales, de ejecución penal y los atinentes a la organización judicial, no deja de ser inapropiada si se tiene en cuenta que la misma se presta para equívocos.

En efecto, hasta hace unas décadas se hablaba del *Derecho penal internacional* para designar todas aquellas disposiciones jurídicas convenidas por los Estados mediante la celebración de tratados bi o multilaterales que –casi siempre convertidas en derecho interno– permiten llevar a cabo una más efectiva represión de la delincuencia mediante la cooperación y la asistencia mutua entre ellos (pactos en materia de extradición, cooperación judicial, ejecución de las sentencias penales

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda; E-Mail: fernandovelasquez55@gmail.com

extranjeras, etc.), así como las disposiciones atinentes a la aplicación de la ley penal en el espacio. Mientras que, a su turno, se aludía al *Derecho internacional penal* (que, debe recordarse, es una denominación para reemplazar la de *Völkerstrafrecht* que, en su momento, fue también vertida al castellano por algunos como *derecho penal internacional*) para aludir a la disciplina encargada de estudiar las materias relacionadas con los *delicta iuris gentium*, cuya naturaleza universal está dada por su origen (comunidad internacional o parte importante de ella) y por el fin de la norma encaminada a evitar la comisión de delitos que perjudican a toda la humanidad por igual.

Por ello, lo más coherente es hablar de un *Derecho internacional penal*, que tenga los alcances señalados en precedencia, con lo cual el adjetivo “internacional” puesto en primer lugar quiere llamar la atención sobre el carácter de ese ordenamiento, que es el sustantivo; y el adjetivo “penal”, busca evidenciar que se trata de un derecho represivo. Invertir los dos adjetivos como muchos proclaman ahora no parece conveniente, no sólo porque privilegia el carácter penal de ese conjunto normativo (que ante todo debe ser internacional) sino porque, desde el punto de vista metodológico, le da unas connotaciones que no tiene o no debe tener, porque antes que un derecho represivo expansivo (tanto que, con razón, se le sitúa a veces en estados anteriores a Beccaria porque su fuerte no es, precisamente, la defensa de las garantías individuales) este plexo debe ser tributario de uno mínimo, de garantías.

En cualquier caso, con la advertencia de que la obra no se detiene en el anterior debate, el lector interesado encuentra en este texto una exposición precisa del derecho internacional penal sustantivo (sin acudir a los tópicos procesales ni a otros) que abarca las partes más trascendentales de la materia. En efecto, ella se divide en seis partes: la primera, destinada a los fundamentos, aborda la evolución de este derecho, su definición, objeto y legitimidad, los nexos entre esta normativa y el orden jurídico internacional, las fuentes, la jurisdicción universal, la relación entre las jurisdicciones internacionales y las estatales, la persecución de crímenes contra el derecho internacional por tribunales internacionales e “internacionalizados”, la persecución de crímenes de derecho internacional por tribunales nacionales; y, para culminar, la implementación del derecho penal internacional en el derecho interno.

La segunda sección, a su vez, se ocupa de la parte general del derecho penal internacional a cuyo efecto pergeña la teoría del delito para los crímenes contra el derecho internacional, los elementos materiales del crímenes, el aspecto subjetivo o mental del crimen, las formas punibles de participación, la responsabilidad del superior, las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, la punibilidad de las fases previas a la comisión del crimen, la omisión, el cargo oficial y la inmunidad, los concursos y los presupuestos para la persecución penal. A su vez, la tercera parte de la obra se destina al crimen de genocidio para ocuparse tanto del aspecto material como subjetivo del mismo, la instigación y los concursos; además, la cuarta parte, es el espacio destinado por los autores para el examen de los crímenes de lesa humanidad acorde con el listado contenido en el Estatuto de Roma,

mientras que la quinta se ocupa de los crímenes de guerra. La sexta, aborda el crimen de agresión, mientras que los anexos contienen los instrumentos internacionales más relevantes para la materia y los índices del trabajo.

En fin, para recordar las palabras del profesor Muñoz Conde en el prólogo, el lector tiene en sus manos una “exposición, clara, sintética y precisa de estas y otras cuestiones, (que) va acompañada de un abundante y exhaustivo material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial, actualizado hasta el momento presente, que permite a quien así lo desee adentrarse y profundizar en las complejas cuestiones que estos temas plantean” (p. 9), todo lo cual, agréguese, hace de este texto una herramienta muy importante para la cátedra universitaria e incluso el ejercicio profesional. El libro, pues, como lo destaca la señora presidenta de la Corte Penal Internacional en su prólogo, “ofrece un panorama global de los fundamentos del derecho penal internacional” y en ello radica su gran mérito tanto para el lector especializado como para el neófito en estas materias.

Vitale, G. & García, G. (Comp.) (2011). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 266 pp.

Kevin Iván Giraldo Ramos*

Luchar contra el encarcelamiento antes de la sentencia en firme, es el eje central de las trece reflexiones académicas contenidas en este volumen editado y compilado por Gustavo L. Vitale y Gerardo Nicolás García, quienes reúnen estudios de expertos de diversas nacionalidades lo cual le añade al texto un componente teórico comparado que, así se haya publicado hace algunos años, no pierde importancia sobre todo en nuestro país donde la detención preventiva es una verdadera pena aplicable en la mayoría de los casos, pese a que la ley procesal penal se escuda en el principio de libertad. Véanse, a continuación, las diversas aportaciones.

El primer artículo, denominado “Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena)”, escrito por Gustavo L. Vitale, parte de una breve y general explicación sobre la teoría penal constitucional lo cual le permite abordar el denominado “poder penal” y la “teoría penal” como fuerzas con las cuales opera el sistema penal, junto con las clases de irracionalidad que lo componen (la irracionalidad selectiva y la irracionalidad de la cárcel), y la función política de la misma. Además, se ocupa de los conceptos de juicio justo y previo como garantía ciudadana, ocasión en la cual exalta el derecho a la libertad como eje central del mismo y destaca la importancia de la condena (como único título válido para privar de la libertad), en la cual el autor advierte que no hay pena carcelaria sin juicio previo e infiere que la prisión sin condena no es más que una pena carcelaria, en razón a que los fines de la misma se ven satisfechos. Por consiguiente, critica el modelo legal existente y muestra la falsedad del discurso justificador procesalista al que asigna un considerable componente autoritario, máxime si estima imposible asumir la prisión sin condena como una medida cautelar; por último, dedica sus esfuerzos a estudiar cada uno de los argumentos que legitiman la prisión sin condena para, así, realizar una crítica detenida de los mismos.

La segunda contribución, denominada como “La prisión preventiva es una pena”, escrita por Gerardo Nicolás García, habla de la universalidad de la “pena de proceso” a cuyo efecto destaca la negación de la reparación por parte del Estado y hace un estudio comparado con la legislación romana y griega sobre el asunto. Así, exalta el esfuerzo del legislador al expedir la Ley de Procedimiento para niños y adolescentes de la Provincia de Neuquén (Argentina, ley 2302), que determina el arresto en lugares no carcelarios como medida cautelar del imputado. Al efecto, habla de la coexistencia del Estado de Derecho con algunas reformas penales que suponen la presencia de prácticas inquisitivas, lo cual lo lleva a plantear las teorías abolicionistas y las compatibilizadoras. También, destaca y califica como trampa las concepciones de los pensadores ilustrados liberales que veían la necesi-

* Estudiante de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; Asistente del Departamento de Derecho Penal de la misma casa de estudios; e-mail: kevin.giraldo@usa.edu.co

dad como justificación del encierro de presuntos inocentes, destacando en ello las consecuencias de saltarse la trampa ilustrada liberal en la cual surge el protagonismo de advertencias anunciadas por pensadores como Francesco Carrara y Cesare Beccaria. Por último, muestra algunos índices y datos en esta materia lo cual le permite ratificar su preocupación sobre el asunto y subrayar que la encarcelación de presuntos inocentes es un fenómeno global; luego, se ocupa de temas como el de la selectividad del sistema penal, sus secuelas y costos, para culminar con las tareas que se derivan de la asunción de un modelo de medidas abolicionistas.

La “Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento”, es la tercera contribución que hace Maximiliano Adolfo Rusconi a la problemática debatida (ya publicada en otra sede con anterioridad), quien resalta desde su introducción la forma como el principio de la presunción de inocencia ha sido acogido por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, a cuyo efecto profundiza en su terminología y en su carácter sustancial. Así mismo, dedica gran parte del análisis a la explicación del problema de la naturaleza y los fines del encarcelamiento preventivo, que ha generado básicamente dos concepciones: una, denominada “sustantivista” y, la otra, “procesalista”, profundizando en tres pilares: el primero, en razón a su fundamentación, que toca con el gran protagonismo de las que llama aporías teóricas del maestro Luigi Ferrajoli expuestas en su libro “Derecho y Razón”. El segundo, en razón a sus límites, resalta la teoría clásica de la cual se desprenden conceptos como el de la proporcionalidad (de manera muy general) y la garantía de la excepcionalidad. Y, el último, en razón a su control, oportunidad en la cual desarrolla las medidas alternativas, las condiciones del encarcelamiento preventivo y el caso de la Ley 24.390 de catorce de noviembre de 1994, que ha pretendido dar algunas contestaciones al problema de la duración del encierro preventivo y que, según el autor, son “respuestas, en verdad, poco saludables para el Estado de derecho”.

El cuarto trabajo denominado “Observaciones a la tesis procesal de la prisión preventiva”, escrito por Juan Manuel Kees, tiene por objeto formular algunas observaciones a la *teoría procesal de la prisión preventiva* a cuyo efecto hace hincapié en la diferenciación entre los conceptos de sustantivismo autoritario y sustantivismo liberal de la prisión preventiva, que conlleva al cuestionamiento sobre la validez de la existencia de la tesis procesal o de una teoría que posibilite el análisis de factores que, no necesariamente, legitimen la prisión preventiva. Además, desarrolla de manera específica temas como la distinción entre penas y medidas cautelares, los fines procesales, el peligro procesal, la relación entre el principio de inocencia y la medida personal de coerción, la hipótesis de culpabilidad, la relación entre las penas como instrumento de defensa social y la tesis procesal, y, añádase, las semejanzas entre las medidas de seguridad y la prisión preventiva, las similitudes entre la prisión por tiempo indeterminado y la prisión preventiva. Al final, afirma la necesidad de implementar teorías garantizadoras de los derechos consagrados en la Constitución que limiten la aplicación medidas agresoras del derecho a la libertad que estima, erróneamente, busca fundamentarse en el interés público.

“El juicio penal en ausencia y el derecho a la libertad durante el proceso (desde las normas constitucionales)”, es el quinto trabajo escrito por Fabiana Vannini, en el cual se examina la prohibición de juzgamiento en ausencia y se pregunta si supone la protección del derecho de defensa en juicio, la prohibición de provocar la autoincriminación y el derecho al silencio (¿obligación de comparecer?); además, estudia la privación de libertad anticipada en virtud de la prohibición de ser juzgado en ausencia y la relación entre “rebeldía” y medidas de coerción personal; los lineamientos de un sistema que posibilite el juzgamiento en ausencia y que se encuentre constitucionalmente legitimado. Así mismo, concluye que existe “una esquizofrenia en el sistema, toda vez que el Estado encarcela anticipadamente – privando al sujeto de su libertad locomotiva e ignorando el principio de inocencia– con el discurso de asegurarle el real ejercicio de su defensa material, cuando, en rigor de verdad, la prisión preventiva implica un obstáculo para que el imputado prepare o ayude a su defensor a preparar su defensa, en tanto no podrá recolectar prueba alguna que redunde en su beneficio”.

La sexta aportación designada como “Garantías constitucionales frente a la prisión preventiva”, es escrita por Domingo Fernández y Gastón Morillo, y en ella se afirma la necesidad de consagrar la supremacía de la presunción de inocencia como eje fundamental para la prohibición constitucional de la prisión preventiva (igualmente, desarrollada a lo largo del texto). Así mismo, dedica parte de la exposición al desarrollo de las medidas alternativas y concluye que el legítimo derecho de la sociedad a adoptar medidas de precaución, no puede excluir el derecho individual a la libertad.

En el siguiente artículo, llamado “La privación de la libertad durante el proceso: la banalidad del mal”, escrito por Matilde Bruera, se explica la prisión sin condena como supuesta excepción a la regla de libertad, oportunidad en la cual se reafirman conceptos ya desarrollados en trabajos anteriores abordando también el tema de la inconstitucionalidad de la prisión preventiva. No obstante, dedica una sección al desarrollo de algunos avances en la protección del derecho a la libertad y que, a su vez, desvirtúan la práctica de la prisión preventiva por lo cual es menester traer a colación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de Sala de Casación Penal de Argentina.

El octavo aporte académico, denominado “El encarcelamiento preventivo o el lento camino hacia el patíbulo de los desclasados bonaerenses”, escrito por Gabriel E. H. Ganón, aborda el tema desde una perspectiva fáctica en el contexto de incendio de la discoteca “Cromañón” por lo cual examina la orden de la justicia argentina de otorgar la excarcelación a su dueño, Omar Emir Chabán, lo que generó una disputa entre las familias víctimas del hecho y la posición legalista de algunos juristas. El autor hace una crítica a los planteos de los magistrados y, en general, al ordenamiento jurídico apelando a preceptos como el de la lógica y el sentido común, un nuevo argumento que no termina de ser del todo pacífico; cuyas son estas palabras: “En consecuencia, el desafío es abstenerse de buscar la racionalidad constitucional del «encarcelamiento preventivo», porque su sustento depende de

la aplicación de una lógica que debe de dejar de ser tal en el punto en que ser lógica la volvería impracticable”.

El siguiente artículo, intitulado “Principios de justicia y prisión preventiva”, escrito por la Doctora Florencia María Martini, se ocupa del concepto de la prisión preventiva como un instituto jurídico y un fenómeno social analizado desde una perspectiva político-criminal. Así, desarrolla su investigación a partir de cuatro ejes: la definición de instituto; el marco de referencia en que opera desde las perspectivas fáctica y política el encarcelamiento cautelar por oposición al marco normativo constitucional; la incidencia del principio de proporcionalidad; y, para culminar, las condiciones de ilegitimidad oportuna en la cual realiza una ponderación de derechos explicada a través de la filosofía.

El décimo texto académico denominado “Es posible y exigible el juzgamiento sin prisión”, elaborado por Ariel Ciano, desarrolla históricamente el instituto de la prisión preventiva advirtiendo que, a lo largo de la misma, es muy difícil encontrar una relación del juicio penal sin el encarcelamiento preventivo. Sin embargo, manifiesta que los griegos y romanos elaboraron un sistema de resolución de conflictos penales sin encarcelamiento, por lo cual incita a los ordenamientos jurídicos a instaurar nuevos postulados que consagren el juzgamiento sin prisión.

“El arresto del artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina, no legitima la llamada prisión preventiva”, es el título de la contribución escrita por Gustavo L. Vitale y Gerardo Nicolás García, que aborda dos temas: el primero, el discurso de la legitimidad de la prisión durante el proceso que hace referencia a la regulación de la prisión anticipada por parte de los tratados de derechos humanos, que es criticada por los autores en razón a que si se busca contener el poder punitivo del Estado no sería correcto valerse legítimamente de regulaciones de carácter internacional argumentando, además, que la misma Constitución Nacional se encarga de prohibir el encarcelamiento sin juicio. El segundo, es el atinente al arresto consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional en el cual se realiza una interpretación histórica del mismo y se discute su compatibilidad con la presunción de inocencia.

El duodécimo artículo, llamado “Antropología de la prisión preventiva: el caso del delito femenino”, elaborado por Beatriz Kalinsky, examina la problemática de las mujeres como actoras del delito y recrea dos escenarios de la justicia penal (el de perjuicios y el de indistintos); por ello, concluye que en el encarcelamiento desaparece cualquier diferencia entre condenado e imputado tratándolos a todos por igual lo cual genera una injustificada vulneración a la persona antes de ser condenada.

En fin, el último aporte académico, designado como “El fracaso de los esfuerzos reduccionista y las estrategias abolicionistas”, confeccionado por Mario Alberto Juliano, se ocupa de la influencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el afianzamiento y desarrollo de las libertades y los derechos de los ciudadanos. Así mismo, expone la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos sobre la materia y, añádase, aborda las posiciones asumidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en cuanto a la prisión preventiva, amén del desarrollo de la teoría del plazo razonable por parte del Sistema Interamericano a la Protección de los Derechos Humanos.

Así las cosas, el texto que tiene ante sí el lector muestra el gran esfuerzo de sus compiladores para confeccionar una obra completa cuyos autores buscan examinar las diversas temáticas que el asunto suscita desde perspectivas diferentes, todo ello de cara a debatir la abolición de la pena de prisión sin condena; por eso, tratándose de una compilación sobre un tema tan específico, la obra no deja de ser a veces reiterativa e insistente lo cual dificulta su lectura.

Sin embargo, ella representa un aporte significativo a la doctrina jurídica y es una contribución a la solución de las prácticas que desconocen los derechos propios de un Estado de Derecho; y ella, a no dudarlo, trata los difíciles problemas actuales a los cuales se ven enfrentados nuestros ordenamientos jurídicos, cuando se trata de estudiar el fenómeno de la prisión sin condena. Por ello, pues, el trabajo permite profundizar en el debate y busca una mejor regulación de esta problemática que es global; de allí, que la abolición de esta forma de privación de la libertad no deje de ser importante cuando se trata de reivindicar ese sagrado derecho. Ello solo es suficiente para recomendar su lectura a todos los estudiosos.

V

Entrevista

Profesor Dr. VÍCTOR MORENO CATENA

*Fernando Velásquez Velásquez**

Formación y trayectoria académica del entrevistado

Licenciado en Derecho y Doctor en Derecho de la Universidad de Sevilla; fue catedrático de las Universidades de Santiago de Compostela y Sevilla y, desde 1984, es catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. Hizo estancias de investigación en la Universidad de Paris II (Panthéon-Assas), Francia; Universidad Paris X, Francia; y Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg i. Br., Alemania.



Es miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y de la Fundación Española de Derecho Procesal. Perteneció al Comité Científico y al Consejo editorial de prestigiosas revistas jurídicas, como *Teoría&Derecho*; *Revista InDret*; *Revista Penal*; *Práctica de Tribunales*; *El Consultor Inmobiliario*; *Revista de Ciencias Penales*, y *Revista General de Derecho Procesal*, así como del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Ha dirigido más de veinte tesis doctorales y diferentes seminarios internacionales y ha impartido innumerables cursos para magistrados y jueces, miembros del Ministerio Público y Secretarios Judiciales en materias propias de sus especialidades, así como numerosas jornadas y talleres de alto nivel para funcionarios judiciales tanto en España como en otros países. También es abogado en ejercicio y consultor.

Ha sido expositor en múltiples conferencias y congresos nacionales e internacionales en su campo y ha sido invitado por diferentes Universidades europeas (París II, París X, Urbino, Bolonia y Roma) y latinoamericanas (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y Perú). Ha participado en diversos proyectos de investigación financiados, dedicados a temas procesales y es autor o coautor de cerca de setenta libros y de igual número de artículos publicados en diversas revistas académicas tanto en España, como en Europa y en Latinoamérica, sobre diferentes temas como la organización de tribunales, la eficacia de la justicia, el proceso civil, el proceso penal y el proceso contencioso-administrativo.

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda; e-mail: fernandovelasquez55@gmail.com

Entre sus publicaciones más recientes se destacan: “Fiscalía Europea y derechos fundamentales” (2014), “La ejecución forzosa” (2009); “El proceso penal abreviado” (Tirant lo Blanch, 2004); “La cooperación judicial en materia penal” (2000); El Proceso Penal (Tirant lo Blanch, 2000) en 5 volúmenes; Manual de Organización Judicial (Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2004); Ley de Enjuiciamiento Civil (5 volúmenes, Tecnos, 2000); y Aplicación Práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil (3 volúmenes, Tecnos, 2005). Es coautor, con el profesor Cortés Domínguez, de los manuales de Introducción al Derecho Procesal (9ª ed.), Derecho Procesal Civil (9ª ed.) y Derecho Procesal Penal, ahora editados en 2017 (8ª ed.).

C.D.P.: Profesor: ¿Desde cuándo tiene vínculos con nuestro país y de qué tipo?

Profesor MORENO CATENA: Hace 35 años tuve la oportunidad de leer un libro colombiano que me causó un profundo impacto. Era una obra sobre la prisión provisional del doctor Hernando Londoño Jiménez que, por cierto, ha fallecido recientemente. Me iluminó en aspectos muy importantes para un trabajo que hice con el profesor Muñoz Conde sobre esta materia, que en España no se había estudiada. Desde entonces he seguido con mucho interés la evolución de las aportaciones procesales colombianas.

C.D.P.: Por favor hablemos de sus nexos con el mundo académico latinoamericano.

Profesor MORENO CATENA: En realidad de forma directa mi conexión primera pasa por Italia, donde conocí a un eximio penalista y extraordinaria persona, el profesor Jaime Bernal Cuéllar; de su mano tuve la oportunidad de visitar la Universidad Externado, donde impartí un seminario y pude conocer a buena parte de su claustro de profesores. Luego mi contacto con los procesalistas de Colombia y con el Instituto colombiano de derecho procesal fueron frecuentes e intensos.

Fuera de Colombia he tenido el honor de vincularme con instituciones universitarias en Chile, Argentina, Perú, Brasil, Ecuador, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala y México.

C.D.P.: Cuéntenos acerca de las universidades y las clases que ha impartido e imparte en Colombia.

Profesor MORENO CATENA: Tengo un gratísimo recuerdo de un seminario en la Universidad Externado a finales de los '90 y, desde luego, de mi participación en sendos Congresos del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, cuando fui invitado por el profesor Jairo Parra, uno en Bogotá y otro en Medellín, con una extraordinaria asistencia y un grandísimo nivel. He participado en actividades docentes de la Universidad Javeriana y en los últimos años participo en una maestría que dirige con mano firme el insigne profesor Velásquez en la Universidad Sergio Arboleda. Es una maestría muy prestigiosa y aprestigiada también en Europa y la exigencia en la selección de los estudiantes me parece muy acertada, así como la preparación de todo el material docente y la selección del profesorado. Creo que la

“Sergio” ocupa un lugar destacado en el panorama de los estudios de posgrado de las universidades colombianas.

C.D.P. ¿Qué opina usted de la universidad colombiana? ¿Cómo ve el futuro de la misma y de la universidad latinoamericana?

Profesor MORENO CATENA: La Universidad en América Latina ha sufrido una gran transformación en las tres o cuatro últimas décadas. No obstante, sus caracteres son muy desiguales, pues frente a los grandes centros académicos de excelencia han proliferado numerosas casas de estudio que se reconocen solo nominalmente como Universidades; estos centros no siempre persiguen los objetivos definitorios de una verdadera institución universitaria tanto en la docencia como, sobre todo, en la investigación.

Sin duda la universidad colombiana destaca con gran diferencia sobre las de Latinoamérica. Las grandes instituciones de enseñanza superior de Colombia han adquirido un prestigio y un reconocimiento no sólo en la región sino también en Europa y en el resto del continente. La apertura a la región asiática es buena prueba de las iniciativas y del vigor de estas universidades, porque tienen además mucho que enseñar y ofrecer.

C.D.P.: Profesor: ¿Cuáles son los mayores desafíos para las universidades española y latinoamericana en cuanto se refiere a los programas de posgrado?

Profesor MORENO CATENA: En la actualidad la universidad española está pasando por la convulsión que ha representado implantar el llamado “plan Bolonia” que, al menos en los estudios de grado en Derecho, no está dando los resultados esperados. Se ha producido una suerte de unificación “a la baja” en estos estudios, con cierta despreocupación por una parte del profesorado, porque tampoco habilitan para el ejercicio profesional.

El acento se ha de poner en los programas y los estudios de posgrado; considero que el futuro de la enseñanza superior será sin duda el posgrado, que ha de servir para concretar las herramientas y despertar los conocimientos prácticos necesarios para la actividad profesional. El posgrado será el elemento diferenciador de la oferta educativa, que determinará la formación definitiva que la Universidad ofrece a sus estudiantes.

¿Cuáles cree usted que son los principales retos planteados por la globalización a la justicia criminal?

Profesor MORENO CATENA: El reto fundamental de la justicia criminal le viene dado por las nuevas formas de delincuencia, porque la globalización acarrea también la creación de organizaciones criminales, que aprovechan la facilidad actual de las comunicaciones y las nuevas tecnologías para sus propósitos delictivos; en alguna ocasión, han pretendido doblegar al propio Estado y en algunas zonas del planeta se producen incluso Estados fallidos por el influjo de organizaciones criminales.

Las facilidades para los delincuentes no pueden representar trabas para la justicia; deben fomentarse los mecanismos de cooperación judicial y hacer uso de las nuevas tecnologías también en el ámbito de la justicia penal. Hay que dotarse de instrumentos jurídicos, amparados por la Constitución y con escrupuloso respeto de los derechos humanos, que permitan respuestas judiciales inmediatas, eficaces y contundentes frente a la delincuencia transnacional.

C.D.P. ¿Qué opina usted del estado actual de los sistemas de juzgamiento penales de corte adversarial o acusatorio en el continente latinoamericano y, en particular, en Colombia?

Profesor MORENO CATENA: La verdad es que romper con un sistema de justicia penal que ha estado implantado en nuestros países por décadas no es tarea fácil, pero tenemos que reconocer que el sistema acusatorio da lugar a un enjuiciamiento más justo. La justicia penal del juez de instrucción, que le exige no sólo investigar sino también acusar, otorga un valor especial a todo lo actuado por este órgano, de modo que el momento del juicio es irrelevante, pero sin reparar en que sus actuaciones están irremediabilmente contaminadas por falta de imparcialidad y por el desinterés objetivo del instructor por los resultados de la investigación puesto que no es él quien sostiene la acusación.

Por lo tanto, es imprescindible separar el momento de la investigación y el momento del juicio, el momento de las actuaciones para recabar los elementos probatorios y el momento para formular y sostener la acusación contradictoriamente.

En Colombia está siendo difícil la convivencia de los dos sistemas procesales, máxime cuando ha aparecido en el horizonte un nuevo elemento: la Jurisdicción Especial para la Paz. De todos modos, la mejor salvaguarda de los derechos fundamentales ante los tribunales de justicia exige el marco del modelo adversarial; el derecho de acceso a la justicia, a un juicio justo, al plazo razonable, a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, a la presunción de inocencia, a no declarar ni confesarse culpable, a la asistencia de abogado... se garantizan si podemos conocer a quien sostiene la acusación y en igualdad de condiciones procesales podemos articular nuestra defensa.

C.D.P. ¿Cuáles son los mayores logros y cuáles los mayores desafíos para los sistemas de juzgamiento criminal en América Latina, en particular para aquellos que han introducido reformas con base en el modelo adversarial estadounidense?

Profesor MORENO CATENA: El mayor desafío es, sin duda, el peso de la tradición, que lastra con una inercia inevitable cualquier cambio estructural en la organización de la justicia. En ese primer rango me atrevería a señalar también como un problema esencial los déficits de formación de abogados, jueces y fiscales en América Latina; conviven con grandes abogados y grandes magistrados otros profesionales con una formación jurídica deficiente que trabajan apegados al procedimentalismo y no logran elevar su visión hacia la tutela de los derechos de los ciudadanos, percibiendo el sistema de justicia como un servicio público.

Las técnicas y la práctica del sistema de justicia penal adversarial hay que aprenderlas, interiorizarlas y aplicarlas. Me preocupa la disposición de los actuales servidores de justicia, lógicamente menos abiertos a los cambios, pero me centraría mucho en la actitud de las nuevas generaciones y en la de los profesores que sepan trasladarles el sistema de valores y garantías que representa el modelo adversarial.

C.D.P.: ¿Cree usted que en el continente latinoamericano puede darse un reconocimiento mutuo en materia de sistemas procesales en el área penal al igual que en el continente europeo? ¿En qué casos?

Profesor MORENO CATENA: Me parece que uno de los elementos clave para luchar contra la delincuencia transnacional es avanzar en la cooperación jurídica entre los Estados; si no existen fronteras para los delincuentes no las debemos colocar quienes creemos en el Estado de Derecho.

Pero el principio de reconocimiento mutuo en materia penal tiene que partir de un elemental principio de confianza en la actuación de los tribunales del otro Estado. Del mismo modo que el juez de Bogotá no cuestiona las razones del pedido del tribunal de Cartagena y lo cumple, así ha de funcionar ese principio de reconocimiento mutuo: no se cuestiona lo que pide el tribunal extranjero; simplemente, se atiende.

La verdad es que el camino no es fácil; enfrentamientos seculares entre Estados latinoamericanos han hecho muy presente la vigencia del principio de soberanía, de manera que deben allanarse aún reticencias importantes para alcanzar ese necesario reconocimiento mutuo, que sin duda representa un avance enorme en la eficacia de la justicia penal. En Europa se proclama ese principio de reconocimiento mutuo, pero también se cuestiona en casos concretos la actuación de un tribunal extranjero, precisamente por la falta de confianza en el buen hacer de ese órgano judicial requirente.

C.D.P.: ¿Cuáles cree usted que son las principales dificultades y fortalezas de un proceso penal abreviado?

Profesor MORENO CATENA: El proceso abreviado supone reducir el número de comparecencias en el enjuiciamiento penal. Es cierto que, en ocasiones y especialmente cuando se trata de la persecución de delitos de menor gravedad, pueden resultar superfluos algunos trámites, y que se pueden evitar u omitir sin que padezcan las garantías esenciales, especialmente el derecho de defensa. Hay que conseguir un equilibrio, no siempre fácil, entre la celeridad del enjuiciamiento y la disminución de actuaciones, que son garantías para el justiciable, de modo que puede decirse que la principal fortaleza es conseguir un juicio rápido y la mayor debilidad es que se produzca indefensión.

C.D.P: ¿Qué opina de los procesos penales con acusador privado?

Profesor MORENO CATENA: Tradicionalmente el proceso penal se ha desentendido de la víctima, que ha ido progresivamente ocupando un papel muy relevante en el sistema de justicia. Ahora se le confiere un papel protagonista no sólo en la persecución, con el ejercicio de la acción penal, sino también en la investigación de los delitos, desplazando al fiscal.

Hay ciertos delitos en cuya persecución la víctima debe estar activa indudablemente, como en la inasistencia de alimentos, y parece conveniente reconocerle en el proceso penal legitimación para cerrar con la sentencia que recaiga el conflicto surgido entre la víctima y el agresor. El desplazamiento del fiscal puede, sin embargo, derivar en el problema de la privatización del proceso penal, que supone la despreocupación de los poderes públicos por un atentado grave a la sociedad, que es lo que se tipifica en el Código Penal.

C.D.P: ¿Cómo percibe usted el actual estado de los sistemas judiciales en el contexto latinoamericano?

Profesor MORENO CATENA: La situación de los sistemas judiciales en Latinoamérica no es similar, pues hay países en donde la independencia de los jueces está garantizada, mientras que en otros se encuentra cuestionada, muchas veces con razón. Junto con ello, la preparación de los jueces tampoco se puede equiparar, pues el grado de conocimientos jurídicos es elevado en unos países, mientras en otros hay carencias bien notables, aun con excepciones.

Aunque se ha ido progresando en estos dos problemas en casi todos los países de la región, entiendo que queda bastante tarea por hacer; debemos mirarnos en los países más desarrollados jurídicamente, de Europa y también del continente americano, y tomar lecciones para mejorar hacia un sistema judicial más justo.

C.D.P.: Como fundador y presidente de la Unión Española de Abogados Penalistas, de la que forman parte los más prestigiosos abogados españoles, ¿cuáles deben ser los objetivos principales de estas asociaciones, sobre todo si se piensa en replicar dichos modelos en Latinoamérica?

Profesor MORENO CATENA: Este tipo de movimientos asociativos es muy relevante, pues desde la sociedad civil intentamos llevar a los poderes públicos nuestras inquietudes para perfeccionar la justicia penal, de manera que se respeten escrupulosamente los derechos de defensa. En estos tiempos de cierto “populismo punitivo” se hace muy necesario alzar la voz para alertar a la sociedad de los riesgos de una respuesta al margen de los derechos fundamentales; sin complacencia alguna con la impunidad, somos militantes de la garantía de los derechos fundamentales; el Estado debe tener suficientes recursos para responder dentro de la ley al fenómeno de la delincuencia, sin arrasar con los derechos. La Unión de Abogados Penalistas no es un movimiento profesional, ni para reivindicar derechos corporativos, sino para defender a los ciudadanos dentro del sistema de justicia penal.

C.D.P.: Profesor, como exsecretario General de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, IberRed, por favor cuéntenos sobre las actividades principales que desempeña ese ente y sobre su futuro.

Profesor MORENO CATENA: Soy un creyente convencido de la necesidad de este tipo de iniciativas para mejorar el funcionamiento de la justicia transnacional. La IberRed comprende a las fiscalías, a los poderes judiciales y a los ministerios de justicia de América Latina, España y Portugal, agilizando y facilitando las peticiones de cooperación, sobre todo en materia penal; incluso promoví que esas peticiones, tramitadas a través de una vía segura de comunicación (el sistema iber@) y que luego fueran formalizadas, tuvieran validez para comenzar las actuaciones en el Estado requerido. Sin duda un mecanismo como éste, que permite la comunicación directa entre autoridades penales de diferentes Estados, sirve para agilizar la justicia penal y puede salir al paso de maniobras dilatorias y de situaciones de hecho que impidan o dificulten el funcionamiento de la justicia. Seguramente si se llega a concluir un convenio internacional se dotará de cobertura normativa esta práctica, que está funcionando hoy en día.

C.D.P.: ¿Qué consejos y qué lecturas le aconsejaría usted a los jóvenes que quieren cultivar con amor, como usted lo hace, el derecho procesal penal?

Profesor MORENO CATENA: He tenido la enorme fortuna de participar desde la primera línea del procesalismo español en un modo de entender en una clave distinta el proceso y sus normas, pasando de los plazos y de los trámites a las garantías. Este enfoque creo que ha cambiado la vieja visión adjetiva y formularia del Derecho Procesal.

Mi primer consejo es que se abandonen la idea de que el derecho procesal penal es un derecho de trámites, de actuaciones, de procedimiento. Hay que poner toda la atención en las garantías, porque el sistema penal regula la actuación punitiva del Estado, que sólo puede intervenir dentro de la ley. Las normas procesales, incluidos los plazos o las audiencias, solo cobran sentido cuando incorporan un valor de garantía para una decisión más justa, de modo que las que se agoten en simples formalismos serían innecesarias y deberían, sin más, desaparecer.

Hay lecturas de autores, que hoy se pueden considerar clásicos que, entre otros muchos posibles, me gustaría recomendar: Jhering, *La lucha por el Derecho*; Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*; Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*; Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*; Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*; Ferrajoli, *Derecho y razón*; Grevi, "Nemo tenetur se detegere"; Nobile, *Principio del libero convincimento*; y Roxin, *Derecho procesal penal*.

C.D.P.: Cuando la vida académica y el ejercicio profesional le brinden un respiro ¿a qué actividades académicas o culturales se piensa dedicar? ¿Cómo se ve usted en diez años?

Profesor MORENO CATENA: La verdad es que siento pasión por lo que hago; me ilusiona trabajar en el Derecho procesal, en la universidad, en la abogacía, en tareas legislativas; es un campo tan amplio que no queda mucho tiempo para aburrirse. Es apasionante abrir caminos, abordar proyectos, sumar a las jóvenes generaciones en un mundo de respeto de los derechos, de mejora de la calidad democrática, formando equipos que compartan estas inquietudes.

Dentro de diez años seré ya muy mayor, pero seguramente no habré perdido la ilusión por avanzar, por crecer, por atraer más talento a la tarea de la investigación del derecho en valores de ciudadanía; por aportar una modesta contribución a una sociedad más justa, más solidaria y más humana.

Profesor, queremos agradecerle su amable atención y el gran aporte que nos ha hecho al permitirle a nuestros lectores conocer más acerca de su vida y obra.

Instructivo para los autores

La Revista Cuadernos de Derecho Penal, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado en los ámbitos nacional e internacional en las siguientes áreas de conocimiento: derecho penal, derecho procesal penal, criminología, política criminal, investigación criminal, derecho penal económico, historia de las ciencias criminales y derecho internacional penal.

Ella se integra con cuatro secciones: doctrina, jurisprudencia, reseñas y reseñaciones y entrevista, y tiene una periodicidad semestral; publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos. La Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos y de las sugerencias a los autores en relación con cambios que alteren el contenido de la composición.

I. Los tipos de manuscrito

Solamente se reciben documentos bajo las siguientes categorías:

- a) Artículo resultado de avance parcial o final de un proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica, sobre un tema específico.
- c) Artículo de estado del arte o de revisión. Definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones, publicadas o no, sobre un campo del conocimiento.
- d) Comentario Jurisprudencial. Únicamente, se reciben textos que versen sobre la jurisprudencia nacional y, de manera excepcional, de tribunales internacionales en sus distintas manifestaciones. Todo lo anterior, en las áreas del derecho penal, derecho procesal penal, criminología y áreas afines ya señaladas.
- e) Reseña bibliográfica.
- f) Traducciones.
- g) Recensiones bibliográficas.
- h) Entrevistas.

II. La recepción de manuscritos

Los artículos se reciben de forma digital en las convocatorias periódicas correspondientes, por medio de la herramienta habilitada en el repositorio institucional y/o a través del correo electrónico dirigido a cuadernos.der.penal@usa.edu.co.

III. El proceso de evaluación y selección de los artículos

Los trabajos recibidos se someten a estudio del Comité Editorial y del Comité Científico los cuales evalúan si son susceptibles de ser enviados a estudio de pares externos; el autor será informado del resultado de esa labor a más tardar dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de postulación del trabajo. Al someter sus artículos científicos al proceso de selección los aspirantes deben tener en cuenta lo siguiente:

- a) Todo material postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.
- c) Proceso de arbitraje, dictamen o evaluación de artículos. Con el fin de calificar los trabajos en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación, los textos se someten a evaluación del Comité Editorial y del Comité Científico y, posteriormente, a dos pares ciegos.

Este proceso se hace conforme a las siguientes indicaciones:

- i. Se guardará el anonimato de los autores de los textos frente a sus evaluadores.
- ii. En caso de observaciones, si el artículo es 'publicable con correcciones', se remite a los autores para que las hagan o evalúen las recomendaciones de ser este el caso.
- iii. El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de edición y, en caso de presentarse controversia entre los conceptos de ambos pares evaluadores, se remite a un tercer evaluador; una vez este conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final en torno a la aceptación o rechazo del mismo.
- iv. En todo caso, la aceptación definitiva acerca de la publicación del trabajo depende de las modificaciones que los asesores de los Comités propongan al autor, confrontados con los conceptos de los pares evaluadores externos. El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.
- v. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar de los Comités o en la evaluación por pares ciegos, se comunicará a los autores la decisión con una breve justificación.
- iv. Con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo al par evaluador se le suministra el formato de dictamen utilizado por la revista Cuadernos de Derecho Penal.

IV. La estructura de los manuscritos y otros aspectos

Los trabajos deben presentarse en letra times 12 y ceñirse a las normas APA, 6ta Edición, 2009. El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Sí el texto fuere producto de un proyecto de investigación se debe indicar el nombre del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract). Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las palabras claves (hasta diez) que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.
- e) Los artículos deben contar con referencias suficientes. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias; ellas se deben incluir en un acápite intitulado como referencias bibliográficas, que debe ir ordenado alfabéticamente con base en las normas APA, en especial la 6.a Edición, 2009.
- f) No se devolverán a sus respectivos autores los originales ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- g) Una vez publicado el trabajo los derechos de impresión y reproducción por cualquier medio son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.
- h) Los autores recibirán sin costo alguno una copia de la Revista en su formato electrónico y dos ejemplares de la versión en físico de la respectiva edición en que resulten publicados los trabajos.

Cuadernos de Derecho Penal

DOCTRINA

- Policía Judicial: A la búsqueda de un modelo adecuado para una lucha eficaz contra el crimen. *Juan-Luis Gómez Colomer.*
- La administración de justicia penal europea y transnacional como desafío para una dogmática de derecho penal moderna. *Walter Perron.*
- Algunas reflexiones sobre la víctima en el proceso penal italiano. *Renzo Orlandi.*
- Facultades de la policía judicial en la lucha contra la corrupción en los Estados Unidos. *Stephen C. Thaman.*
- La retractación en la aceptación de responsabilidad unilateral, el caso colombiano a partir de la jurisprudencia. *Gabriel Andrés Moreno Castañeda.*
- La prueba trasladada en el sistema penal acusatorio y los postulados constitucionales. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*

JURISPRUDENCIA

- Dignidad humana e integridad de las personas privadas de la libertad a la luz del paradigma de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Lucy Nataly Girón Unigarro.*

RESEÑAS Y RECENSIONES

- Elbert, C. (2017). *Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*. Buenos Aires: Prosa y poesía American Editores. *Eugenio Raúl Zaffaroni.*
- Werle, G. y F. Jessberger (2018). *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch. *Fernando Velásquez Velásquez.*
- Vitale, G. L. y G. N. García (2011). *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Buenos Aires: Editores del Puerto. *Kevin Iván Giraldo Ramos.*

ENTREVISTA

- Profesor Dr. Víctor Moreno Catena. *Fernando Velásquez Velásquez.*



Universidad Sergio Arboleda

Calle 74 # 14-14. Información: (571) 325 8181 - 325 7500 ext. 2131. Bogotá, D.C.
Carrera 58 # 68 - 91. Tels.: (575) 368 9417 - 368 8189. Barrio El Prado. Barranquilla.
Calle 18 # 14 A - 18. Tels.: (575) 434 6444 - 420 3838. Santa Marta.
Línea gratuita: 01-8000 110414.
www.usergioarboleda.edu.co