

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

N.º 24

Julio-Diciembre 2020

LA REFORMA AL PROCESO PENAL

HOMENAJE

A LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL POR SUS QUINCE AÑOS

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinador Editorial:

JOHN E. ZULUAGA TABORDA



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA



tirant
lo blanch

Cuadernos de Derecho Penal

N.º 24

(Julio-diciembre de 2020)

LA REFORMA AL PROCESO PENAL

HOMENAJE

A LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL POR SUS QUINCE AÑOS

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinador Editorial:

JOHN E. ZULUAGA TABORDA

Asistentes:

OFELIA MARÍA AGUILAR CABEZAS

JACKSON RENÉ VALBUENA CURE



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

tirant lo blanch

Bogotá D.C., 2021

Presentación. *Fernando Velásquez Velásquez y John E. Zuluaga Taborda*

Doctrina

- La imperiosa necesidad de reformar integralmente el proceso penal español. *Juan Luis Gómez Colomer*
- El derecho de defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español. Apuntes sobre el derecho colombiano. *Victor Moreno Catena*
- Inmediación y virtualidad en el proceso penal. *Carlos Andrés Guzmán Díaz*
- La independencia judicial, los juicios de degradación y los juicios paralelos. *Juan José Castro Muñoz*
- La acusación y el principio acusatorio en Colombia. *Carlos Hernán Escobar Ramírez*
- La constitucionalidad de las prebendas legales en el ámbito de la violencia sexual contra niños y adolescentes. *Julián Hernando Vera Díaz*

Jurisprudencia

- Las medidas cautelares como herramienta para la solución de situaciones de carácter estructural: La Jurisdicción Especial Para la Paz y la protección de los comparecientes. *Andrés Sarmiento Lamus*

Reseñas y reseñaciones

- Quijano, Arturo A. (2021). Ensayo sobre la Evolución del Derecho Penal en Colombia. Derecho Nacional. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Estudio preliminar de C. A. Gálvez Argote & C. A. Gálvez Bermúdez. *Fernando Velásquez Velásquez*
- Vormbaum, Thomas (2019). Historia Moderna del Derecho Penal Alemán [trad. C. Elbert]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. *Nicolás Esteban Valencia Avendaño*
- Vargas Mendoza, Ligia María (2020). El elemento subjetivo del Delito en el Estatuto de Roma: un análisis de Derecho Penal comparado. Bogotá: Universidad de los Andes-Grupo Editorial Ibáñez. *Juan Andrés Forero Abad*
- Velásquez Velásquez, Fernando (2020). Delitos contra el Patrimonio Económico. Bogotá: Tirant lo Blanch. *Jackson René Válbuena Cure*

Entrevista

- Profesor Dr. Guillermo Portilla Contreras. *Fernando Velásquez Velásquez*

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N.º 24

EDITOR

Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

COORDINADOR EDITORIAL

Prof. Dr. John E. Zuluaga Taborda LL. M.

ASISTENTES

Ofelia María Aguilar Cabezas
Jackson René Valbuena Cure

COMITÉ EDITORIAL CIENTÍFICO

Prof. Dr. Dr. h.c. 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. Dr. h.c. 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. Dr. h.c. 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. Dr. Nodier Agudelo Betancur – Universidad Externado de Colombia.
Prof. Dr. Carlos Roberto Solórzano Garavito
Prof. Oscar Julián Guerrero Peralta
Prof. Hernán Gonzalo Jiménez Barrero
Prof. Álvaro Vargas
Prof. Mario Trapani

CORRECTOR DE ESTILO

Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez

TRADUCTOR

Traducción de resúmenes y palabras claves del español al inglés, a cargo
del jurista Richard Strauss. e-Mail: rstrauss@exemplarlaw.com

Fecha de edición: julio-diciembre de 2020

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa autorización escrita del editor

Edición realizada por Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas, 14 - 46010, Valencia, España.

TELS.: 96/361 0048 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

Librería virtual: www.tirant.com/co/

Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 N.º 74-40

Escuela de Derecho, Departamento de Derecho Penal

Grupo de Investigación de Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas»

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. www.usa.edu.co Fax: 3177529

Correo: revista.cdp.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.....	9
II. Doctrina.....	15
La imperiosa necesidad de reformar integralmente el proceso penal español... <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	17
El derecho de defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español. Apuntes sobre el derecho colombiano..... <i>Víctor Moreno Catena</i>	75
Inmediación y virtualidad en el proceso penal..... <i>Carlos Andrés Guzmán Díaz</i>	113
La independencia judicial, los juicios de degradación y los juicios paralelos.... <i>Juan José Castro Muñoz</i>	149
La acusación y el principio acusatorio en Colombia..... <i>Carlos Hernán Escobar Ramírez</i>	201
La constitucionalidad de las prebendas legales en el ámbito de la violencia se- xual contra niños y adolescentes <i>Julián Hernando Vera Díaz</i>	241
III. Jurisprudencia.....	301
Las medidas cautelares como herramienta pra la solución de situaciones de carácter estructural: La Jurisdicción Especial Para la Paz y la protección de los comparecientes <i>Andrés Sarmiento Lamus</i>	303
Comentario	319
IV. Reseñas y reseñaciones	327
Quijano, Arturo A. (2021). <i>Ensayo sobre la Evolución del Derecho Penal en Colom- bia. Derecho Nacional</i> . Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Estudio preliminar de C. A. Gálvez Argote & C. A. Gálvez Bermúdez..... <i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	329

Vormbaum, Thomas (2019). *Historia Moderna del Derecho Penal Alemán* [trad. C. Elbert]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch 333
Nicolás Esteban Valencia Avendaño

Vargas Mendoza, Ligia María (2020). *El elemento subjetivo del Delito en el Estatuto de Roma: un análisis de Derecho Penal comparado*. Bogotá: Universidad de los Andes-Grupo Editorial Ibáñez 343
Juan Andrés Forero Abad

Velásquez Velásquez, Fernando (2020). *Delitos contra el Patrimonio Económico*. Bogotá: Tirant lo Blanch 351
Jackson René Valbuena Cure

V. Entrevista 355

Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras 357
Fernando Velásquez Velásquez

Instructivo para los autores 379

I Presentación

Este número está destinado a rendirle homenaje a los quince años de la Especialización en Derecho Penal, un programa que durante este largo lapso –de forma ininterrumpida– con la conducción del también director del Departamento de Derecho Penal, ha dispensado formación de alta calidad en las materias jurídico-penales a cerca de cuatrocientos alumnos quienes, desde diversas posiciones (como magistrados, jueces, fiscales, agentes del ministerio público, abogados en ejercicio, policías judiciales o académicos), han impulsado y propulsado las ideas propias de un derecho penal democrático, el único que admite un Estado de Derecho liberal.

Con esas precisas miras, pues, la habitual sección de *doctrina* cuenta con seis trabajos: el primero de ellos, intitulado como *La imperiosa necesidad de reformar integralmente el proceso penal español*, es escrito por el profesor Juan Luis Gómez Colomer quien aprovecha esta oportunidad para hacer una reflexión de hondo calado sobre la reforma procesal penal que hoy se debate en su patria; allí se recogen más de cuarenta años de investigaciones que el autor ha hecho sobre el asunto y se trata, a no dudarlo, de un trabajo de imprescindible lectura. Así mismo, el segundo de ellos es un agudo texto denominado como *El derecho de defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español. Apuntes sobre el derecho colombiano*, confeccionado por el profesor Víctor Moreno Cateña quien no solo hace una exposición de tan importante problemática desde la perspectiva del derecho hispano sino que, lo cual le brinda gran utilidad, la refiere al derecho nacional donde aún no se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El tercer estudio, intitulado como *Inmediación y virtualidad en el proceso penal*, contiene plurales reflexiones del profesor Carlos Andrés Guzmán Díaz de cara a la vigencia de ese principio rector del proceso penal, todas ellas de suma importancia y que –es seguro– están llamadas a jalonar importantes transformaciones legislativas para adaptar el proceso penal a las realidades actuales, después de que la grave pandemia que sacude el planeta obligara a replantear todo el sistema de administrar justicia. A su turno, el cuarto escrito recoge el texto *La independencia judicial, los juicios de degra-*

dación y los juicios paralelos, con el cual el maestro Juan José Castro Muñoz obtuvo su título en el programa de Maestría en Derecho de la Universidad; sin duda, una problemática actual que muestra a una administración de justicia suplantada por los medios de comunicación que, con sus juicios mediáticos, han puesto a tambalear los cimientos de un proceso penal democrático.

Y, en esa misma línea de reflexión debe mirarse el estudio denominado *La acusación y el principio acusatorio en Colombia*, del también egresado de la Maestría Carlos Hernán Escobar Ramírez quien hace importantes cuestionamientos sobre los alcances de ese apotegma y los desarrollos legislativos correspondientes. La sección culmina con otro sustancial trabajo: *La constitucionalidad de las prebendas legales en el ámbito de la violencia sexual contra niños y adolescentes* que, elaborado al calor de los debates propios de la Maestría, aborda las restricciones introducidas para evitar que los autores de delitos sexuales contra niños y adolescentes se vean beneficiados con rebajas punitivas, cuando aceptan cargos o realizan negociaciones con la Fiscalía; su autor es el maestro Julián Hernando Vera Díaz quien, adviértase, aboga por una aplicación constitucional de los derechos humanos en tratándose de esta materia en concreto.

La sección de *jurisprudencia*, a su turno, está dedicada a una providencia emitida por la Jurisdicción Especial para la Paz en materia de medidas cautelares que es objeto de análisis crítico por parte del profesor Andrés Sarmiento Lamus; él, con toda la razón, llama la atención sobre las competencias de ese tribunal y advierte que el otorgamiento de una medida cautelar encaminada a remediar situaciones de carácter estructural, puede llevar a que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se abstengan de ordenar medidas cautelares o provisionales; es más, asevera que también ello puede tener incidencia en la admisibilidad de peticiones e incluso en relación con los aspectos de fondo de las mismas.

Así mismo, el apartado destinado a las *reseñas y recensiones* cuenta esta vez con cuatro trabajos: uno, de autoría del editor de la Revista en el cual

se aborda la obra de Arturo A. Quijano –*Ensayo sobre la Evolución del Derecho Penal en Colombia. Derecho Nacional*– que, con un muy lúcido e importante estudio preliminar acompañado de sustanciosas notas, publican los profesores Carlos Augusto Gálvez Argote y Carlos Augusto Gálvez Bermúdez, quienes hacen una muy importante contribución a la historia del derecho penal nacional.

El segundo estudio, es el de nuestro compañero de labores y coordinador de la Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal de la Maestría en Derecho, el profesor Nicolás Valencia Avendaño, quien se ocupa de la importantísima obra de Thomas Vormbaum hace poco publicada por la Editorial Tirant lo Blanch, gracias a la traducción del profesor argentino Carlos Elbert.

Así mismo, el tercer texto es del joven académico *Juan Andrés Forero Abad* quien se ocupa de la obra de la profesora Ligia María Vargas Mendoza, intitulado *El elemento subjetivo del Delito en el Estatuto de Roma: un análisis de Derecho Penal comparado*; allí se muestra la importancia de este libro que recoge la tesis doctoral de la autora, cuando de debatir el asunto en el derecho nacional e internacional se trata. Para finalizar, Jackson René Valbuena Cure reseña la obra *Delitos contra el Patrimonio Económico*, escrito por el editor como un aporte al estudio del Derecho penal, Parte especial.

Para culminar, la sección de *entrevista* consigna la importante conversación habida entre el editor de la Revista y el profesor Guillermo Portilla Contreras, catedrático de la Universidad de Jaén en España y a la vez profesor de nuestra Especialización en Derecho Penal; a no dudarlo, él es uno de los abanderados de un derecho penal crítico y garantista que ha prodigado muchas enseñanzas, siempre interesado en formar a sus estudiantes con un talante crítico y cuestionador.

Esta publicación, como las hechas a lo largo de estos años de laboreo –los mismos de la homenajeada Especialización en Derecho Penal– no habría sido posible sin el apoyo irrestricto de nuestro Rector Magnífico, el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, a quien agradecemos su apoyo y respaldo; iguales reco-

nocimientos para los directivos universitarios y, en especial, para el señor decano, el Dr. Leonardo Espinosa Quintero, siempre presente al momento de realizar estas difíciles tareas.

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

John E. Zuluaga Taborda
Coordinador Editorial

II Doctrina

La imperiosa necesidad de reformar integralmente el proceso penal español

*Juan Luis Gómez Colomer**

Resumen: Es absolutamente necesario reformar integralmente nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, para lo que España necesita una Ley de Enjuiciamiento Criminal totalmente nueva. En este artículo se abordan qué reformas orgánicas y qué reformas procesales serían necesarias para acomodar nuestro proceso penal a la realidad práctica que las complejas circunstancias actuales exigen.

Palabras claves: España, Proceso Penal, Código Procesal Penal, reformas de la organización judicial, reformas de instituciones del proceso penal.

Abstract: A comprehensive reform of our criminal prosecution system is absolutely necessary, which is why Spain needs a completely new Criminal Procedure Act. In this article, we will discuss what organic reforms and procedural reforms would be necessary to adapt our criminal procedure to the practical reality that current complex circumstances demand.

Keywords: Spain, Criminal Procedure, Criminal Procedure Act, reforms to judicial organization, institutional reforms to criminal prosecution.

Introducción

Colombia hace tiempo inició una profunda reforma de su proceso penal. Un acto, la reforma, que se considera permanente, pero que requiere de un gran paso inicial, la aprobación de un código procesal penal totalmente nuevo. El Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906) hizo ese necesario movimiento. Con todas sus virtudes y sus defectos (para una

* Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaime I de Castellón (España). Correo de contacto: colomer@dpu.uji.es

crítica constructiva, Gómez, 2015b, pp. 371-407), cambió el sistema de enjuiciamiento criminal hasta entonces vigente en ese amado país. La meta para un triunfo total está todavía muy lejana, pero se va encaminando aunque lentamente y no siempre en línea recta, hacia ella. España, en cambio, todavía está en la senda que se trazó la entonces nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882, que también cambió el sistema, solo que ahora ya no sirve, está obsoleto. Muchas reformas se han dado, pero seguimos sin dar ese paso necesario inicial para hablar realmente de cambio, porque todavía no tenemos el justamente reclamado nuevo código procesal penal.

Ha habido, por supuesto, intentos serios de superar la situación, sobre todo en 2011 y 2013. En el momento de cerrar estas líneas (cuatro de noviembre de 2020) está anunciada la conclusión de la redacción de un borrador de Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por un grupo *ad hoc* nombrado por el Ministerio de Justicia de España. Sin embargo, nadie tiene el texto, salvo un círculo de personas muy cercanas al Ministerio, intuyo. Yo no lo conozco ni lo he podido conseguir. Solo se han hecho públicas las líneas generales, una información muy parca a mi juicio. De esta manera, las opiniones que a continuación expongo deben considerarse fruto de la reflexión sobre la situación actual de nuestro proceso penal, totalmente desvinculadas de los que podrían ser contenidos concretos de la reforma que ahora se propone (véase, Gómez, 2020c, *passim*; y, mucho más ampliamente, Gómez, 2020d, pp. 333-475).

Expongo a continuación qué razones explican nuestro retraso y qué debería hacerse para superarlo definitivamente, es decir, qué contenidos debería abordar una nueva ley de enjuiciamiento criminal española, para ser realmente el motor de la nueva modernidad procesal penal en mi país.

La permanente crisis de la justicia penal

El proceso penal vigente en España en 2020 es, en esencia y considerando la estructura básica de su proceso principal y modélico para los demás, el previsto

para enjuiciar en única instancia delitos castigados principalmente con pena de prisión superior a 9 años. Se regula básicamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) de 1882, hija querida del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, fundada directamente en los principios transformadores de la Ilustración aceptados por la Revolución Francesa de 1789, que evoluciona desde el proceso inquisitivo a un proceso acusatorio mixto, o reformado como se le conoce en Alemania, en el que los derechos esenciales del ser humano acusado de haber cometido un crimen, especialmente su vida, su integridad, su libertad y su dignidad, deben ser respetados por las autoridades públicas de persecución hasta la firmeza de la condena.

Es evidente que desde 1882 se han producido numerosas reformas para adaptar el proceso en la práctica a la realidad, al progreso conceptual y al transcurso del tiempo, sobre todo tras la Constitución democrática de 1978 (CE). Ha habido numerosas transformaciones garantistas desde entonces, muchas de ellas acertadas, pero se sigue echando en falta un aprovechamiento total de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los preceptos de la Constitución plenamente aplicables en el proceso penal, a la par que una interiorización de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que nos une jurídicamente a la Europa tradicionalmente democrática. Tengo la impresión de que, en vez de luchar por conseguir de una vez, en el plano dogmático y en el práctico, un proceso penal realmente constitucionalizado, vamos más hacia lo pragmático, a apagar fuegos concretos que necesitan ayuda urgente.

Ello nos está llevando hacia un alejamiento insoportable entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal español, que en 1995 logró concretar su apuesta por un sistema dogmático del delito y de la pena, aplicando una política criminal razonable, mediante un Código Penal (CP) moderno y válido para la época, aunque hoy ya no sea reconocible después de tantas y tan profundas reformas, que se encontró con un proceso penal, en el que necesariamente tenía que aplicarse, muy lejano a su concepción ideológica y por tanto no preparado para afrontar los nuevos tiempos. A ese alejamiento no es ajeno tampoco el hecho de que la base natural de aplicación de las

leyes procesales, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), sea de 1985, aunque profundamente reformada en varias ocasiones, pero, en cualquier caso, muchísimo más moderna que nuestra LECRIM.

Tenemos pues, como mínimo hoy ante nosotros un proceso penal anticuado, estructural y realmente, ineficaz, ineficiente, largo, tedioso y caro. No hace falta probar exhaustivamente estas afirmaciones. Los teóricos y prácticos del proceso, así como también y curiosamente las autoridades políticas que pueden cambiar la situación, hace años que lo afirman en mi país (baste consultar las certeras palabras de Montero, 2008, pp. 19-24). Tampoco hay que justificar las causas, pues esos mismos profesionales y esas mismas autoridades así lo entienden, con poca discusión al respecto: Pocas inversiones en Justicia y escaseces presupuestarias evidentes, falta de jueces, de fiscales y de personal de apoyo, falta de voluntad política en la reforma de nuestro proceso penal, incapacidad parlamentaria para llegar a acuerdos en este tema, que es de Estado sin duda alguna, vacilaciones sobre el modelo a seguir, discusiones partidistas inasumibles, etc. (para una mayor profundización, Gómez, 2016, pp. 1449 y ss.).

En definitiva, y como observación introductoria clara, nuestro proceso penal está en crisis, que ni es ligera, ni débil, ni fácil de resolver. No solo el proceso penal español, por cierto, pues corren malos tiempos para el enjuiciamiento criminal en todos los países democráticos, sobre todo frente a los horrores que estamos viendo, con una criminalidad organizada desaforada y una corrupción insostenible. Por ello, en España existe una clara y positiva voluntad de reformar integralmente el proceso penal, muy ambiciosa, desde hace años, incluso desde antes de la Constitución, aunque solo tras ella adquiere pleno sentido. Pero en ninguna legislatura se ha logrado hasta ahora. Ciertamente, en los últimos tiempos, antes del último de 2020 citado al principio, ha habido dos intentos importantes, pero no sabemos qué habría pasado si se hubieran aprobado, es decir, no sabemos si hubiese respondido bien a la cuestión central de si realmente ello habría servido para poner a nuestra Justicia Penal a la altura de lo que los españoles exigimos.

El Gobierno socialista español aprobó en Consejo de Ministros el día 22 de julio de 2011 el proyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal basada en el sistema acusatorio (adversarial). Un acto por cierto puramente testimonial porque el texto de referencia ni siquiera pudo superar el trámite parlamentario inicial al haberse disuelto las Cámaras el día 27 de septiembre de 2011, por adelanto de las elecciones al día 20 de noviembre de 2011. Se publicó en forma de libro (Ministerio de Justicia, 2011, pp. 19 y ss.). Por su parte, como la necesidad de organizar un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal y, por tanto, de aprobar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal seguía entonces y sigue siendo ahora también insoslayable e imperiosa, el Gobierno del Partido Popular redactó también su Propuesta de Texto Articulado de un nuevo Código Procesal Penal, de febrero de 2013, en la que se recogió un proyecto orientado igualmente hacia el sistema adversarial, modernizando su regulación (Ministerio de Justicia, 2013). Pero tampoco pudo ser aprobado al ganar el Partido Socialista la moción de censura el día 1 de junio de 2018. Ahora lo que se pretende, al parecer, es recuperar el Anteproyecto de 2011, modernizarlo, y presentarlo como anteproyecto en las Cortes cuanto antes.

La situación no es ni fácil ni favorable, y no me refiero para lograr una reforma excelente ni a la pandemia del COVID-19, pues todo eso pasará, tampoco pienso ni en España, ni en su gobierno, ni en su doctrina jurisprudencial y científica, sino más bien en el contexto internacional y sus circunstancias actuales, porque estamos en un momento ambiguo. Las confusiones se producen a mi juicio por las siguientes razones:

1.º) Se consideran hoy fines del proceso penal a aspectos que no son verdaderos fines: Tradicionalmente se ha dicho que los fines del proceso penal son hallar la verdad material y castigar al culpable. Modernamente, se añaden los fines de respetar en el enjuiciamiento los derechos fundamentales del acusado y proteger y reparar a las víctimas; el fin que hoy aparece como el más importante es el de respetar en su desarrollo la validez constitucional del procedimiento (*Due Process of Law*, proceso justo, proceso equitativo o proceso con todas las garantías, con relevancia constitucional, art. 6 CEDH y art. 24.2 CE). Hasta tal punto es ello cierto que, según esa óptica de análisis, el proceso

ha cumplido su fin (debido) si se condena a un inocente, pero se han respetado todos sus derechos constitucionales aplicables en el proceso penal.

No se habla mucho, sin embargo, lo que es de lamentar, del que debería ser el principal fin del proceso penal propio de una democracia, que es el hoy vigente en España: Absolver al inocente. La declaración de inocencia como fin prioritario del proceso penal debe estar fuera de toda duda, y el proceso debe articularse para que la prueba de la inocencia sea siempre posible. No es lo mismo ser inocente que ser tratado como inocente. No me estoy refiriendo a la presunción de inocencia, por tanto.

2.º) Se contemplan principios del proceso penal ineludibles que se acaban esquivando, de manera tal que postulados sagrados del Derecho Procesal Penal están hoy absolutamente desacralizados. La clave son los principios porque conforman el esqueleto del sistema. Sin ellos no podemos construir el cuerpo ni pretender que tenga vida, ni mucho menos que camine. Pienso en el proceso equitativo (debido), el principio de igualdad, el principio de imparcialidad del juzgador, el principio de contradicción (englobando a los derechos de confrontación y de defensa), o el principio de oralidad (comprendiendo los principios de inmediación y publicidad), y observo debilidades muy relevantes. Está en peligro no el sistema, sino el mismo proceso penal democrático. En este sentido, destaco:

a) La inutilidad del principio de legalidad cuando se aplica la garantía jurisdiccional: El principio de oportunidad tiene un enorme desarrollo, atendidas sus tres variantes, a las que me referiré desde otro punto de vista *infra*, cada una de ellas con entidad propia, a saber: Alternativas a la persecución penal, la justicia negociada (*Plea Bargain*) y la justicia restaurativa, destacando aquí una institución prohibida hasta ahora en el proceso penal sin paliativos, de repente bendecida por todos, la mediación penal; y ya legal en España (art. 15 del Estatuto de la Víctima del Delito, Ley 4/2015, de 27 de abril), aunque todavía no desarrollada legalmente (sobre sus bases dogmáticas, ancladas en la Justicia Restaurativa, v. Barona, 2011, pp. 117 y ss.). Lo que importa hoy no es tanto hallar la verdad, cuanto la declaración de culpabilidad; con eso el Estado se conforma, se ahorra un dineral y satisface a todo el mundo, menos

a quien se ve forzado a ello siendo inocente, claro. El 5% de los delitos acaba en juicio oral en Estados Unidos, luego eso quiere decir que en el 95% el principio de oportunidad ha triunfado (Gómez, 2013, pp. 204-206).

b) La quiebra del principio de necesidad (oficialidad) cuando la economía exige soluciones más expeditivas. Para ello se dota a los órganos principales de investigación del crimen, la Policía y el Ministerio Fiscal de la suficiente discrecionalidad, de manera tal que en sus manos se deja, y no en las de la ley, que se incoe la causa. Si la investigación no vale la pena o cuesta mucho más dinero del tolerable, el delito no se investiga. Esto es ya evidente en los llamados delitos bagatela.

c) La quiebra en numerosos países democráticos del principio de reparación de la víctima, porque al negarle ser parte, no puede defender adecuadamente sus derechos. El sistema adversarial juega a esta exclusión de la víctima. No parece que debamos tomarlo como modelo, como consideraré *infra*, porque en España, dejando ahora de lado los avances del citado Estatuto de la Víctima del Delito de 2015, la participación de ella en el proceso penal como parte plena está garantizada por la Constitución y, por tanto, ese problema no lo tendríamos, pero debemos permanecer atentos, pues hay intentos de excluirla en determinados casos, v.gr., cuando intervenga el Fiscal Europeo.

d) Los continuos ataques al derecho de defensa en la lucha contra la criminalidad organizada, se ven como un «castigo» social obligado por los horribles crímenes cometidos por estos grupos. Así, es constitucional en España que a sus miembros presos incomunicados se les imponga un abogado de oficio (art. 527, a) LECRIM); hace mucho que denuncié este tema, sin éxito alguno como es natural (Gómez, 1988, pp. 123 y ss.; con base en la S TC 196/1987, de 11 de diciembre). Pero si estuviéramos en los Estados Unidos de América, la patria insistimos del moderno sistema adversarial, esto no sería posible por inconstitucional.

e) La pérdida de valor del acto más sagrado del proceso, el juicio oral, porque se quiere evitar a toda costa llegar a él (el fin del proceso penal es el «no juicio»).

f) Por último, quiero destacar en el marco de los principios del proceso penal la quiebra de los principios probatorios más importantes en caso de producirse la conformidad, porque al declararse culpable el acusado la prueba carece de sentido ya que no se puede practicar al evitarse el juicio oral. Y yo me pregunto: ¿Dónde queda entonces el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, dónde queda el principio de la presunción de inocencia, y qué pasa con el principio *in dubio pro reo*? (véase con detalle y mucha bibliografía, para Alemania, pero también aplicable en España en lo esencial, Roxin & Schünemann, 2017, pp. 96-106). Todos en el aire, evanescentes, impracticables.

3.º) Finalmente, estamos ante un proceso penal irreal: Hoy el mundo está globalizado, se han suprimido prácticamente las fronteras. Esto ha significado negativamente un aumento extraordinario de la criminalidad organizada que se ampara en ello para realizar todas las acciones delictivas que convienen a sus intereses, garantizándose obviamente impunidad. Nos hemos transformado de sociedad del bienestar en sociedad del riesgo. El problema es que, como he afirmado *supra*, el Derecho Procesal Penal camina en la actualidad en dirección, si no opuesta, al menos bastante alejada a la del Derecho penal sustantivo. Las preocupaciones actuales del Derecho Penal para controlar su enorme expansión tienen reflejo en el proceso solo de forma indirecta (he trabajado esta cuestión en Gómez, 2009, pp. 753 y ss.; y Gómez, 2020d, pp. 39 y ss.).

4.º) A ello recordemos problemas estructurales casi atávicos, que impiden que nuestro proceso penal pueda funcionar bien. Me limito a citar:

a) La antigüedad del esquema instructor, pues lo cierto es, aunque sea un tema muy discutible que trataremos aquí, que no está de moda que instruya un juez, sino un fiscal;

b) Actos de investigación no garantizados regulados con normas hoy claramente superadas (escena del crimen, identificación del autor, protocolos de la Policía Judicial); y,

c) El grave problema de tener que manejarnos en la práctica con varios procesos ordinarios y varios especiales, siendo inconcebible que no se haya procedido hace ya tiempo a una verdadera simplificación procesal penal:

1.- Ordinarios: Son seis (el originario por delitos más graves; en 1988 se introducen dos procesos abreviados arts. 757 a 794; en 2002 el enjuiciamiento rápido, arts. 795 a 803; y en 2015, dos modalidades de proceso por delitos leves, arts. 962 a 977); y,

2.- Especiales: Ante el Tribunal del Jurado (LO 5/1995), en caso de aforamientos, aceptación de decreto (2015, arts. 803 bis a) a 803 bis j), por injuria y calumnia (arts. 804 a 815), contra ausentes (arts. 834 a 846), de imprenta (arts. 818 a 813 bis), más seguridad vial y violencia de género (que por esa razón deberían serlo dada su frecuencia y la alarma social que causan).

Todo ello lleva a una enorme ineficacia e ineficiencia del proceso penal, cuyas características principales, antes apuntadas, son hoy su extraordinariamente larga duración y su carestía, demasiado costosos para los ciudadanos normales, pues a los pagos de honorarios y aranceles de la defensa y representación procesales se suma el lucro cesante o la imposibilidad de percibir reparaciones e indemnizaciones, después de muchos años, como consecuencia del acto ilícito que es el delito.

La reforma no puede ser por tanto puntual, es necesario crear un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que nos lleve a un nuevo proceso penal.

¿Debe inspirarse España para la reforma de su proceso penal en algún modelo extranjero?

La reforma integral de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal a través de una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal puede hacerse de dos maneras distintas en cuanto al modelo: Buscar en el panorama internacional, entre los más eficaces y eficientes, el que más éxito tenga, o hacer un análisis profundo de las instituciones que han funcionado y de las que han fracasado

en el propio y, en una patente evolución, redactar un nuevo texto que elimine toda norma que haya llevado a una mala práctica, incorporando aquéllas que se sabe seguro que cambiarán para bien el sistema.

En la primera vía, la búsqueda del modelo se orienta hacia los países de *Common Law* (hacia su sistema adversarial de enjuiciamiento criminal); en la segunda, se trataría de perfeccionar el sistema acusatorio formal de la Revolución Francesa desarrollado a lo largo de los años por los países de *Civil Law*.

1.º) El sistema adversarial se caracteriza por los siguientes aspectos (tomo como base el proceso penal federal de los Estados Unidos de América; sobre este proceso penal he coordinado recientemente dos libros: a) El primero, la traducción del *Case Book* de Israel, Kamisar, LaFave & King (Gómez, 2012); b) El segundo, Gómez (coord.), 2013. A ellos deben añadirse sobre este tema otros libros como autor único: Gómez, 2012; Gómez, 2015b; y Gómez, 2018a):

A) En cuanto a los sujetos procesales: a) El Juez juzga con el jurado en perfecta simbiosis; aquél fija el derecho al veredicto sobre culpabilidad o inocencia dictado por éste. b) La dirección de la investigación está a cargo del ministerio fiscal, órgano público que representa a la administración (es decir, al gobierno) en el proceso penal como único acusador posible. Goza de amplios poderes, entre los que destaco sus extensas facultades discrecionales. c) La Policía está a las órdenes de la Fiscalía. Goza igualmente de un amplísimo poder discrecional y conduce y practica realmente los actos de investigación del delito, tanto los proactivos como los reactivos. d) Es un proceso penal de partes. El acusado y su abogado defensor son tan importantes como la acusación pública (el Fiscal). En los dos descansa la realización del proceso, son los actores principales en el escenario (de ahí el nombre «adversarial»). Ambos negocian sobre la declaración de culpabilidad si es procedente, ambos presentan sus argumentos y sus pruebas y ambos intentan convencer al Jurado sobre su posición fundada. e) La víctima no es parte en el proceso. Sus funciones procesales, insignificantes hasta hace bien poco, van aumentando

paulatinamente, pero siempre como tercero procesal (testigo) como máximo (una detallada explicación en Gómez, 2015a, pp. 41-127).

B) En cuanto a los principios más importantes: a) La estructura esencial del proceso descansa en dos grandes principios, del que surgen los fuertes pilares que sostienen el sistema. Los principios son: El *Due Process of Law* y la *Fairness*, de las que se derivan a su vez especialmente cuatro grandes columnas: La igualdad procesal, el derecho de defensa, la contradicción entre las partes y la imparcialidad del tribunal. b) El procedimiento se basa en una auténtica oralidad, inteligente y razonablemente dispuesta, desde la acusación inicial formulada en una audiencia. c) El recurso de apelación, único admisible en principio, solo está disponible para el acusado en caso de condena.

¿Por qué se ha convertido el proceso penal federal norteamericano en el único modelo posible a la hora de considerar una reforma integral del sistema de enjuiciamiento criminal en los países que pretenden una reforma integral, incluido España? Una breve respuesta tras un somero análisis nos lleva a fijar las razones en su sencillez, plasticidad y pragmatismo, así como en una práctica deslumbrante de la oralidad y la rapidez que conlleva, que hacen de este proceso un modelo de eficacia.

C) Es característica muy relevante también la base constitucional del sistema adversarial: La Constitución de los Estados Unidos de América es de 1787, la más longeva y breve del mundo. Dado que su preocupación máxima fue construir una federación independiente, no dedicó mucho espacio a los principios procesales. De esta cuestión se preocuparon inmediatamente las diez primeras Enmiendas a la Constitución, ratificadas en 1791 (para un análisis detallado de la constitucionalización del proceso penal v. LaFave, Israel & King, 1984, pp. 44 y ss.), de las que cuatro, a saber, IV, V, VI y VIII, inciden directamente en el proceso penal. Los derechos que se comprenden en estas Enmiendas se promulgaron con la finalidad de limitar el poder del Gobierno federal (Israel, Kamisar, LaFave & King, 2011, p. 3 (trad. p. 37)). En 1868, poco después de acabar la guerra civil, se añadió la Enmienda XIV que regula la conducta de los gobiernos estatales y prevé el derecho

al proceso debido (un análisis pormenorizado de este principio en Estados Unidos en Esparza, 1995, pp. 70 y ss.).

El proceso penal federal estadounidense, y con él el de los Estados, no es hoy solo la aplicación práctica de una serie de sentencias y de un conjunto de leyes y disposiciones ordinarias de naturaleza procesal penal, y en parte penal, que lo han ido configurando a lo largo de los años, sino también ante todo una concreción de la fuerza real de la Constitución federal cuando tiene un campo de aplicación propio en el mismo proceso penal.

2.º) El sistema alemán, al contrario, representa una evolución interna, tampoco exenta de problemas, que empezó con una gran reforma en 1975. Desde una posición propia evolucionó hacia un sistema más respetuoso con el principio acusatorio, sin copiar a nadie ni incorporar cuerpos extraños a la propia tradición. Parece el sistema adversarial, pero no lo es, es sencillamente el sistema alemán. Se caracteriza (véanse las explicaciones pertinentes en Gómez, 1985, pp. 29 y ss.):

a) Por el poder que tiene el presidente del tribunal, quien puede interrogar, ordenar la práctica de pruebas y adoptar cualquier otra medida que contribuya al esclarecimiento de la verdad. b) Por acogerse a un sistema de escabinos, en el que los jueces legos dictan la sentencia, tanto respecto a los hechos como respecto a las consecuencias jurídicas del delito en caso de declarar culpabilidad del acusado, conjuntamente con los jueces profesionales. c) Por dirigir la investigación el ministerio fiscal, pero no por imitar al sistema adversarial, sino por razones prácticas (no reiterar actos procesales como interrogatorio de testigos) y dogmáticas (el control de los actos de instrucción debe realizarse por un juez, lo cual es imposible si él mismo los ordena). d) Por la obligación de la defensa de contribuir a la verdad y justicia.

3.º) Los sistemas italiano y portugués, con sus reformas integrales de 1988, hacen patente en la Europa democrática que es posible introducir un proceso penal adversarial manteniendo las instituciones propias que han funcionado (para Italia, v. Villagómez, 1989, pp. 13 y ss.; y para Portugal, Simas, Leal-Henriques & Simas, 2010, pp. 17 y ss.). El italiano ha sufrido

numerosas reformas, muchas de ellas motivadas por la Corte de Casación o por la Corte Constitucional, interpretando más localmente el nuevo sistema (Illuminati, 2010, pp. 150 y ss.).

4.º) Francia todavía espera la ansiada reforma integral de su proceso penal; me remito al *Rapport Léger* (Léger, 2009).

En resumen, por tanto, es una decisión muy importante la de optar por el modelo adversarial, tener que crear un nuevo órgano jurisdiccional (el juez de garantías), pensar en ampliar las competencias del jurado, tener que decidir el cambio de dirección de la investigación en favor ahora del ministerio fiscal, otorgar una mayor discrecionalidad a la policía, potenciar el derecho de defensa, llegando incluso a crear la figura del defensor público, estructurar el proceso en audiencias, introduciendo una audiencia de acusación y el *Discovery*, o llegar a establecer un sistema de recursos nuevo, con las reformas constitucionales que todo ello implicaría. Sería más fácil apostar por una evolución propia, porque no habría esa sujeción dogmática a las esencias adversariales, sin perjuicio de tener que decidir si va a dirigir la investigación el fiscal, si se va a aumentar la discrecionalidad de la policía, si se va a evolucionar del jurado al escabinato, y qué papel ha de corresponder exactamente a la defensa en el nuevo proceso.

Al hilo de estas últimas reflexiones, expongo a continuación las cuestiones más graves, tanto orgánicas como procesales, que en mi opinión debe afrontar una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La necesidad de reformar el Derecho Procesal Penal orgánico

Me detengo en este apartado en las reformas necesarias que, en mi modesta opinión, habría que hacer en nuestra estructura judicial y, como consecuencia de ello, en la fiscal, en la policial y en la defensa.

El juez comarcal.

Una de las acciones a emprender para aliviar, incluso eliminar, la sobrecarga judicial es crear más juzgados y promocionar a más jueces. Esto es indiscutible. Pues bien, para que funcionara realmente en un nuevo código procesal penal la nueva estructura de investigación que vamos a considerar, la base del sistema en su primer contacto judicial debería recaer en jueces locales, que podrían llamarse de comarca, de municipio, de distrito, de departamento o de ciudad, como se quiera –creo que sería más comprensible en España la denominación de «juez comarcal» –, creando dos niveles, una de jueces comarcales de garantías, organizados no en todos los partidos judiciales sino en una agrupación de los mismos (por ejemplo, en las poblaciones de más de 5000 habitantes, que no fueran capitales de provincia, o en grandes ciudades provinciales actualmente con juzgado de lo penal), con competencia en los partidos adscritos, y otra de jueces comarcales de conocimiento y fallo, organizados en todas las cabezas de los partidos judiciales con exclusión de la capital de la provincia, sin que pudiesen coincidir personalmente ambas figuras.

Estos jueces, que habría que crear de nuevo, pues ya los tuvimos desde 1944 hasta 1985, colmarían mejor la ansiada proximidad (ya intentada en 2006 por el gobierno al pretender una reforma de la LOPJ que no salió adelante, v. Armenta, 2006, pp. 9 y 10), y serían los jueces que conocerían sin escabinato de todos los delitos leves y menos graves (hasta 5 años de prisión, pena de multa hasta cierta cuantía y penas alternativas hasta 10 años), instruidos por los fiscales comarcales; todas las sentencias y otras resoluciones relevantes dictadas por ellos deberían ser recurribles en apelación ante la AP. Al respecto, recuérdese que tras la guerra civil –en 1944– se reconfiguró la hasta entonces existente justicia municipal española, creando los jueces municipales y comarcales, que en 1977 desaparecieron, transformándose en jueces de distrito, siendo suprimidos del organigrama judicial español definitivamente por la LOPJ vigente en 1985. Para detalles, entre otras normas, véase la Ley 19/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados preceptos de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 y de rectificación de plantillas del

personal auxiliar de la Administración de Justicia y de Justicia Municipal; y Real Decreto 2104/1977, de 29 de julio, por el que se aprueba el texto articulado parcial de la Ley de Bases 42/1974, de 28 de noviembre, Orgánica de la Justicia, en virtud de la autorización contenida en el Real Decreto-ley 24/1976, de 26 de noviembre.

También ellos deberían tener competencias para resolución de conflictos, en forma coordinada con las diferentes posibilidades que ofrece la ADR. Finalmente, debería estudiarse si su creación y una buena demarcación no implicarían, dada la facilidad de comunicación que existe hoy en día entre poblaciones y las inmensas posibilidades de la inteligencia artificial, la desaparición de los Jueces de Paz, que, quiérase o no, son hoy una reliquia histórica poco práctica.

El juez provincial de garantías.

Esta función la deberían ser los jueces de instrucción actuales que decidiesen no reconvertirse en fiscales. Actuarían en todos los procesos penales instruidos por delitos graves y más graves castigados con pena de prisión (superiores a 5 años), pena de multa cualquiera que fuese su cuantía o pena alternativa superior a 10 años. Tendrían su sede en la cabeza de los partidos judiciales y en la capital de la provincia. Sus decisiones serían apelables ante la Audiencia Provincial.

Dado que proponemos la simplificación procedimental (*v. infra*), no puede mantenerse la actual estructura del proceso penal abreviado que distingue para el fallo entre Jueces de lo Penal y las Audiencias Provinciales (AP), pues instruyendo el fiscal, los Jueces Penales pueden conocer de todos los delitos graves y más graves en única instancia, con Escabinato o sin él, reservando a la AP solo para las apelaciones. Habría que reforzar evidentemente el grado de experiencia y sabiduría de estos Jueces Penales para afrontar el enorme reto de juzgar individualmente los crímenes más graves. Ampliar la competencia del escabinato sería por ello una buena decisión.

Del jurado al escabinato.

Es el momento también de plantearse si nuestro actual modelo de jurado es el más útil a la sociedad. Toda la Europa continental democrática ha abandonado hace muchísimos años el sistema anglosajón de jurado para evolucionar hacia un modelo de tribunal de escabinos, en el que los jueces legos participaran conjuntamente con el tribunal en las deliberaciones para decidir los hechos probados y las consecuencias jurídicas del delito si declaran la culpabilidad del acusado.

Propongo que evolucionemos hacia el mismo sistema que tienen Alemania (*Schöffengericht*), Italia (*Corte d'Assise*), Francia (*Cour d'Assises*) y Portugal (*Tribunal do Júri*) (Gómez, 1999, pp. 59 y ss.). No es cierto que el jurado puro (anglosajón) sea más democrático que el escabinato; al revés, el juez escabino participa más y mejor en la función de juzgar y por tanto se cumple mejor el deseo constitucional de que los ciudadanos participen en la administración de justicia (art. 125 CE), porque tienen más competencias y actúan con mejor calidad, asistidos y ayudados por los jueces profesionales.

Por ello, creo que es necesario cambiar de perspectiva ante la ambivalencia del sistema de participación de legos en el Poder Judicial: El tribunal del jurado es una institución pública positiva porque permite acceder al pueblo al tercer poder del Estado, lo que hace que nuestra vida cívica sea democráticamente plena, por eso es acorde con ello que el ciudadano participe totalmente en el juicio oral y en la sentencia, lo que implica que debe evolucionarse hacia el escabinato (o tribunal mixto). En esos países, la formación cívico-jurídica del ciudadano-escabino lleva a la justicia del veredicto, y esto es un punto fuerte del sistema.

Piénsese también que los complejos problemas de las instrucciones y la recurribilidad del veredicto dejan de existir con el escabinato. La LOPJ se reformaría para asumir el estatuto orgánico de los jueces escabinos y su sistema de designación, incorporando las normas de la Ley del Jurado que fuesen aplicables y hayan funcionado en la práctica. También se regularía de forma específica la deliberación y votación de la sentencia.

Su competencia es variable en cada país. En general conocen de delitos graves y más graves, no de delitos menos graves y leves (en Alemania, hasta 4 años de pena de prisión –§ 24 ap. 2 de la Ley de Organización de los tribunales-GVG–). Pensando en España, es obvio que no se puede establecer un escabinato para todos los delitos, pero sí sería posible para los graves y más graves, por ejemplo, todos aquellos penados en abstracto por el Código Penal con pena de prisión superior a 5 años, pena pecuniaria en cualquier cuantía, o alternativa superior a 10 años. Si parece un cambio demasiado drástico y sin perjuicio de pensar en una ampliación gradual de competencias, podría empezarse por todos los que conforman el Derecho penal clásico (piénsese en delitos contra la vida, delitos contra la salud e integridad física y psíquica, delitos contra la indemnidad sexual, delitos contra el honor y delitos contra la propiedad). Se excluirían solo los procesos que son competencia de la Audiencia Nacional (para que no conocieran ni de los delitos de terrorismo ni los cometidos por la criminalidad organizada).

Debería llegar el día en el que el derecho del pueblo a juzgar cualquier delito y el derecho del acusado a ser enjuiciado por un tribunal del jurado (escabinato), implicaran la extensión sin límites de sus competencias. Poner como excusa el dinero que costaría sería un atentado contra la dignidad de la Justicia, porque esto es mucho más importante que los dispendios y malgastos públicos de los que continuamente somos informados, por ejemplo, es irracional que en un país como España algunas autopistas y todas las autovías sean gratuitas.

El fiscal instructor.

Sin duda alguna sería la decisión orgánica más importante, porque implicaría privar de competencias judiciales a los jueces y darle esas competencias a los fiscales, que dejarían de ser por ello judiciales. Por tanto, significaría la desaparición del juez instructor en nuestro país, después de siglos de vigencia de esta figura tan arraigada en nuestra sociedad. No es una decisión tan simple como pueda parecer, sin embargo –aunque en España instruya un

Juez Instructor todas las causas penales, el Fiscal, en procesos penales en los que el delito esté castigado con pena privativa de libertad no superior a 9 años (llamados «procesos abreviados»), puede instruir dados los requisitos del art. 773.2 LECRIM. También instruye en el proceso penal especial de menores—. En efecto, he escrito en varios lugares que, si bien creo que la instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal es constitucional, pues el art. 117.1 se refiere únicamente a «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» como función jurisdiccional, e instruir una causa penal no es enjuiciarla ni fallarla (juzgar), también creo que con el actual modelo de fiscalía no me parece una decisión acertada, porque no es absolutamente independiente del poder político, de hecho se incardina administrativamente en el Ministerio de Justicia, de quien depende económicamente, se organiza bajo los principios de unidad y dependencia, y el Fiscal General del Estado es nombrado por el Gobierno (Gómez, 1997, pp. 481 y ss.; y 2018b, pp. 157 y ss.).

La propuesta de cambio de la competencia para instruir a favor del Ministerio Fiscal, opinión mayoritaria en la doctrina procesal penal española, se basa en un nuevo entendimiento del principio acusatorio, considerándose incompatible la instrucción (inquisitiva) por parte del juez con el modelo de proceso acusatorio. El argumento principal es que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad, de ahí que se entienda que el Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal. Mi opinión contraria, por el momento, es minoritaria, y soy plenamente consciente de ello, pero debo honradamente decir que, si la nueva LECRIM dispusiera la instrucción por el MF sin haber modificado la dependencia política de la Fiscalía Española, cometeríamos un error que lamentaríamos.

La inserción de la Fiscalía Europea.

Un reglamento europeo, creador de la Fiscalía Europea, nos obliga, si no corremos rápido hacia una nueva LECRIM, a una revisión profunda de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal y de su cauce natural para hacerlo efectivo, la estructura orgánica (véase con detenimiento Gómez, 2020e); hago referencia al REGLAMENTO (UE) 2017/1939 DEL CONSEJO de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, L 283/1, de 31.10.2017 –en adelante abreviado Rto.FE–. Además, ella tendrá que estar en funcionamiento antes del 12 de diciembre de 2020, cuando se cumplan tres años del plazo dado para su incorporación a los países firmantes de la cooperación reforzada (art. 120.2, III Rto.FE). Dado cómo están las cosas en el momento de redactarse este escrito (en plena efervescencia de la segunda ola de la pandemia del coronavirus), parece un plazo difícil de cumplir, aunque nos consta que el Gobierno está preparando desde hace tiempo un proyecto de ley al respecto, a presentar en las Cortes en cuanto esté terminado y sea posible.

La Fiscalía Europea (en adelante FE) se ha creado para proteger los intereses financieros de la Unión Europea, frente a delitos que «cada año causan daños financieros significativos» (Considerando 3 del Rto.FE); ella nace como órgano de la Unión, con personalidad jurídica propia. Es independiente e imparcial. Todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión, deben respetar la independencia de la FE y no intentarán influir en ella en el ejercicio de sus funciones (art. 6 Rto.FE). Se dice que en el período 2010–2018 los daños significaron casi siete mil millones de euros; la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) desempeña un papel fundamental en su detección. Por eso la interacción de la FE con ella es obligada (art. 101 Rto.FE).

En cuanto a los cambios estructurales de naturaleza orgánica, el principal problema es la inserción de la FE al lado de la Fiscalía española, pues al no ser parte integrante del Ministerio Fiscal español, no puede integrarse en

el mismo, sino que debe coexistir con él, exclusivamente en los procesos penales abiertos por delitos que sean competencia de Europa; aunque el art. 13.3 Rto.FE permita que los Fiscales europeos puedan seguir siendo jueces y fiscales internos también, me parece una mala posibilidad porque atenta contra la necesaria objetividad e imparcialidad de la fiscalía, antes reflejada. Opto, al menos en España, por su dedicación exclusiva. Por ello las reformas afectarán a la LOPJ y al EOMF, principalmente, y en concreto a la extensión y límites de la instrucción europea; a la competencia fiscal, antes judicial, para instruir; al aforamiento de los Fiscales Europeos Delegados; a la creación de los Jueces de Garantías; a los recursos, etc., entre otros temas menos relevantes.

Respecto a la inserción procesal, destaco que los cambios procesales penales deben ser muchos y muy variados, pues afectarían al proceso penal considerado como un todo compacto. Por ejemplo, ¿será necesario crear en la nueva LECRIM un proceso penal especial en el que se regulasen las especialidades en el enjuiciamiento de los delitos que son competencia para instrucción de la FE? Si la respuesta fuese positiva, los temas a regular en ese proceso penal especial, teniendo en cuenta que allí en donde el Rto.FE sea claro y determinante deberían poder aplicarse sus normas directamente sin necesidad de modificar la legislación interna (por eso sería aconsejable modificar lo mínimo posible y dejar que el Rto.FE se aplicara por sí mismo en todo su contenido), serían los siguientes: Fijar su competencia objetiva y territorial; establecer las reglas de la avocación competencial; regular la conexidad de delitos; decidir qué hacemos con la acusación particular y la acusación popular y qué pasa con la acción civil; resolver cómo vamos a regular las medidas cautelares que pueda acordar; mejorar la regulación de los actos de investigación no garantizados y garantizados; prever la interacción con el juez de garantías como controlador de la legalidad de la investigación; mejorar la justicia negociada; y adecuar la preparación del juicio oral y acusación, entre otros temas.

La Policía de Investigación del Crimen (PIC).

Creo que el sistema en el que se está pensando ahora se merece una policía científica muy especializada, un órgano de investigación del crimen realmente eficaz y eficiente, es decir, una auténtica policía judicial, dependiente exclusivamente del Ministerio Fiscal, sin tantos poderes discrecionales como los que dispone la policía anglosajona y muy comprometida con el principio de legalidad; los actuales preceptos 547 a 550 LOPJ y el RD 769/1987, de 19 de junio, son claramente insuficientes, porque la policía que investiga el crimen no se dedica en exclusiva a esta función.

Sin perjuicio de las reformas orgánicas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de la propia LOPJ, la nueva LECRIM debe articular, en la fase de investigación del crimen, sus funciones, deberes y obligaciones, con absoluta precisión (Gómz, en Ambos, Gómez & Vogler, 2003, pp. 1 y ss.; Gómez, en Gómez, 2013, pp. 433-444). No me voy a detener en este tema, es importante puesto que es realmente quien investiga el delito, pero a efectos prácticos –también de Política Criminal y de Dogmática procesal penal–, la Policía es solo el brazo ejecutor de las órdenes de la Fiscalía.

¿La creación de una defensa pública?

Nuestro derecho a la defensa letrada tiene rango constitucional. La Constitución lo regula en dos preceptos: En el art. 17.3 se garantiza la asistencia letrada al investigado durante la detención policial, y en el art. 24.2 se le garantiza la asistencia letrada durante el proceso penal posterior.

El derecho de defensa es probablemente el más importante y más desarrollado para el investigado (antiguo imputado) o acusado, de todos los derechos fundamentales procesales de que goza. Ese derecho se materializa en que el investigado o acusado pueda designar ante todo al abogado de su confianza que desee (llamado defensor de confianza o de elección), al que paga sus honorarios, o pedir que se le nombre uno a cargo del Estado

(llamado abogado de oficio). No siempre es operativa esta designación, pues tanto España, como Alemania, excluyen al abogado defensor de confianza en caso de peligro de connivencia en la lucha contra la criminalidad organizada (art. 527, a) LECRIM, antes citado, y § 138a del Código Procesal Penal-StPO). Los colegios de abogados son los encargados de organizar la defensa de oficio o gratuita, tanto en la modalidad de asistencia letrada al detenido como para asistencia de oficio, recayendo sobre sus miembros la obligación de defensa gratuita de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos estatutarios.

Las razones por las que entro en esta cuestión aquí son dos:

a) La primera afecta a las continuas reformas que sufre este derecho constitucional. En efecto, desde la entrada en vigor de la Constitución, el derecho constitucional a la defensa técnica de los arts. 17.3 y 24.2 ha sido varias veces modificado. No vale la pena entrar en las numerosas reformas, solo diré que en el año 2015 fue reformado dos veces, con ello es suficiente. Pues bien, desde hace tiempo se habla de la necesidad de una nueva reforma, nada menos que a nivel de ley orgánica especial, en donde todo su articulado se ciña exclusivamente a desarrollar el derecho de defensa previsto en esos preceptos constitucionales.

Me parece totalmente innecesario y superfluo, y además causará confusión, seguro, cuando no contradicciones insalvables, también seguro. Como está regulado actualmente en España el derecho de defensa es de los más desarrollados de los muchos países democráticos que como comparatista he estudiado, es el más amplio (desde el principio hasta el final del proceso, en Alemania, por ejemplo, solo cuando la defensa es necesaria, en Estados Unidos solo cuando es constitucionalmente relevante), el que conlleva más garantías (obsérvense con detenimiento los arts. 118, 118 bis y 520 de nuestra LECRIM), y el que con más cuidado observan nuestros tribunales a la vista de la jurisprudencia constitucional. ¿Para qué otra reforma?

Parece ser que el motivo verdadero es la defectuosa configuración de la defensa de oficio y las dificultades para percibir los honorarios, escasos

ciertamente, de los letrados y letradas que forman parte del turno de oficio. ¿No se puede resolver ese problema de otra manera, por ejemplo, reformando la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, sin perjuicio de las normas pertinentes de los estatutos generales de la Abogacía y Procuraduría? ¿No está suficientemente garantizado el ejercicio del derecho de defensa de los investigados y acusados? ¿No es acorde, como está regulado ahora, con las demás normas constitucionales, sobre todo con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1?

El problema más importante va a ser regular las relaciones entre la defensa y la Fiscalía, si ésta finalmente instruye el proceso. Presentación de solicitudes probatorias y ofrecimiento de pruebas, ejercicio de una contradicción real, posición de igualdad procesal verdadera, recursos frente a actuaciones y denegaciones del Ministerio Público, etc., esos van a ser los verdaderos problemas. ¿Hace falta una ley especial para ello, no es capaz la nueva LECRIM de regular acertadamente esta cuestión? En mi opinión no es necesaria una nueva reforma de este derecho, y menos adaptar ninguna directiva europea al ser nuestras normas, hoy por hoy, de mejor calidad.

b) La segunda afecta a la defensa de oficio: El sistema anglosajón, en general, presenta una gran diferencia aquí, pues ha creado un cuerpo público de letrados para hacerse cargo de los investigados y acusados que carezcan de recursos económicos para poder proporcionarse un abogado de confianza, la defensoría pública. ¿Podría trasladarse esta idea a España? Es probable que los colegios de abogados sean contrarios a su instauración, pero, ¿no valdría la pena estudiar su implementación? Liberaría a los abogados de una pesada carga y, dado que lo que paga el Estado es muy poco en concepto de honorarios, no se notaría tanto en la economía privada de los interesados.

La supresión, de una vez, de todos los aforamientos, con propuesta de reforma constitucional.

El aforamiento existe en Colombia, en España también. Refiriéndome exclusivamente a mi país, entiendo que es un atentado directo a la política

criminal y a la dogmática procesal penal porque significa la vulneración más clara del principio de igualdad procesal (art. 14 CE) que nuestro ordenamiento todavía permite. Y la igualdad, como la justicia, es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) (v. por todos Gómez & Esparza, 2009, *passim*).

Para entender qué son los aforamientos es necesario remontarse al derecho constitucional con el fin de averiguar qué se tutela exactamente en el proceso a través de esa institución. En la búsqueda de los conceptos adecuados, observamos ante todo que el derecho sustantivo regula la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias como punto de referencia necesario, aunque no único, del aforamiento. De ahí debemos, pues, partir, de la institución que –con mayor precisión lingüística– se conoce genéricamente como inmunidad parlamentaria. La inmunidad en sentido genérico comprende tanto la inviolabilidad como la inmunidad parlamentaria, dos institutos que, en principio, tienen la misma naturaleza. En este sentido, la inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias son privilegios de determinadas instituciones públicas y de determinados altos cargos, autoridades y funcionarios públicos, electos o no, por tanto, de carácter objetivo y subjetivo, que impiden el desarrollo normal del proceso penal en determinados casos.

Pero el origen de la institución tal y como hoy se entiende, al menos en sus aspectos esenciales, está en el Estado liberal, en la Revolución Francesa. La evolución histórica refleja una profunda remodelación conceptual que sufre el Parlamento con la aprobación de las constituciones europeas, sobre todo a partir del siglo XIX, pero con confirmación en el XX, en virtud de las cuales se entiende que los privilegios parlamentarios afectan tanto objetivamente al Parlamento como institución, como subjetivamente a quienes forman parte del mismo, es decir, en nuestro caso a los diputados y senadores de las Cortes (Congreso y Senado).

Este cambio explicaría una doble protección de la inmunidad en sentido muy amplio:

a) De la autonomía institucional del Parlamento: La inmunidad protege en primer lugar al Parlamento frente a los otros poderes del Estado (rey, gobierno, administración, jueces, judicatura), de manera que éste pueda cumplir con sus funciones, siendo la principal la elaboración y aprobación de las leyes, sin influencia ni injerencia externa alguna, de forma totalmente libre. Como tal es una institución jurídica de protección, un privilegio constitucional objetivo (inviolabilidad).

b) De la labor constitucional del parlamentario: La inmunidad protege en segundo lugar también a quien ha sido elegido para que pueda desarrollar su trabajo en forma totalmente independiente, de manera que no pueda ser perseguido ni por el poder ejecutivo ni por el poder judicial por las opiniones que dé o los votos que emita en el ejercicio del cargo. Como tal es un derecho público del que es titular el parlamentario electo, un privilegio constitucional subjetivo (inmunidad en sentido estricto).

La primera de esas funciones modernas antedichas, la que se atribuye al Parlamento como institución, recibe en el Derecho Constitucional español el nombre de inviolabilidad; mientras que la segunda, la que se refiere a los parlamentarios, es propiamente la inmunidad. La protección más consistente la proporciona en primer lugar nuestra Constitución, pero no es la única norma, pues numerosas leyes toman como modelo las disposiciones constitucionales para establecer variadas protecciones. El aforamiento es en principio consecuencia de la inmunidad constitucional, porque es predicable de todas las personas inmunes. Significa una alteración competencial, en concreto de las reglas de la competencia objetiva, funcional y territorial, en virtud de la cual un tribunal fijado legalmente y solo él es competente para enjuiciar a personas que gozan de inmunidad, aunque en realidad para los diputados y senadores entra en juego precisamente cuando se levanta la misma por la cámara correspondiente.

El aforamiento se configura además legalmente como derecho del imputado, manifestación del principio del juez legal del art. 24.2 CE, a ser sometido exactamente ante ese juzgado o tribunal y a ser enjuiciado solo

por él, que es el contenido esencial de este concepto. Se dice en cuanto a su fundamento que las elevadas funciones políticas que cumplen los altos cargos y funcionarios públicos aforados no pueden quedar a merced del capricho o irresponsabilidad de los ciudadanos, sobre todo de sus «venganzas políticas», por lo que es necesaria una protección especial de su función, máxime si se tiene en cuenta la amplitud del art. 24.1 CE que hace posible la judicialización de cualquier conflicto prácticamente sin excepción.

Los aforamientos previstos en la legislación permiten la siguiente clasificación: Políticos, profesionales e instrumentales. En España destacan, en especial, los políticos por ser los de mayor trascendencia pública; el Tribunal Constitucional ha construido su doctrina al respecto teniendo en cuenta, sobre todo, la inmunidad parlamentaria estatal.

a) Aforamientos políticos: Los beneficiarios son los siguientes: La Familia Real, el Gobierno y su Presidente, los Diputados y Senadores del Estado, los Diputados Autonómicos, y los Diputados españoles en la Unión Europea. Al respecto, propongo que la nueva LECRIM contemple la supresión tanto de los aforamientos del Presidente y de los miembros de su Gobierno, como de los Diputados y Senadores españoles en los términos previstos por el Informe del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 2018 (Consejo de Estado, 2018), lo que implica ciertamente la reforma constitucional de los arts. 71.3 y 102.1 de la Constitución. Respecto a la decisión política de no suprimir el aforamiento tanto para los miembros del Gobierno, incluido su Presidente, como para los diputados y senadores, cuando se trate de delitos cometidos con ocasión del ejercicio de las funciones propias del cargo, creo que la frase «ejercicio de las funciones propias del cargo» no siempre es nítida y que requerirá de jurisprudencia casuística cuando no estemos ante uno de los delitos comprendidos en ella o existan dudas sobre ello y, por tanto, no proceda el aforamiento. No es posible suprimir los aforamientos de los parlamentarios europeos al no ser competente España para la promulgación de legislación al respecto.

b) Aforamientos profesionales: Los beneficiarios son los siguientes: Los Presidentes del Congreso y del Senado, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Magistrados del Tribunal Supremo, Magistrados, Jueces, el Fiscal General del Estado y miembros del Ministerio Fiscal, el Presidente y Magistrados del Tribunal Constitucional, los defensores del Pueblo y sus adjuntos, el Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas, el Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, los Diputados autonómicos y autoridades determinadas en los Estatutos de Autonomía, los Magistrados, jueces y fiscales militares, y la Policía.

Todos estos aforamientos deben ser suprimidos, reformando la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Ley del Tribunal de Cuentas, la Ley del Consejo de Estado, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las leyes que afectan a los defensores del pueblo estatal y autonómicos. La reforma, sin embargo, no puede consistir en una simple derogación de los aforamientos, porque la absoluta desprotección de los miembros del Poder Judicial, de los Magistrados del Tribunal Constitucional y de los altos funcionarios y cargos públicos aquí citados no es aconsejable, al menos en una primera fase de cambio verdadero hacia un pleno espeto del principio de igualdad.

Por ello propongo que la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, al mismo tiempo que suprime el aforamiento, determine:

1.º) Establecer que la persecución de esos aforados sea posible únicamente mediante la interposición de una querrela formal (no de una denuncia equivalente a querrela, ni tampoco de ratificación de denuncia *apud acta*), del Ministerio Fiscal o del ofendido por el delito, en este caso firmada por letrado y procurador, presentada ante el Juez Instructor ordinario competente territorialmente, siempre que se trate de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones propias del cargo (para los demás delitos no existiría ninguna protección específica).

2.º) Establecer a continuación como protección específica de todas esas autoridades determinados requisitos especiales. Ciertamente, el Juez Instructor debe decidir en primer lugar conforme a los criterios generales de admisibilidad de las querellas, pero además debe observar si se cumplen determinados requisitos específicos para evitar la proliferación de querellas infundadas contra estas altas autoridades. El texto propone: No permitir la querella contra persona todavía desconocida o innominada; acreditar *prima facie* mediante principio de prueba, la comisión de un delito por el imputado o imputados, cometido en el ejercicio de las funciones propias del cargo; que el instructor pueda informarse correctamente antes de admitir la querellas para analizar si los hechos que el querellante considera delictivos tienen relevancia penal y la imputación resulta verosímil; y prohibir el ejercicio inmediato de la acción popular (con fianza si se admite a trámite la querella).

3.º) Establecer, finalmente, un recurso de apelación para que el tribunal competente decida definitivamente si la querella es admisible o no.

c) Aforamientos instrumentales, la Policía: Es el más numeroso. Propongo que los delitos cometidos por la Policía en el ejercicio de su función únicamente puedan ser perseguidos mediante querella, en los mismos términos que la persecución de las altas autoridades y cargos públicos antes citados, con recurso de apelación.

La supresión de los aforamientos es posible legalmente, es real para la sociedad, es beneficiosa para la justicia, y es necesaria para restablecer el principio constitucional de igualdad. Con ello, de más de 250.000 aforados en España, pasaríamos a cerca de 600 si se protege el ejercicio de las funciones, y a menos de 30 si el delito no cabe en este concepto.

El último gran peligro: Juez Robot, inteligencia artificial e independencia judicial.

Para finalizar con los aspectos orgánicos me preocupa un tema muy actual, cada vez con mayor proyección, que puede trastocar cualquier planificación

de Política Criminal y de Dogmática procesal penal que se precie de correcta. Me refiero a la inteligencia artificial, pero no a la misma considerada globalmente, no estoy en contra del progreso, sino a una de sus consecuencias que puede afectar gravemente a la clave de bóveda de todo el sistema judicial, su independencia.

Sin jueces verdaderamente independientes no hay democracia. Permítanme partir de una afirmación que no por obvia debe dejarse a un lado: La independencia judicial es claramente un principio político constitucionalizado, de naturaleza jurisdiccional orgánica, en una democracia, sin duda alguna. Es un pilar básico para que el proceso sea justo, se celebre en donde se celebre y se desarrolle, en cualquiera de sus fases, en donde se desarrolle. El único presupuesto para que su aplicación sea plenamente eficaz es que el Estado sea una democracia; da igual si es un Estado federal, que centralista, regionalista o autonomista. Sin el Estado de Derecho, la independencia judicial es una verdadera quimera. No debe olvidarse que en origen la independencia judicial fue uno de los muchos postulados antimonárquicos y revolucionarios de principios del siglo XIX (Simon, 1985, pp. 9-11).

La Constitución española, y dejamos conscientemente fuera la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y las leyes procesales particulares, proclama el principio de la independencia judicial en varios preceptos (artículos 117.1, 117.2, 124.1 y 127.2, entre otros), configurándola como uno de los pilares básicos de la nueva democracia española surgida después de 1978. Por tanto, la cuestión esencial es que sin independencia judicial, ni puede existir un proceso debido, un proceso justo, o un proceso con todas las garantías, ni puede existir un verdadero poder judicial, ni en definitiva puede desarrollarse la propia democracia. La independencia judicial es un principio político predicable del conjunto orgánico jurisdiccional, no solo de un juez individual o de un grupo de tribunales, porque aun relativo únicamente a los jueces y magistrados, su concurrencia afecta a todos los actos procesales que se celebren desde el principio hasta el final del proceso, actos cuyos destinatarios principales son las partes del proceso.

Estas ideas forman parte esencial de la cultura jurídica actual del mundo más avanzado política, legal, social y económicamente a fecha de hoy. Tanto el sistema continental (países de *Civil Law*), como el anglosajón (países de *Common Law*), hacen de la independencia judicial uno de los pilares básicos del sistema de Justicia aunque, curiosamente, en el *Common Law* no tenga reconocimiento constitucional como principio (Taruffo, 2009, p. 99). Todo lo afirmado podría defenderse en España jurídicamente. No sé por cuánto tiempo, pero hoy es defendible. El problema no viene sin embargo por cuestiones nacionales concretas como, por ejemplo, los ataques que ha sufrido en España ese principio por el gobierno y parlamento de alguna comunidad autónoma. El problema es mucho más general, no solo conceptualmente, también territorialmente, y peligroso. Viene por la creación del Juez Robot, es decir, por la utilización de la inteligencia artificial para suplantar al ser humano en la función de juzgar.

Así es. Cada vez con mayor amplitud se empieza a hablar en ámbitos jurídicos de la conveniencia de que, en los casos menos complejos jurídicamente, y sobre todo en reclamaciones de poca cuantía o casos penales de gravedad mínima, según estemos ante un incumplimiento civil o ante un hecho delictivo, la resolución del conflicto se deje en manos de una máquina, a la que ya se le ha puesto un nombre: Juez-Robot. A estos pensamientos se llega por el desarrollo que en estos momentos tiene una manera de trabajar que, yendo más allá del ser humano, confía su trabajo, su forma de analizar los problemas, e incluso las mismas soluciones a esos problemas, a «máquinas inteligentes», denominadas así porque realizan funciones lógicas de manera mucho más rápida y segura que la mente humana, a la que imitan. Esas máquinas, gobernadas por programas informáticos de un nivel cada vez más elevado, forman parte de una estructura moderna que representa una nueva organización del tratamiento de la información: La Inteligencia Artificial (IA).

La aplicación de la IA afecta desde hace tiempo a toda la actividad humana, por tanto, era evidente que pronto se iba a abrir camino en el mundo del Derecho, porque inmediatamente se comprendió que dominar

la información jurídica (legislación, jurisprudencia y doctrina científica) era clave para controlar la situación, es decir, para poder ganar el caso o para poder resolverlo mejor, según la perspectiva del agente. Ahora se intenta, dando un salto cualitativo muy significado, que la máquina emule el razonamiento jurídico en la toma de decisiones jurídicas sobre todo administrativas y procesales. Si nos fijamos en la aplicación de la IA en el derecho procesal, podemos hablar, tanto en el proceso penal como en el proceso civil, de varios campos de actuación. Ahora nos interesan los propios del proceso penal, que serían los siguientes: 1.º investigación tecnológica del crimen; 2.º fijación del perfil del sospechoso/investigado/acusado; 3.º apoyo en instituciones de justicia negociada; 4.º apoyo en constatación de presupuestos en medidas cautelares; 5.º medios tecnológicos de prueba; 6.º criterios de valoración de la prueba; y, 7.º evitación de reincidencias en ejecución de condena, etc.

Pero además la IA se utiliza ya en la motivación de resoluciones (autos y sentencias). Éste es el punto clave. El problema se plantea al pretenderse mediante la IA introducir la «figura» del Juez-Robot, es decir, la construcción de una máquina inteligente que dicte sentencia con base en los algoritmos introducidos en ella y en los hechos y datos del caso real producido. La máquina no puede razonar, no puede argumentar, no puede explicar por qué decide absolver o condenar, simplemente absuelve o condena, una única palabra sale de su boca digital. Evidentemente, una decisión de un Juez-Robot no es ni puede ser una decisión motivada. Toda la doctrina está de acuerdo en afirmar que nunca llegaremos a tanto en el proceso penal (tampoco en el civil, en realidad), al menos, nunca podrá una máquina sustituir a una persona-juez cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a la libertad de una persona, la sentencia por ejemplo, pero dada la inestimable ayuda que supone la IA, cada vez nos estamos acercando más a la realidad de esa posibilidad, cada vez parece más factible la creación del Juez-Robot.

Mi opinión es contraria por inviable, hoy y quizás siempre. El Juez-Robot carece de la necesaria sensibilidad jurídica (lo que los expertos denominan psicológicamente «emoción del juez») para poder argumentar jurídicamente y motivar su resolución. Aunque se equivoque, ello es esencial para la justicia

de la decisión, porque el Derecho no es un sistema frío y aséptico que huya de las fortalezas y debilidades humanas, sino todo lo contrario, se nutre de ellas y gracias a ellas sobrevive, evoluciona y progresa. Pero todo esto debe ser analizado científicamente y no únicamente en forma intuitiva, de ahí su relevancia. El Juez-Robot conlleva problemas constitucionales específicos del proceso penal, tres muy relevantes. El primero afecta al derecho de defensa, el segundo a la presunción de inocencia, y el tercero al derecho al juez imparcial, que no es sino decir que afecta a la independencia judicial.

Sin entrar ahora en detalles, inmediatamente se plantean dos preguntas que la política criminal y la dogmática procesal penal van a tener que contestar adecuadamente: a) si decide el caso o el litigio un juez-robot, ¿se produce una sumisión a algo distinto a la ley democráticamente aprobada, se produce por tanto un ataque a la independencia judicial? b) si decide el caso o el litigio un Juez-Robot, ¿qué causas de abstención o de recusación podrían alegarse, qué datos permitirían deducir que el Juez-Robot no ha sido ajeno al litigio o a la causa, se habría producido por tanto un ataque a la imparcialidad judicial?

¿Hasta dónde debe llegar la nueva LECRIM en esta materia? Difícil pregunta, pero hay que fijar unos límites, obviando desde luego por la argumentación expuesta la posibilidad de articular un Juez-Robot.

Las necesarias reformas de importantes instituciones procesales penales

Al lado de esas reformas orgánicas que acabo de proponer por creerlas necesarias, deberían producirse otros cambios en la legislación procesal penal de gran calado, con el fin de afrontar con seguridad los complejos retos que presenta la criminalidad actual. A continuación, expongo los que creo que deberían contemplarse en una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Un entendimiento correcto del principio acusatorio.

Nuestro proceso penal sufre desde hace décadas de un mal entendimiento del principio acusatorio que la nueva LECRIM debe corregir. En el proceso penal sigue siendo un fin primordial averiguar la verdad, por ello el tribunal debe tener facultades de averiguación de los hechos de oficio, incluso en la fase acusatoria del juicio oral. Ello en absoluto es inquisitivo. Debe poder ordenar la práctica de pruebas de oficio y debe poder condenar por el delito que considere que se ha cometido, imponiendo la pena que considere apropiada, opine la acusación lo que opine. Su único límite son los hechos y, por tanto, solo puede partir de los que resulten probados (lo contrario sí sería inquisitivo) (especialmente sobre la tesis de desvinculación, v. Gómez, en Montero *et al.*, 2019, pp. 376 y ss.).

Ni en Estados Unidos, ni en Alemania, se ha interpretado el sistema adversarial o el principio acusatorio así. En USA el jurado es libre de declarar la culpabilidad o no del acusado, pero solo teniendo en cuenta los hechos que ante él se han probado por las partes. Declarada la culpabilidad, el juez fija, con jurado o sin él y después de oír a las partes, la pena que considere apropiada. En Alemania el tribunal puede ordenar investigar los hechos mediante nuevas pruebas y es siempre libre de imponer la pena que quiera. Todo viene de no saber muy bien qué es el principio acusatorio. Llevamos ya muchos años oyendo hablar de él, del principio acusatorio, sin apellidos, es decir, del acusatorio puro, como eje de la definitiva reforma del proceso penal, la que creemos, un poco ingenuamente pensamos nosotros porque no va a depender solo de eso, ni muchísimo menos, que nos pondrá para siempre a la cabeza de aquellos países que tienen en sus leyes procesales penales una prueba y manifestación de verdadera democracia, de verdadera libertad. Pero en realidad, siendo sinceros, no sabemos muy bien qué es eso del principio acusatorio o, al menos, no tenemos muy claro de qué estamos hablando exactamente.

Esto no lo decimos nosotros, lo dicen reputados autores de valía intelectual incuestionable. En España, por ejemplo, lo ha afirmado con rotundidad el

profesor Juan Montero Aroca en varios escritos sobre la materia (Montero, 1992, pp. 775 y ss.; Montero, 1994, pp. 973 y ss.; Montero 1997, pp. 187 y ss.; Montero, Gómez, Montón & Barona, 1999a, pp. 351 y ss.; Montero, Gómez, Montón & Barona, 1999b, pp. 11 y ss.; Montero, Flors & López, 1997, pp. 14 y ss.; Montero, 2000, pp. 99 y ss.; Montero, 2006, pp. 517 y ss.; y, finalmente, Montero, 2008a, pp. 17 y ss.). En esencia, sostiene este autor que el principio acusatorio es un concepto poco claro, resultado de la confusión histórica que se produce al calificar como «acusatorio» a todo un sistema de aplicar el Derecho Penal enfrentado a otro sistema que sería el inquisitivo. Lo que no puede es hablarse de proceso acusatorio como una clase de proceso, y de proceso inquisitivo como otra clase, pues ello implica desconocer lo que es el proceso en sentido estricto. Decidido que el derecho penal se aplica por medio del proceso, es obvio que éste solo puede ser acusatorio, pues el llamado proceso inquisitivo no es realmente un verdadero proceso, sino un mero procedimiento administrativo, carente de las garantías propias del proceso, por lo menos conforme se configura esencialmente en las constituciones. Ninguna constitución de un país libre admitiría como constitucional un «proceso» en el que el juez fuera, al mismo tiempo, el acusador.

Montero llega por tanto a la conclusión, a nuestro juicio premonitoria, después de una perceptible evolución, de que referirse al principio acusatorio sería hablar de nada, porque no tiene sentido si usamos con propiedad las palabras y somos rigurosos en explicar su contenido. Si usando la expresión «principio acusatorio» se quiere determinar un rasgo esencial del proceso, ese rasgo (y principio) es inútil, pues el proceso solo puede ser acusatorio. Sin embargo, y el propio autor creo que es consciente de ello al referirse al significado «actual» del principio, sostener esta opinión equivaldría a pretender, si no a acabar con él, al menos a orillar de manera ostensible uno de los principios procesales penales que están más arraigados en la doctrina que pretende explicar el sistema de enjuiciamiento criminal europeo continental, y por tanto también el español.

De ahí que finalmente opte, dado el estado legal, jurisprudencial y doctrinal en que se encuentra hoy en día la cuestión, por admitir la

expresión «principio acusatorio», pero entendida en un sentido muy estricto: Principio acusatorio sería aquél que en el proceso penal está encargado de garantizar la imparcialidad del juzgador, y, para dotarlo de un contenido muy riguroso en esa línea, propone que en su virtud se entiendan bajo esta denominación solo estos tres significados: a) Que no pueda existir proceso sin acusación, a formular por persona distinta a quien va a juzgar (que recoge la máxima «el que juzga no puede acusar») (que el autor ha desarrollado en Montero, 1999, pp. 1801 y ss.); b) que no quepa condena por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni contra persona distinta de la acusada (que es un tema de fijación del objeto del proceso penal); y c) que el juez no pueda tener facultades de dirección material del proceso, por tanto, que ni pueda aportar hechos ni prueba de oficio sobre los mismos (es decir, que el juzgador debe ser tercero en el proceso) (este punto ha sido tratado con detalle por el autor, en Montero, 2006, pp. 659 y ss.). Contenido que el propio autor matiza algunas veces en su momento oportuno, en lo que ahora no entro.

Con ello, esta reflexión habría logrado transmitir que la doctrina jurisprudencial española es errónea y que, si admitiéramos el concepto de principio acusatorio, éste solo tendría sentido si se interpretase lo más restrictivamente posible, probablemente como paso previo a su desaparición, al quedar englobado en un concepto más amplio y general, que no sería otro que el principio del «proceso debido» o, más acorde con la formulación del art. 24.2 de nuestra Constitución, el principio del derecho al proceso con todas las garantías. Ello implica que, para dar al principio acusatorio el justo valor que merece, es decir, en la necesidad de que los hechos acusados no puedan ser modificados ni alterados por el tribunal, cuando al redactar la nueva LECRIM se piense en un nuevo art. 729-2.º hay que reinterpretarlo de nuevo abandonado la actual limitación a la necesidad de autorización del fiscal, y que el sentido de un futuro precepto equivalente al actual art. 733 ha de considerarse solo como lo que es, una concesión al principio de contradicción basada en el fin de hallar la verdad material.

La dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal.

Ya hemos explicado antes que el nuevo sistema sin duda alguna cambiará la dirección de la investigación en favor del Ministerio Fiscal. ¿Qué repercusiones procesales penales tendrá esta importantísima decisión? Muchas y de gran calado. Se va a tener que regular muy bien aquellos aspectos en los que su parcialidad natural podría oscurecer su obligación de una instrucción objetiva y no arbitraria, puesto que al ser el mismo fiscal quien acusase más tarde, la tendencia psicológica a preocuparse solo del ejercicio de su función persecuidora podría ser irrefrenable. Por ello, entre otros temas, debe regularse especialmente su participación en los actos garantizados, especialmente en las autorizaciones a solicitar al Juez de Garantías.

Pero la cuestión más peliaguda es regular la recurribilidad de los actos de investigación y otros que afecten al investigado, que ordene. Si se concede una recurribilidad general, al final instruirá un juez, el Juez de Garantías, y con ello la reforma no habrá servido para nada. Si no se permite recurrir ninguna resolución del fiscal, derechos constitucionales tan importantes como el derecho de defensa, pueden correr serio peligro. Por ejemplo, cuando la defensa solicite la práctica de un acto de investigación a la Fiscalía y ésta se oponga. Un tema complejo.

Las consecuencias del escabinado.

Hemos propuesto entre las reformas orgánicas el cambio del jurado al escabinato. Las consecuencias procesales son trascendentales, porque implica articular un proceso penal, que sería el ordinario, pensando en este tribunal, lo que implicaría la derogación del proceso penal previsto por la Ley del Jurado, sin perjuicio de poder aprovechar las instituciones que han funcionado mejor. La nueva regulación debería prever con exactitud las consecuencias de la participación más amplia posible en un juicio oral de un ciudadano lego.

El control del intervencionismo público.

Un atento observador de la realidad percibe con claridad desde hace un tiempo que se está produciendo un notabilísimo aumento del intervencionismo público en el proceso penal (he trabajado este tema, desde diferentes perspectivas, en Gómez, 2019, pp. 265 y ss.; *idem*, 2020a, en prensa; y, últimamente, *idem*, 2020b), en concreto en la investigación del crimen que está dotando a esta fase de una nueva configuración (Roxin, 2015, pp. 374 y ss.). Una ley de 2015 ha introducido varias medidas de estas características en el proceso penal español [nuevos arts. 588 bis a), a 588 octies LECRIM] (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica).

Es evidente que el Estado debe poder articular una respuesta convincente frente a los crímenes más graves. También es verdad que se han tomado ya hace tiempo medidas directas y contundentes, como un mayor control financiero de operaciones económicas ilegales intentando cerrar el grifo de la financiación de los grupos criminales organizados, sabedores los Estados que sin dinero difícilmente pueden subsistir (Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la *Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave* (BOE de 22 de febrero de 2019)), lo que afecta muy especialmente al decomiso (Vidales & Planchadell, 2018, pp. 116 y ss.). También ha ayudado la eliminación del secreto bancario (Informe de 24 de marzo de 2000 del Comité de asuntos fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2000), de acuerdo con la Resolución de Consejo C (97) 64/FINAL, para *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*) y la presión internacional contra paraísos fiscales (el *Anteproyecto de Ley contra el fraude fiscal para combatir nuevas formas de evasión*, de 2018, prevé la actualización y ampliación del concepto de paraíso fiscal, con base en los principios de equidad fiscal y transparencia). El reconocimiento del deber de *compliance* en el caso de personas jurídicas, para evitar su responsabilidad penal, contribuye igualmente a un mayor control

de sus actividades ilícitas (me remito al *Tratado* que he coordinado: Gómez, 2019, pp. 77 y ss.). Pero, con toda su importancia, no ha sido suficiente para menguar o incluso detener la criminalidad organizada.

Por ello, se observa que la evolución en esta materia nos ha llevado a un proceso penal casi desconocido, en el que:

a) de ser sujeto pasivo de la investigación únicamente el sospechoso, investigado o encausado, se pasa a poderse investigar hoy en la fase sumarial o de diligencias previas a terceros (Marchena, 2015, pp. 227 a 231), es decir, a personas que no son sospechosas, o que no están ni siquiera relacionadas con los hechos [art. 588 ter c) LECRIM].

b) De estar excluida la opacidad y oscurantismo en la investigación del crimen porque daba lugar a pruebas no contrastadas (que de ser admitidas serían prueba prohibida sin duda alguna), se pasa ahora a permitir que las investigaciones de información e inteligencia realizadas, generalmente de oficio, por los servicios secretos estatales, de naturaleza pública (Centro Nacional de Inteligencia –CNI– en España, fundamentalmente), aprovechándose de la nueva regulación, se puedan admitir como prueba pericial (llamada de inteligencia) sin comprobar con exactitud procesal su fiabilidad, simplemente por haber sido obtenidas por el servicio de inteligencia [por ejemplo, grabaciones de voz, imagen o ambas de sospechosos o terceros al amparo del art. 588 quinquies, a) LECRIM].

El Centro Nacional de Inteligencia español se rige por la Ley 11/2002 y la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo. Su función principal es facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones. Su actividad está sometida a control judicial previo cuando deban adoptarse medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias

para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro. Pero nada más se dice.

c) De considerarse la intimidad de las personas un bien sagrado e intangible, constitucionalmente protegido al máximo nivel, se permite hoy que la investigación policial puede valerse de medios técnicos electrónicos e informáticos para espiar nuestras comunicaciones y relaciones [art. 588 septies a) LECRIM], en realidad toda nuestra vida (véase la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos).

d) Finalmente, de considerarse que determinadas vigilancias policiales [las amparadas en los arts. 588 quinquies a) a 588 quinquies c) LECRIM], únicamente eran posibles en casos muy graves y justificados, y siempre previa autorización judicial, se ha pasado a entender hoy que algunos de los nuevos medios de vigilancia, que por su alta tecnología y fiabilidad técnica pueden acceder a contenidos que van mucho más allá de una investigación concreta, no afectan al domicilio de las personas ni tampoco a su vida privada, con alguna excepción o matiz, si se instalan fuera de él y dan lugar a descubrimientos casuales, que hoy se admiten como prueba legítima sin discusión alguna por nuestra jurisprudencia, dado que no forman parte de los frutos del árbol envenenado por la falta de conexión antijurídica con la prueba que realmente se estaba buscando [art. 588 bis i) LECRIM] (sobre las excepciones en materia de prueba prohibida, v. Gómez, en Gómez & Planchadell Gargallo, 2017, t. II, pp. 377 y ss., esp. pp. 390 a 393). Sobre ese asunto, *vide* la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; y la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 4/2019, de 6 de marzo, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

El problema será, por tanto, en la nueva LECRIM, si mantiene este nivel de intervencionismo público, lo aumenta o lo limita. El nivel democrático alcanzado por España en los últimos años no puede permitir un agujero tan

grande que permita la regularización de un Estado policial, por lo que deben establecerse adecuadas medidas de control, contemplando sobre todo con lupa aquellos casos en los que, por razones de urgencia, se puede actuar por las autoridades públicas de persecución sin la necesaria autorización judicial previa.

Una mejor protección de la mujer.

Aunque España ha incorporado en 2015 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, consagrando el llamado Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito (Ley 4/2015, de 27 de abril, cit. al principio de este texto) (he comentado ampliamente esta Ley en Gómez, 2015a, *passim*.), por lo que respecta a la mujer su situación como víctima todavía es manifiestamente mejorable. Si bien pienso en varios aspectos, el más preocupante afecta a las víctimas de la violencia de género que, legalmente, se acogen a la dispensa para declarar como testigo del art. 416 LECRIM, en previsión de más graves abusos físicos y psíquicos por sus parejas si lo hacen. Parece razonable en los tiempos que corren eliminar esa dispensa y, para el caso de que puedan ocurrir incidencias graves que impidan una declaración en el juicio oral, o una inesperada retractación, permitir que el tribunal pueda valorar la declaración ante la Policía o el Fiscal, para lo que deberá grabarse con todas las garantías y alcanzar el carácter de prueba preconstituida.

Otro tema no menos relevante es definir de una vez por todas los indicios que permitan deducir que su declaración es veraz. El TS va avanzando en esta materia, pero deberá ser la futura LECRIM la que fije legalmente los criterios aceptables cuando la víctima mujer es la única testigo de los hechos criminales que ha sufrido o sufre. La definitiva confiabilidad en el testimonio debe dejarse siempre en manos del tribunal sentenciador, que la valorará libremente. Pensar también en mejoras de la tutela penal frente

a delincuencia cibernética contra la mujer, de la orden de protección, o en permitir indubitadamente que la víctima que ha denunciado penalmente un delito de acoso sexual o laboral, u otro delito de naturaleza sexual por parte de un funcionario, especialmente si es su superior jerárquico, en caso de sobreseimiento o absolucón, pueda ser parte en el procedimiento administrativo sancionador sería igualmente saludable. Habría que reformar también obviamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (v. Gómez, 2017, pp. 273 y ss.).

El principio de oportunidad: Persecución, transacción y reparación.

Un punto muy débil del sistema por razones de Política Criminal y de Dogmática jurídico-procesal penal es el de las alternativas a la persecución y las negociaciones sobre la pena. En resumen, el proceso penal tipo no puede ser el no-proceso, el proceso penal debe tener lugar, lo exige la sociedad. Pero la realidad, el pragmatismo, se impone y el nuevo proceso penal español debe regular todos los aspectos del principio de oportunidad, principalmente bajo la consideración de ser admisible la excepción de la negociación solo si la víctima lo desea y aprueba, y fijando los límites del no-proceso. Por ello, además de regular mejor los casos que conformen alternativas a la persecución penal, con sujeción al principio de legalidad y a autorización del Juez de Garantías, al menos en su mayor parte así como la llamada justicia restaurativa, permitiendo solo el acuerdo para obtener una rebaja de pena cuando la víctima haya sido real y totalmente reparada, se deberá entrar de una vez en una regulación moderna de nuestra conformidad, adaptándola a los criterios actuales de la llamada Justicia negociada.

En definitiva, las alternativas a la persecución penal implican que el proceso no se inicia formalmente porque se dan determinadas circunstancias, que deben tasarse legalmente, que lo hacen estéril o desproporcionado. El ejemplo comparado que más nos afecta es el alemán, pues los §§ 153, 153a a 153f y 154 de la StPO regulan con detalle las alternativas a la persecución

(una visión general muy amplia en Roxin & Schünemann, 2017, pp. 228 a 309; extensamente sobre cada uno de los supuestos legales, Meyer-Goßner & Schmitt, 2015, pp. 747 y ss.; también puede verse la traducción de estas normas, aunque han existido reformas, en Gómez, 1985, pp. 47 y 48, y 330-334).

Esto no es fácil, pues a través de ella se pretende en cualquier caso que el juicio no tenga lugar (parece haberse convertido, como hemos tenido ocasión de afirmar antes, en la finalidad principal del proceso penal actual), y esto no es admisible en una democracia cuyo derecho penal se rige por el principio de legalidad. Por ello la nueva LECRIM debería fijar con claridad meridiana qué delitos son negociables y qué delitos no, bien por el sistema de designación concreta, bien por la cantidad de pena fijada en abstracto por el Código Penal.

Es perfectamente comprensible que, estando la justicia colapsada y careciendo el Estado de recursos para más medios humanos y materiales, se busquen soluciones alternativas que atajen o minimicen esa crisis sin atentar contra el sistema destruyéndolo. Si los pocos jueces existentes, en esta línea, no pueden celebrar todos los juicios orales de todos los procesos incoados porque son muchos, mejor, se dice, prescindamos de la legalidad penal y resolvamos todo antes de llegar a juicio. Pero no es la solución correcta mientras el principio de legalidad penal se interprete como se debe interpretar.

Esta decisión implicaría eliminar casi todos los trámites del proceso en primera instancia, reducir al mínimo la participación de las partes, excluir absolutamente la participación de terceros, y suprimir la segunda instancia y la casación. Pero si nos fijamos bien, el cambio es mucho más profundo, porque en esos tres casos, alternativas a la persecución penal, negociaciones sobre la declaración de culpabilidad y Justicia transaccional, la copia del modelo anglosajón significa darle la vuelta a principios sólidos e inquebrantables de nuestro derecho penal sustantivo (el principio de legalidad), la pérdida de valores de los fines del proceso penal que no sean alcanzar una condena sin juicio siempre que se pueda, la renuncia a la aplicación de principios del

proceso que parecían logros democráticos de primera línea en favor de la protección de la dignidad del acusado (presunción de inocencia, derecho a la prueba, juicio oral y público), vuelta de la confesión como única prueba penal y además determinante, y, finalmente, la privatización sin máscaras de nuestra Justicia Penal.

La prueba, los indicios y la presunción de inocencia.

La regulación vigente de la prueba y especialmente lo que afecta a su valoración y al juego de la presunción de inocencia, merecen una atención destacada en la nueva LECRIM, en varios frentes. Yo me voy a fijar aquí en el más novedoso, no porque sea un tema nuevo, al revés, es tan viejo como el ser humano, sino porque nuestro Tribunal Supremo lo ha reactivado, recientemente, de una manera asombrosa.

La presunción de inocencia es una de las mayores conquistas de la Ilustración; sin ella viviríamos hoy sin duda bajo regímenes de terror y, probablemente, en un mundo en extinción. Consiste en considerar a todo ser humano inocente mientras no se pruebe lo contrario en un proceso penal sujeto a las leyes de la democracia. La evolución de la propia realidad práctica ha llevado a dotar a este principio de una enorme complejidad, con muchos detalles y matices, y a extenderlo a procesos fuera del orden jurisdiccional penal, en unas ocasiones por decisión propia (en el proceso administrativo sancionador y en algún ámbito muy estricto del proceso civil y del laboral), en otras por exigirlo la jurisprudencia europea.

Todos creen en el principio, el problema es vigilar su respeto en la práctica y cortar por lo sano cualquier ataque que se produzca contra él. Se ha convertido en un principio complejo, por un lado, por una cierta resistencia de la autoridad a reconocer semejante nivel máximo de protección; por otro, porque va más allá de su concepto original, reconociéndose no solo fuera de su propio ámbito natural de aplicación, a saber, la sentencia, sino también incluso fuera del propio proceso. En su esencia más pura, la presunción de

inocencia es una garantía constitucional del proceso penal, y también un derecho fundamental del acusado.

Que sea una garantía revierte positivamente en diversos ámbitos de protección:

1.º) Si no existe al menos una prueba de cargo, válidamente admitida y practicada en el proceso penal, considerada suficiente por el juez decisor en su motivada sentencia, no se enerva la presunción de inocencia y por tanto procede la absolución del acusado. Prueba de cargo es la practicada en el juicio oral, o en otro caso que tenga un valor idéntico (las diligencias de investigación en algunos supuestos o la prueba preconstituida).

2.º) Por ello, la falta absoluta de pruebas, o la nulidad de todas las ofrecidas, conlleva la aplicación de la presunción de inocencia.

3.º) Como garantía constitucional, protege la validez constitucional y legal de la prueba, el derecho al silencio del acusado y el derecho a la no autoincriminación del mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

4.º) No es una presunción y, por tanto, no opera como tal, sino una garantía constitucional y un derecho fundamental. La denominación presunción obedece a la comodidad de léxico del S. XVIII. Por ello la doctrina que entiende que debemos buscar y probar el hecho base o indicio es errónea, ya que ni existe, ni se debe probar nada.

Las ocasiones en las que nuestro Tribunal Constitucional ha tratado el principio de la presunción de inocencia son incontables. Sin embargo, quedan flecos todavía por resolver. Por ello creo que sus razonamientos deben llevarse a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se proyecta, porque, aun siendo el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.1 de la CE uno de los más alegados en las demandas de amparo constitucional, todavía surgen problemas inesperados. Uno de esos flecos es el indicio. El indicio está cambiando nuestro derecho probatorio. La jurisprudencia se ha dado cuenta de que la valoración de la prueba a la luz de la presunción de inocencia no puede sostenerse ante determinados crímenes y en determinadas circunstancias.

Esto está revolucionando el proceso penal y su alcance todavía solo se intuye (Gómez, 2021).

La explicación de este fenómeno, en el que está en juego la interpretación tradicional, y vigente hoy, del principio de la libre valoración de la prueba, y que está contribuyendo a crear una verdadera presunción de culpabilidad, merece una explicación. Salvo en casos poco frecuentes en la práctica, por ejemplo, de flagrante delito o de confesión voluntaria del mismo por su autor, la prueba de lo sucedido no suele ser al principio muy clara. Cierto que cuando hay un testigo presencial hay una base consistente para lo que en su día será una prueba sólida de cargo. Pero lo normal es que el delincuente prepare su delito en secreto y se asegure su impunidad ocultando su ejecución lo mejor posible. En estos casos no hay inicialmente pruebas. Y sin pruebas no vamos a poder lograr la condena del autor del delito. Como mucho hay pistas, circunstancias, sospechas, conjeturas, deducciones lógicas, apariencias, que nos van a permitir mediante actos de investigación adecuados, ejecutados por personas inteligentes, poder llegar un día a tener una prueba de cargo irrefutable. Hay solo indicios.

La jurisprudencia siempre ha admitido la validez del indicio en el proceso penal. Lo que se ha producido en España en los últimos años (desde 1985), es una enorme revalorización del mismo (SS TC 174 y 175/1985, de 17 de diciembre). La grave cuestión es si por no tener una prueba de cargo clara, directa, contundente y suficiente, el sistema permite decretar directamente la absolución del acusado, lo que socialmente podría ser muy difícil de admitir, o si, al contrario, la existencia de esas conjeturas puede, tras un elaborado análisis lógico, llevar a una prueba de cargo y por tanto condenar al acusado.

Para la jurisprudencia, los indicios, o prueba de indicios como gusta llamarlos, tienen una naturaleza y estructura similar a las presunciones. Esto significa para la Sala II (Penal) de nuestro Tribunal Supremo y, coherentemente, para los demás tribunales penales españoles, dos consecuencias: 1.^a) Los indicios tienen la estructura lógica de las presunciones, aunque para la jurisprudencia del TS es preferible no hablar en el proceso penal de prueba

de presunciones sino de «prueba de indicios» [STS Sala II núm. 532/2019, de 4 de noviembre (RJ 2019\4781 (Tol 7575400), FD 1.º). 2.ª]. La manera de estructurar lo que el TS denomina «la prueba de indicios» es la de presunción (sin referirse a ella explícitamente casi nunca, lo que resulta muy curioso, puesto que en realidad se está remitiendo a la estructura de las presunciones formulada desde el proceso civil).

La jurisprudencia, sin embargo, no elabora toda la construcción dogmática del indicio procesal penal, incardinado en una presunción (no admitida expresamente, sigo recordando, casi nunca), con carácter general, válido para todos los hechos que sean relevantes en la investigación del crimen, sino solo y exclusivamente para fundar la acusación. Dicho con otras palabras, el indicio admitido en el proceso penal es únicamente el de cargo. No es que no exista el indicio de descargo, sí que existe también. Es que no es relevante como tal y por eso la jurisprudencia no lo identifica ni trata con la misma intensidad y rigor que el indicio de cargo. Tiene su lógica, porque si el indicio, que siempre debe probarse, es de descargo, es suficiente para generar al menos la duda y por ello, bien por medio del derecho a la presunción de inocencia (al enervar la prueba de cargo), bien por la máxima *in dubio pro reo* (al generar dudas), la absolución está garantizada. El TS español habla en la jurisprudencia aquí citada de contraindicios.

El reconocimiento por la jurisprudencia de la existencia del indicio de cargo tiene un fin: Elaborar la presunción de culpabilidad. Por ello, a la vista de lo expuesto hasta aquí, es razonable pensar que en el proceso penal sí existen presunciones y que esas presunciones parten de indicios probados que únicamente pueden operar de cargo, es decir, para fundar la culpabilidad del perjudicado por ellas. No ignoro la polémica doctrinal sobre la pretendida falta de identidad entre los indicios penales y las presunciones civiles (v. el excelente resumen de Vegas, 1993, pp. 141 y ss.); creo sencillamente que, a la vista de la jurisprudencia hoy vigente y estudiada aquí, carece ya de sentido discutir sobre el tema. El indicio en el proceso penal integra indiscutiblemente la construcción de las presunciones en el mismo proceso penal. Si separamos de nuevo ambas y no admitimos la presunción en el

proceso penal por la desconfianza que la prueba de indicios nos provoca, la condena penal será imposible en la mayor parte de los casos y la impunidad de terribles criminales estará garantizada.

Debemos despejar antes el camino. En principio, las razones por las que no podrían existir en el proceso penal presunciones de culpabilidad, en el sentido técnico que estamos explicando aquí, serían dos:

a) Porque existe una institución, que ahora confunde, que lo impide, y es la propia presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH y art. 24.2 CE). La presunción de inocencia, recordemos, no es una verdadera presunción, porque no exige ningún indicio probado que nos lleve a la absolución a través de una máxima de la experiencia. Es mucho más sencillo, es un derecho fundamental y una garantía constitucional, que se limita a obligar al acusado a ser absuelto cuando no exista ninguna prueba de cargo en su contra. Solo puede entenderse desde el punto de vista de la dignidad del ser humano, lograda por la Revolución Francesa gracias a la Ilustración, que hoy impera y se reconoce en todas las democracias; no puedo entrar ahora en la extensa doctrina del TC y del TS sobre la presunción de inocencia, ni tampoco en la mucha bibliografía existente sobre el tema (solo a efectos de cita de partida véanse la mencionada *supra* S TC 34/1996; y Vegas, 1993, pp. 15 y ss.).

El problema se plantea entonces cuando la jurisprudencia admite que uno o varios indicios puedan destruirla, pero no porque sea una presunción, sino porque el indicio o la suma de indicios se hace equivalente a la prueba de cargo. Este es el verdadero problema y no la confusión entre presunción judicial y presunción de inocencia.

b) *In dubio pro reo* es la segunda razón. Tampoco estamos ante un indicio, ni ante una presunción a la que se llega por la aplicación de una máxima de la experiencia, ni siquiera es un principio procesal, por mucho que se quiera identificar como la otra cara de la moneda de la presunción de inocencia, sino tan solo estamos ante una sencilla regla probatoria (deben leerse con calma las sugerentes páginas que dedica a esta regla, Guerrero, 2009, pp. 211 a 238). La ley exige convicción absoluta (recordemos, en conciencia, con íntima

convicción, de acuerdo con la sana crítica, libremente, sin arbitrariedad ni fala de motivación, más allá de cualquier duda razonable) para condenar, por las mismas razones de protección de la dignidad del ser humano aludidas, lo que significa que cuando la convicción de inocencia sea absoluta debe absolver, pero también debe hacerlo cuando tenga una duda consistente, razonable, lógica, sobre la autoría de los hechos y la culpabilidad del acusado (véase la S TC 44/1989, de 20 de febrero).

Libre de obstáculos nuestro pensamiento, la deducción lógica de todo ello, a la vista de la jurisprudencia que admite los indicios de cargo, es decir, para condenar a un acusado, es que, se quiera o no se quiera, en realidad se elude, en el proceso penal la jurisprudencia ha consagrado la existencia y validez de la presunción de culpabilidad. En todos los ejemplos jurisprudenciales que podemos leer, los indicios han sido aplicados por el Tribunal Supremo para condenar, no para absolver. La existencia de la presunción de culpabilidad no solo implica la enervación de la presunción de inocencia, también repercute directamente en la valoración de la prueba penal, y, por tanto, en el principio de libre valoración, porque implica una relajación de la fortaleza que desde la Revolución Francesa se ha conseguido prohibiendo la sujeción del juez penal a un criterio legal probatorio, y solo a la razón, es decir, a su conciencia (art. 741, I LECRIM), a su íntima convicción (en definitiva, a su libre albedrío fundado y no arbitrario).

El problema es que se ha confundido la necesidad de valorar los indicios para considerarlos suficientes a fines de enervar la presunción de inocencia con el principio de libre valoración; tampoco es que el propio principio de la libre valoración sea ajeno a una gran controversia, incluso filosófica (Ferrajoli, 1995, pp. 129 y ss.; Ferrer, 2007, pp. 91 y ss.; González, 2003, II, pp. 39 y ss.; Vegas, 1993, pp. 157 y ss.; y Nieva, 2010, pp. 196 y ss.). La jurisprudencia no es ajena a esta confusión (S TSJ Madrid 13/2004, cit., FD-7). En mi opinión, la relajación del principio significa su flexibilidad, su interpretación menos rígida. Dicho con otras palabras, su aplicación para condenar basándose en la inexistencia de una prueba de cargo suficiente, sino

en una presunción de culpabilidad que, por ello mismo está fundada en uno o varios indicios de cargo.

Y dicho relajo se produce:

1.º) porque hasta ahora cuando el juez penal estaba íntimamente convencido de la existencia de una prueba de cargo, debía condenar, mientras que a partir de ahora el convencimiento libre no lo va a ser sobre una prueba de cargo, sino sobre un nivel probatorio inferior, el indicio de cargo;

2.º) porque su convencimiento no se funda en una prueba directa indubitada, sino en una máxima de la experiencia, que no hay que probar (lo que hay que probar es el indicio), sino solo expresar de manera no absurda en la resolución, lo que permite un mayor abanico de interpretaciones y, por ello, puede significar que su control sea más difícil en los recursos que contra la resolución quepan;

3.º) porque con estos criterios el principio de libre valoración de la prueba no se deja en manos del único juez legitimado para ello, el juez o tribunal penal sentenciador en la primera instancia, sino que se desplaza a las manos del juez o tribunal que conozca del recurso, que sin el principio de inmediación se ve así obligado a valorar si el razonamiento del juez *a quo* ha sido lógico, razonable, coherente y sensato, o, por el contrario, irracional, arbitrario, absurdo o ilógico; y

4.º) dadas estas consecuencias y por extensión, vemos imposible de atacar la decisión ordinaria final en amparo ante el TC, porque si bien es cierto que una infracción del principio de libre valoración de la prueba puede vulnerar tanto el derecho de acceso a la justicia (tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE), como el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2), en función de cada caso, lo cierto es que ningún tribunal llega a conclusiones escritas manifiestamente irracionales, arbitrarias, ilógicas o absurdas de manera consciente, todo lo más a deducciones inconscientes apartadas de la lógica dominante; lo normal sin embargo es que llegue a una conclusión posible, aunque no sea la más acertada, y por efectos de la propia restricción

del principio de valoración que el mismo TC ha sentado como doctrina, verse obligado a aceptarla y, con ello, rechazar el amparo del injustamente condenado.

En definitiva, el principio de la libre valoración ya no puede ser interpretado de la manera tradicional cuando la acusación se funda solo en indicios de cargo; un gran catedrático de filosofía del derecho español lo ha intuido, con inteligente finura, en el mismo sentido expresado en el texto (Igartua, 1994, p. 56). Es por ello imprescindible que la nueva LECRIM aborde definitivamente una regulación legal del indicio, en toda su amplitud.

La oralidad y la simplificación procedimental.

El procedimiento debería cambiar también en la nueva LECRIM, y profundamente, desde dos perspectivas:

a) En primer lugar, se debe conseguir una auténtica vigencia del principio de oralidad. El nuevo proceso penal debería estructurarse en audiencias, no más de tres. Así, el proceso penal debería comenzar con la acusación, sin perjuicio de la necesaria fase previa de investigación. Y debe comenzar con una audiencia preliminar en la que se formule dicha acusación, basada en indicios fundados, contra el investigado y en la que se le impongan las medidas cautelares que se considere procedentes. A partir de ahí debe preverse un tiempo de aseguramiento para avanzar en la investigación y para practicar los actos procesales que se considere necesarios, especialmente a instancias de la defensa. El Fiscal comunicará a su finalización las pruebas de cargo que tiene y se citará para una segunda audiencia (una audiencia de control formal) en el caso de que la defensa considere que no hay delito, que hay falta de presupuestos procesales o que alguna prueba ha sido obtenida vulnerando los derechos fundamentales.

A la tercera audiencia, la de juicio oral, se llegará libre de inconvenientes formales, solo para discutir el fondo, para probar la culpabilidad o inocencia del acusado ante el tribunal de escabinos o el juez profesional. Ciertamente,

hay problemas por la oralidad que deben resolverse bien, por ejemplo, la acomodación de las consecuencias del principio de oralidad al enjuiciamiento de la delincuencia organizada, que puede afectar muy gravemente a los principios de inmediación y publicidad en los macrojuicios.

b) En segundo lugar, la nueva LECRIM debe acabar con el caos procedimental actual y suprimir todos los procesos ordinarios y especiales, dejándolo en un único proceso penal, con dos especialidades, según se celebre ante tribunal de escabinos o no, lo que implicaría una regulación distinta del juicio oral, y de la deliberación y votación de la sentencia; y según exista conformidad (justicia negociada) o no, lo que implicaría fijar el momento o momentos en que se puede producir y la regulación del salto a dictarse sentencia directamente por el juez competente. Todos los procesos penales especiales actuales dejarían de serlo, y si se han de prever especialidades en casos de aforamiento, rebeldía del acusado, delitos contra el honor (privados) o delitos de imprenta, se incardinarían disposiciones específicas en su lugar oportuno, sin alterar la esencia del proceso penal ordinario. La intervención de la Fiscalía Europea se acomodaría a normas particulares en la instrucción y en el juicio oral.

Las relativas a aspectos procesales concretos.

Quedarían algunas cuestiones importantes por decidir. Enumero las que considero más relevantes:

1.^a) ¿Qué hacemos con la acción popular? Hay corrientes de pensamiento contrarias a ella, pero casi todas tienen un sesgo ideológico, porque se ha empezado a discutir la acción popular cuando se comienza a utilizar como instrumento de presión política o torticeramente para obtener información a la que en ningún caso debería tener derecho quien la reclama. Tiene la ventaja de que permite controlar a aquel Fiscal que no parece dispuesto a hacer lo necesario para fundar sólidamente la acusación. El Tribunal Supremo ha limitado su papel en los llamados casos Botín y Atuxa (véanse las SS TS Sala II núm. 1045/2007, de 17 de diciembre, RA 8844, *caso Botín*; y núm. 54/2008,

de 8 de abril (RJ 2008\1325, *caso Atutxa*; tuvieron ocasión de pronunciarse sobre el alcance procesal del ejercicio de la acción popular prevista en el art. 125 CE, Gimeno, 2008; y Muerza, 2007), validados constitucionalmente por nuestro Tribunal Constitucional, estableciendo una doctrina que en verdad no tiene el fundamento, ni constitucional ni legal explícito (el art. 782.1 LECRIM nada dice expresamente al respecto), que debería tener al tratarse de una limitación de un derecho constitucional. El TC no revisó la doctrina Botín por desistimiento de la demanda de amparo, pero sí la doctrina Atuxa, declarándola constitucional (Sentencia núm. 205/2013, de 5 de diciembre, con votos particulares relevantes). Pero el Tribunal Europeo de Derechos declaró que había existido violación del art. 6.1 del CEDH (Sentencia TEDH de 13 de junio de 2017), y el Tribunal Supremo (Sentencia TS núm. 510/2019, de 28 de octubre (RJ 2019\4323), estimó la revisión y anuló la primera decisión.

En función de esa doctrina, por un lado, no es posible abrir juicio oral solo con la acusación popular, es decir, si la fiscalía y la acusación particular, parte en el proceso, han solicitado el sobreseimiento de la causa; y, por otro, a pesar de esa doctrina, es posible abrir el juicio sin acusación pública de la fiscalía si el delito afecta a intereses colectivos o si los perjudicados no se hubieran personado. La realidad es que está prevista en el art. 125 CE y, por tanto, hay que seguir contando con ella. Que se estudie una limitación de su legitimación o un acotamiento de su intervención es un tema, sin embargo, que inevitablemente se tendrá que abordar, y de hecho, estoy convencido de que a partir de su aprobación la exclusión tendrá fundamento explícito en la nueva LECRIM.

2.^a) ¿Cómo acomodamos a nuestra instrucción del delito el magma de normas que actualmente la regulan? Si nos fijamos, además de las disposiciones de la LECRIM, nos afectan normas supranacionales e internacionales, normas europeas, principalmente en materia de derechos humanos; sin perjuicio de tener que adaptar multitud de Reglamentos y Directivas europeas (por ejemplo, por estar ahora pendiente de adaptación, el de la Fiscalía Europea, Rto. (UE) 2017/1939, ya citado en este trabajo); también se ha de prever

y cumplir con no menos normas europeas sobre intercambio de actos de investigación y probatorio, así como sobre medidas cautelares, sin perjuicio de la compleja normativa sobre reconocimiento y ejecución de condenas, entre países. A ello añadamos la gran cantidad de circulares e instrucciones internas de la Fiscalía que, instruyendo éste, van a alcanzar un enorme valor a partir de ahora. Francamente, se intuye muy complicado, ante la dificultad de no saber muy bien cómo conseguirlo.

Conclusiones

He hecho hasta aquí un apretado resumen de cómo enfocaría el contenido de una totalmente nueva LECRIM. Evidentemente es una mera opinión sobre el tema, fundada, pero privada.

En definitiva, apuesto sistemáticamente por una evolución propia y no por un modelo extranjero, aunque se recojan instituciones claves del sistema adversarial angloamericano. Ese proceso penal español totalmente renovado debería basarse más en la Constitución y en la doctrina del TEDH y de nuestro Tribunal Constitucional, recogiendo y regulando todos los avances jurisprudenciales, particularmente en materia de derechos fundamentales del investigado. El aporte ya existente del Tribunal Supremo compatible con el nuevo proceso debería ser tenido en cuenta siempre.

Normativamente, es el momento de reunir en un único cuerpo legal todas las normas europeas que afectan al proceso penal. También debería hacerse un estudio detenido de aquellas interpretaciones de la Fiscalía expresadas ya en circulares e instrucciones que fueran compatibles con el nuevo proceso, para incorporarlas y facilitar así su general aplicación. Por lo demás, sin entrar ahora en los detalles expuestos en este artículo, recuerdo la necesidad de optar procedimentalmente por una verdadera oralidad y de lograr una auténtica simplificación procedimental.

En cuanto a las cuestiones orgánicas, creo sinceramente que debe reformarse nuestra Fiscalía y separarla del Poder Ejecutivo. Un análisis

interdisciplinar serio y riguroso para levantar la pesada carga que pesa sobre la abogacía en los temas de defensa de oficio, pensando en crear una Defensoría Penal Pública, no debería descartarse solo por no gustar a determinados colectivos.

Y termino: Pensar en que solo con una nueva y muy buena ley de enjuiciamiento criminal resolveremos todos los problemas actuales de nuestra justicia penal es una ingenuidad y, probablemente, también una irresponsabilidad. Ello solo se logrará cuando el poder político se crea de verdad que sin justicia no hay una verdadera democracia, no considere a los jueces sus enemigos y emprenda una acción conjunta, de amplios y variados frentes, para alcanzar la justicia que los españoles deseamos y nos merecemos hoy.

Referencias

- Armenta D, T. (2006). *Justicia de proximidad*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Barona, S. (2011). *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Consejo de Estado (2018, noviembre 15). Propuesta de Reforma constitucional e Informe sobre el Procedimiento que debe seguirse para su tramitación, N.º E 1/2018. <https://www.consejo-estado.es/pdf/Informe%20Consejo%20de%20Estado.PDF>
- Esparza, I. (1995). *El principio del proceso debido*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. P. Andrés et al.). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Gimeno, J. V. (2008). La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: Los casos «BOTÍN» y «ATUTXA». *Diario La Ley*, (6970), 1-8.
- Gómez, J. L. (2021). *El indicio de cargo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2020a). Nuevos instrumentos para la investigación del crimen: La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Temas de relevancia práctica. En J. L. Gómez (Dir.) y C. Madrid (Coord.). *La instrucción del crimen: algunos problemas procesales*. Madrid: Editorial Sepin.
- Gómez, J. L. (2020b). Die Zunahme des staatlichen Interventionismus bei der Ermittlung von Straftaten. En *Festschrift für Ulrich Sieber* (en prensa).

- Gómez, J. L. (2020c). Los retos que debe afrontar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España. *Boletín Electrónico CRONUS LO MEJOR DE LA SEMANA*, (58), 1-22. <https://www.otrosi.net/analisis/los-retos-afrontar-una-nueva-ley-enjuiciamiento-criminal-espana>
- Gómez, J. L. (2020d). *La contracción del Derecho Procesal Penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2020e). La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español. En V. Moreno & M. I. Romero (Dir.). *Nuevos postulados de la cooperación penal en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. Isabel González Cano*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2019). Proceso penal moderno e investigación del crimen: El problema del aumento del intervencionismo público. En P. Llopis, E. de Luis, F. Jiménez & R. Bellido (Dirs.). *Justicia: ¿Garantías «versus» eficiencia? II Congreso Internacional de la ADPUE*, (pp. 265-294). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2018a) [2.ª ed.]. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. México: INACIPE.
- Gómez, J. L. (2018b). La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente? *Teoría y Realidad Constitucional*, (41), 157-184.
- Gómez, J. L. (2017). La inconstitucional desprotección administrativa de la mujer-víctima de hechos delictivos e ilícitos de acoso sexual, acoso laboral o trato vejatorio y degradante, cometidos por su superior jerárquico funcionario público. En M. J. Dolz & J. L. Gómez (Coords.). *La lucha por la Justicia y el Derecho en el siglo XXI. In Memoriam del Magistrado Rafael Salvador Manzana Laguarda* (pp. 273-310). Madrid: Editorial Sepin.
- Gómez, J. L. (2016). El proceso penal de la confusión. En Díez-Picazo, I. & Vegas, J. (Coord.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés De La Oliva Santos. Tomo I* (pp. 1449-1472). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Gómez, J. L. (2015a). *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito* [2.ª ed.]. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Gómez, J. L. (2015b). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*. Bogotá: Editorial Andrés Morales y Universidad Sergio Arboleda.
- Gómez, J. L. (Coord.) (2014). *La prueba de ADN en el proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (Coord.) (2013). *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2012). *El proceso penal adversarial. Una crítica constructiva sobre el llamado sistema acusatorio*. México D.F.: Editorial UBIJUS-Félix Cárdenas S.C.

- Gómez, J. L. (2009). Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial. En J. C. Carbonell, J. L. González, & E. Orts (Dirs.) & M. L. Cuerda (Coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. (739-764). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L. (2003). Estado democrático y modelo policial: Una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen. En K. Ambos, J. L. Gómez, & R. Vogler (Eds.): *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto de investigación internacional*. (pp. 1 y ss.). Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Gómez, J. L. (1999). *Comentarios a la Ley del Jurado*. J. L. Gómez & J. Montero (Coords.). Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Gómez, J. L. (1997). La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal. Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado. En J. L. Gómez, J. L. González, *La Reforma de la Justicia Penal. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Tiedemann*. (pp. 459-498). Castellón: Editorial Universitat Jaume I de Castellón.
- Gómez, J. L. (1988). *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*. Barcelona: Editorial Librería Bosch.
- Gómez, J. L. (1985). *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Gómez, J. L. & Esparza, I. (2009-1). *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. L., Planchadell, A. (2017). Prueba prohibida. En M. I. González (Dir.) & M. I. Romero (Coord.). *La prueba, tomo II: «La prueba en el proceso penal»* (pp. 365-438). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- González, D. (2003). Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). *Jueces para la Democracia* (46), 17-26.
- González, D. (2003). Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). *Jueces para la Democracia* (47), 35-50.
- Guerrero, O. J. (2009). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica.
- Igartua, J. (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Illuminati, G. (2010). El sistema acusatorio en Italia. L. Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios* (pp. 135-160). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Israel, J. H., Kamisar, Y., LaFave, W. R. & King, N. J. (2011). *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*. St. Paul Minn.: Editorial Thomson-West.

- Israel, J. H., Kamisar, Y., LaFave, W. R. & King, N. J. (2012). *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio* [Trad. J. L. Gómez et al]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- LaFave, W. R. & Israel, J. H. (1984). *Criminal Procedure*, vol 1. St. Paul Minn.: Editorial West Publishing.
- Léger, Ph. (2009, septiembre 1). *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/094000401.pdf>
- Marchena, M. et al. (2015). *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- Meyer-Göbner, L. & Schmitt, B. (2015). *Strafprozessordnung* [58.ª ed.]. München: Editorial C. H. Beck.
- Ministerio de Justicia (2011). *Anteproyectos de Ley para un nuevo Proceso Penal*. Madrid: Editorial Secretaría General Técnica - Ministerio de Justicia.
- Ministerio de Justicia (2013). Propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430153214-Propuesta_texto_articulado_L.E.Crim.PDF
- Montero, J. (1992). El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual. En *Revista Justicia*, (IV), 775-788.
- Montero, J. (1994). La garantía procesal penal y el principio acusatorio. *La Ley* 1994, (t. I.) 973-984.
- Montero, J. (1997). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J. (1999, febrero 16). El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso). *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (1), 1801-1816.
- Montero, J. (2006). *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J. (2008). *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Editorial Thomson-Civitas.
- Montero, J. (2008a). Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. *Prueba y proceso penal (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado)* (pp. 17-74). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J., Gómez, J. L., Montón, A. & Barona, S. (1999a). *Derecho Jurisdiccional, I. Parte General* [9.ª ed.]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- Montero, J., Gómez, J. L., Montón, A. & Barona, S. (1999b). *Derecho Jurisdiccional*, III. *Proceso Penal* [8.ª ed.]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J., Gómez, J. L., Barona, S., Espaza, I., Etxeberria, J. F. (2019). *Derecho Jurisdiccional*, t. III, *Proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Montero, J., Flors, J. & López, G. (1997). *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal* [1.ª ed.]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Muerza, J. J. (2007). Vinculación del tribunal a la pena solicitada por las acusaciones. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (726), 3.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2000. Marzo 24). Resolución de Consejo C (97) 64/FINAL, *Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales*. <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/38623405.pdf>
- OLAF, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude. https://ec.europa.eu/anti-fraud/home_es
- Roxin, C. (2015). Sobre el desarrollo del Derecho Procesal Penal alemán. A. F. Duque (Comp.), *Perspectivas y retos del proceso penal* (pp. 366-378). Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Roxin, C. & Schünemann, B. (2017). *Strafverfahrensrecht* [29.ª ed.]. München: Editorial C.H. Beck.
- Simas, M., Leal-Henriques, M. & Simas, J. (2010). *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Editorial Rei dos Livros.
- Simon, D. (1985). *La independencia del Juez* (trad. Ximénez-Carrillo). Barcelona: Editorial Ariel.
- Taruffo, M. (2009). La cultura de la imparcialidad en los países del Common Law y del Derecho continental. *La imparcialidad judicial. Estudios de Derecho Judicial* (151), 95-120).
- Vegas, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: Editorial La Ley.
- Vidales, C. & Planchadell, A. (2018). *Decomiso. Estudio de la Normativa Internacional y de la Legislación Española (Aspectos Penales y Procesales)*. Madrid: Editorial Centro para la Administración de Justicia.
- Villagómez, M. (1989). *El nuevo proceso penal italiano*. Madrid: Editorial Ministerio de Justicia.

El derecho de defensa de las personas jurídicas en el proceso penal español. Apuntes sobre el derecho colombiano

*Víctor Moreno Catena**

Resumen: El presente trabajo analiza el derecho de defensa de las personas jurídicas, tópico esencial en materia penal sobre todo en ordenamientos en los cuales la persona jurídica es prevista como un posible sujeto activo de la acción criminal. En aras de cumplir dicha meta el texto hace un recorrido por los antecedentes que permean dicha figura; con posterioridad, señala las garantías procesales de que está investida la persona jurídica, para aterrizar la discusión al tema puntual del artículo, el derecho de defensa y los retos que la aplicación de dicha figura representa para el caso de las personas jurídicas.

Abstract: This paper analyzes the right to defense of legal entities, an essential topic in criminal matters, especially in jurisdictions where a legal entity is foreseen to be a potentially active subject in a criminal action. To achieve this goal, the text reviews the background that permeates such a figure; it subsequently points out the procedural guarantees to which the legal entity is entitled, to direct the discussion to the article's specific topic: the right to defense and the challenges faced due to its application in the realm of legal entities.

Palabras claves: Derecho Penal, proceso penal, derecho de defensa, persona jurídica.

Keywords: Criminal law, criminal procedure, right to defense, legal entity.

* Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Carlos III de Madrid. Correo de contacto: morenocatena@gmail.com

Antecedentes

En los últimos tiempos los sistemas penales han sufrido en una verdadera conmoción debido a una serie de modificaciones normativas que suponen un giro copernicano en la concepción de nuestro derecho y de nuestro proceso penal, concebidos en clave exclusivamente antropocéntrica, porque justamente suprimen uno de sus elementos estructurales al dar entrada a las personas jurídicas como responsables penales.

La visión tradicional del sistema penal resulta incompatible desde cualquier punto de vista con la incorporación de un sujeto «incorporal» que, por un lado, sea el titular de la responsabilidad penal, especialmente por su falta de capacidad de acción y de culpabilidad, así como de entender y de padecer la pena y, por otro lado, se rodee efectivamente de los derechos y de las garantías del procedimiento penal que la ley establece, como titular de la agresión que representa una actuación estatal que puede terminar con una condena.

Desde la Revolución francesa, el principio *societas delinquere non potest* regía sin excepción, aun cuando se hubiera previsto desde hace décadas la posibilidad de imponer a las personas jurídicas, dentro del proceso penal, ciertas medidas y de declarar incluso su responsabilidad civil derivada del delito cometido por una persona física vinculada con ella.

Pero los aires que llegan de instrumentos internacionales, especialmente con la mirada puesta en luchar contra la corrupción, y la presión del derecho comparado, ponen el foco en atribuir una verdadera y propia responsabilidad penal a las personas jurídicas. Desde Convenciones de la ONU (la Convención contra la Corrupción; la Convención contra la Delincuencia Organizada transnacional, o el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo); a la Convención de la OCDE para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, o las 40+9 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para el lavado de Activos y

Financiación del Terrorismo, se pone el acento en criminalizar los actos realizados en beneficio de personas jurídicas.

El Código Penal español modificó en 2010 la anterior regulación relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas, cuyo antecedente se puede encontrar en la reforma de 2003; según la regulación de 2003 las personas jurídicas podían intervenir en el procedimiento penal como responsables civiles directos o subsidiarios, esto es, en el enjuiciamiento acerca del objeto civil o con responsabilidades exclusivamente civiles, que quedaba siempre subordinado a la decisión sobre la responsabilidad penal; en esa condición se les podían imponer a estos entes morales medidas que llegaban hasta el cierre o clausura de la compañía.

Tras la reforma de 2010, se parte de una responsabilidad penal exigible a las personas jurídicas por un acto u omisión en su beneficio realizado por una persona física relacionada con ella, y por haber omitido los mecanismos de control y de cumplimiento normativo (*compliance*) suficientes para evitar la conducta de su empleado o directivo (Gimeno, 2016), partiendo de la autorresponsabilidad de los entes morales (Marchena, 2018, pp. 251 y ss.).

La posterior reforma penal española introducida por la Ley orgánica 1/2015 pretende profundizar en la configuración del delito corporativo, definiendo conductas que se atribuyen directa e inmediatamente a la persona jurídica con independencia de la acción delictiva del directivo o del empleado (Cadenas, 2018, pp. 57 y ss.), aun cuando este delito debe preexistir (sobre el fundamento de la responsabilidad, cfr. Gómez-Jara, 2018, pp. 181 y ss.); y se sostiene además la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia (STS 455/2017, de 21 junio). Esta novedad legislativa, que ha merecido alguna severa crítica de los penalistas, les ha obligado sin embargo a encajar la nueva realidad normativa y a reformular algunas cuestiones capitales del Derecho penal para darle cabida.

Por lo tanto, no se trata de responsabilidades excluyentes sino acumulativas (y además, en algún sentido, vicarial, para Del Moral, 2018, pp. 309-310,

en la medida en que sin delito del directivo o empleado no puede surgir responsabilidad penal de la persona jurídica), dado que la responsabilidad de la persona jurídica presupone siempre la acción delictiva de una persona física, sea su directivo o su empleado –aunque esta acción no se llegue a determinar en el mismo proceso penal en donde se enjuicia a la persona jurídica– [STS 516/2016, de 13 junio 2016 (*Tol 5748603*)]; precisamente por ello, no existe litisconsorcio pasivo alguno entre la persona física y la persona jurídica a la hora de perseguir los delitos (SSTS 455/2017, de 21 junio, o 668/2017, de 11 octubre).

Como es natural, el proceso penal no puede quedar al margen de esta nueva visión porque ha de responder al conflicto penal, y se ha de acomodar a los nuevos tiempos. Es evidente que se ha pasado de un enjuiciamiento centrado por completo en el ser humano, en la persona física, alrededor de la cual se construye todo el edificio de las garantías procesales que definen la actuación judicial, al enjuiciamiento de sujetos que carecen de entendimiento y voluntad y de capacidad de acción.

Desde el cumplimiento de la pena más común sobre la que se asienta nuestro sistema, la pena de prisión, hasta la medida cautelar más grave que cabe imponer, la prisión provisional, que priva de la libertad al imputado antes de la sentencia, por no aludir al derecho a la última palabra, todo el proceso penal parte y se encamina al enjuiciamiento y posible sanción de una persona física, de un ser humano, que tiene por sí mismo capacidad de entender, y al que se le brindan los instrumentos procesales, las garantías, para asegurarle un ámbito de defensa que pueda contrarrestar el ataque que representa ocupar una posición de acusado.

Durante el siglo XVIII, y sobre todo en el siglo XIX, con algunos antecedentes históricos más difusos, se incorpora en nuestros ordenamientos la ficción jurídica de atribuir y reconocer personalidad jurídica a entes morales permitiendo la actuación en el tráfico, con efectos jurídicos, a sujetos sin corporeidad, figura que ha ido proliferando al punto que incluso actualmente se utiliza como un índice para medir el desarrollo de los países.

El reconocimiento de estos entes morales exige que el conjunto de sus derechos y obligaciones se equipare con el de las personas físicas, pero también permite en el orden penal que la actuación de estos sujetos haya dejado impunes algunas conductas o haya diluido las responsabilidades penales de los autores de los delitos. La interposición de las personas jurídicas como una suerte de «parapeto» de quienes tomaban las decisiones para cometer delitos obligó a reaccionar al legislador, y en un buen número de países ha incorporado a las propias personas jurídicas como sujetos de responsabilidad por actuaciones ilícitas, en algunas ocasiones con sanciones de carácter administrativo, y en muchos otros casos exigiéndoles directamente responsabilidades penales.

España se ha sumado de modo entusiasta a la criminalización de las conductas de las personas jurídicas, naturalmente con autonomía de las sanciones que pudieran imponerse a las personas físicas que hubieran desarrollado materialmente la acción criminal. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, introdujo en nuestro país un régimen específico de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo que a partir de la vigencia de esta modificación legal el principio de la irresponsabilidad de los entes morales ha dado paso al de *societas delinquere potest* o, dicho en términos más precisos o más ajustados para algunos, aunque la persona jurídica sigue sin poder delinquir porque carece de capacidad de acción y de culpabilidad, puede sin embargo ser castigada (*societas delinquere non potest, sed puniri potest*) (Del Moral, 2016).

La situación en Colombia parece seguir derroteros parecidos, aunque al momento presente no se ha aprobado ninguna reforma de calado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ahora, se ha optado por regular una responsabilidad administrativa de los entes morales, plasmada en la Ley Antisobornos (Ley 1778/2016), que también contiene las medidas penales y procesales para las personas jurídicas, y pretende cumplir con todas las exigencias de la OCDE sobre soborno transnacional.

Rechazado con ponencia negativa, con el correspondiente archivo, el Proyecto de Ley 117/18 en el Senado, que respondía a la iniciativa del Procurador General de la Nación, de la Ministra del Interior y de la Ministra

de Justicia y del Derecho, ahora está en tramitación en la misma Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 178/2020, por el que *se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional, y delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y se dictan otras disposiciones* (Gaceta del Congreso 616, de 31 de julio de 2020, enviado a Comisión el 1 de septiembre de 2020). Su objeto confesado es establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas desligada de la responsabilidad administrativa, y se define el proyecto como una respuesta compleja a un problema confuso, lo que permite cobrar distancia del populismo punitivo actual en el derecho penal.

Por lo tanto, aunque este análisis se redacta en clave española en razón de la vigente regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con las modificaciones del Código Penal en 2010 y en 2015, las advertencias contenidas en estas páginas pueden servir de referencia para la regulación que se pueda terminar aprobando en el país sudamericano, si es que llega a fructificar algún proyecto que incorpore al ordenamiento jurídico colombiano la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Las garantías procesales de las personas jurídicas imputadas

Asumido el sometimiento de las personas jurídicas al derecho penal, la intervención de estos entes como sujetos pasivos en el proceso, las garantías que se han forjado alrededor del imputado, que hasta entonces se trataba siempre de una persona física, requerían de previsiones específicas que la reforma no contemplaba. Desde la personación (física, como sujeto contra quien se dirige el procedimiento) a las intervenciones de quien puede ser condenado a una sanción penal, ahora un ente moral, exigen de normas propias que salven los obstáculos de todo un sistema procesal que está dirigido a enjuiciar a una persona física.

Sin embargo, la reforma penal española de 2010 no atendió en absoluto a las implicaciones procesales que el régimen de responsabilidad penal de las

personas jurídicas exigía. Y un año después, la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, reconoce que es preciso introducir modificaciones inexcusables en el procedimiento, y regula cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, el derecho de defensa de las personas jurídicas, la intervención en el juicio oral y la conformidad, amén de su rebeldía.

Algo parecido se encuentra en los proyectos colombianos, pues en el que está en tramitación contempla aspectos procesales de la persona jurídica, pero, además de declarar como supletorio el Código procesal Penal –que, como sucede en España, es un texto legal redactado en clave antropocéntrica– el Capítulo XIV del Proyecto de Ley se limita a declarar aplicable el principio de oportunidad, regula la representación y la citación, y pone énfasis en la cooperación internacional en los procesos por delitos empresariales transnacionales.

Estas previsiones normativas resultan notoriamente insuficientes y, sin duda, requerirán de nuevas normas que tienen la indudable ventaja de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo se puede aplicar a hechos posteriores a la entrada en vigor de la ley, con lo cual se puede diferir para más adelante la regulación de las consecuencias procesales de dirigir el procedimiento contra estos nuevos invitados a la posición de parte pasiva de los procesos penales: Los entes morales. Desde esta premisa se deben reformular las garantías procesales, todo el conjunto de derechos que derivan del «debido proceso» o del derecho fundamental «a un proceso con todas las garantías».

Es sin duda imperioso acomodar las normas procesales a esa nueva realidad: Porque la ley penal ha querido que un ente, que carece por sí mismo tanto de conocimiento y voluntad como de capacidad de actuar, al que la ficción del derecho le ha reconocido sin embargo personalidad jurídica para intervenir en el tráfico como sujeto diferente de sus socios o asociados, se le pueda imputar y exigir responsabilidad penal. Como es lógico, en esa posición procesal se le han de reconocer todos los derechos y las garantías

que constitucionalmente acompañan al imputado, de modo que la condena penal no se puede imponer si previamente no se respetan todos los derechos básicos.

Es necesario diseñar un verdadero estatuto procesal de la persona jurídica imputada penalmente, separado del que se establece para las personas físicas. El legislador no puede limitarse a adaptar la singularidad de estos sujetos contra los que se dirigen las actuaciones, que son incorpóreas, carentes de entendimiento y voluntad propios, al estatuto propio de las personas físicas imputadas, sin modificar la configuración exclusivamente antropocéntrica de la justicia penal. Como es obvio, el reconocimiento legal de las personas jurídicas como sujetos de responsabilidad penal exige que al propio tiempo se les reconozcan y se respeten un conjunto de garantías y derechos, que les permitan actuar y defenderse a lo largo del procedimiento.

De las dos opciones esenciales que se abren paso para tratar la intervención de la persona jurídica en el proceso, de un lado, equipararla a la persona física y reconocerle exactamente los mismos derechos que a ésta o, de otro lado, regularlo de un modo diferente, con una consideración procesal propia, parece que la Ley española 37/2011 se aproxima a la primera alternativa si bien con unos perfiles propios, como no exigirle a ella designación de representante o asumir que no comparezca en el acto del juicio (Escobar, 2018, pp. 121-122).

Con independencia de las actuaciones procesales sobre las que luego se vuelve, la intervención defensiva de la persona jurídica en el proceso básicamente deberá hacer frente a dos imputaciones: La relativa a la actuación del autor de los hechos, porque los hechos no se hayan producido o porque no produjeron en beneficio o provecho de la persona jurídica, o la relativa a la efectiva implantación de mecanismos de control eficaces, tendentes a impedir la comisión de delitos y a que se cumpla la legalidad.

Con todo, parece necesario admitir que con la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, salvo que se acredite desde el inicio su absoluta diligencia o la ausencia de beneficio, será casi «ineludible

la imputación simultánea (o inmediatamente sucesiva) de los directivos de la entidad y de la propia persona jurídica, puesto que la aparición de indicios que apuntan a la implicación de los primeros en el hecho punible es lo que genera el presupuesto de hecho determinante de la posible incriminación de la entidad, que es la obtención de un beneficio por una conducta delictiva que se realizó en su nombre y que no supo (o no quiso) evitar» (así, Banacloche, 2018, p. 15).

En todo caso, dentro del conjunto de derechos que se reconocen a las personas físicas, es preciso salvaguardar el derecho a conocer la imputación; el derecho a ser informado del curso de las actuaciones en una lengua que comprenda; el derecho a personarse e intervenir en las diferentes diligencias del procedimiento; el derecho a defenderse; el derecho a no declarar y a no confesarse culpable; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la intimidad; el derecho a la inviolabilidad del domicilio; el derecho a la última palabra, etc.

El derecho de defensa de las personas jurídicas

La defensa penal es el principal factor de legitimación del *ius puniendi* del Estado, del poder estatal de coacción, y supone dotar al acusado de los medios jurídicos suficientes para poder contrarrestar la acusación en un marco de igualdad entre las partes y de respeto de la contradicción durante el proceso. Hasta tal punto la defensa legitima la posible condena del acusado que si no se respeta este derecho podemos decir que la resolución judicial condenatoria carece de sustento jurídico-constitucional y habríamos convertido esa decisión en un acto de arbitrariedad.

El derecho a la defensa se manifiesta en un conjunto de derechos instrumentales que obedecen a la necesidad de rodear al imputado de una suerte de estatuto procesal que le permita repeler y neutralizar el ataque de la acusación. A grandes rasgos, estos derechos pueden concretarse básicamente en tres: De un lado, la premisa obligada, que es el derecho a conocer la

existencia del procedimiento y el contenido de la acusación; de otro lado, el derecho a contradecir a la acusación, pudiendo intervenir en las actuaciones y proponer las diligencias que puedan convenirle en su descargo, así como participar activamente en el juicio, incluyendo pronunciar la última palabra (Marchena, 2018, pp. 252-253); finalmente, esta intervención podrá realizarla el acusado por sí mismo en los casos permitidos por la ley (autodefensa), y también se le ha de reconocer el derecho a la asistencia de un abogado (Hernández, 2010; Echarri, 2011).

Cuando se pretende analizar el derecho de defensa de una persona jurídica en el proceso penal y determinar qué debe comprender, es evidente que no se puede aplicar sin más cuanto se acaba de exponer. Para abordar esta cuestión se han de tener en cuenta dos elementos: De un lado, que la persona jurídica no ha actuado, no ha realizado por sí misma los hechos delictivos, porque ha de haber necesariamente un órgano de administración, integrado directa o indirectamente por personas físicas, o un empleado, que toman en definitiva todas las decisiones, que sienten y que quieren; de otro lado, que en todo proceso penal contra una persona jurídica habrá siempre una persona física, directivo o empleado de ella (incluso aunque no haya podido ser identificado), y será esta persona quien habrá realizado materialmente los hechos.

La exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica genera importantes problemas conceptuales, que hemos de tener muy presentes aunque no sean ahora del caso, pues el ente moral no puede por sí mismo realizar actos de ejecución de delitos, salvo si se acude a la ficción que dio lugar al reconocimiento de la personalidad jurídica a entes sin corporeidad; de este modo, cuando interviene en el tráfico el representante legal de una persona jurídica, el derecho entiende y acepta que no actúa en realidad el representante sino el representado, el ente moral, en cuyo nombre realiza la actividad.

Esta ficción, llevada al ámbito de la comisión de delitos y a la responsabilidad penal, provoca dificultades de encaje jurídico todavía mayores, referidas no

solamente a la culpabilidad (que no parece posible atribuir a los entes morales) y a la comprensión y aceptación del proceso y de la pena, sino al momento de los que deben padecer y cumplir la pena que se imponga.

En efecto, aunque no sean infrecuentes las sociedades unipersonales o las que tienen pequeño y mediano tamaño, en las que normalmente todos los socios participan en las decisiones, existen también numerosas entidades con un elevado número de socios o asociados que no participan ni directa ni indirectamente en las decisiones y que, sin embargo, se pueden ver seriamente afectados en sus legítimos derechos e intereses en caso de que se atribuya responsabilidad penal a la persona jurídica y se le imponga una pena.

Es importante señalar que el remedio acogido por el Código penal español es que se extiende en el mundo empresarial (y de todos los entes morales) una cultura del cumplimiento de las leyes, de modo que las personas jurídicas consigan por sí mismas atajar las conductas que pudieran llegar a ser constitutivas de delito. Con esta finalidad se disponen los efectos penales de incorporar medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, y se establecen incentivos una vez cometido el delito en forma de circunstancias atenuantes (art. 31 quater CP), que pueden rebajar de manera significativa la pena.

El CP determina las consecuencias de la implantación de instrumentos de prevención que impidan o hagan sumamente difícil que un directivo o empleado llegue a cometer un delito en beneficio de esta persona jurídica. Esta prevención especialísima, que consiste básicamente en la implantación de un programa de cumplimiento normativo (en general, para velar por que el ente obedezca todas las normas jurídicas en los diferentes ámbitos de su actividad; y también, naturalmente, que no infrinja las leyes penales), permite a la ley penal establecer que la puesta en marcha de modelos de organización y de gestión, es decir, un programa de *compliance* eficaz (cuyo contenido se regula en el art. 31 bis.5 CP, y se prevé en el art. 5 del Proyecto de Ley colombiano 178/2020, Senado) se convierte en una exigente de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis.2 y 4 CP; para el art.

17.3 del citado Proyecto colombiano, la acción penal se extinguiría «por cumplimiento de un acuerdo de colaboración eficaz»).

Todo el conjunto de derechos instrumentales que integran el general derecho a la defensa han pretendido ser respetados, en la reforma de la ley procesal española por la Ley 37/2011, cuando a una persona jurídica se le imputa la comisión de un delito. Porque si la opción sustantiva ha sido asumir que las personas jurídicas pueden ser responsables penales, exactamente y del mismo modo que las personas físicas, no pueden merecer aquellas una consideración diferente en su intervención en el proceso.

Por consiguiente, han de recibir procesalmente el mismo tratamiento que las personas físicas para el ejercicio del derecho de defensa en toda su amplitud, lo que supone que se les reciba declaración (art. 409 bis); que designe abogado y procurador; que se le faculte para intervenir en las diligencias que le puedan afectar; que se proteja su domicilio (art. 554.4.º); que se le sujete al procedimiento y se le haga saber la imputación contra ella; que formule escrito de defensa proponiendo la prueba de la que pretenda valerse; que a través de un representante especialmente designado intervenga en las sesiones del juicio oral; que pueda hacer uso del derecho a la última palabra (arts. 786 bis y 746 i.f.) y prestar la conformidad siempre que cuente con poder especial (art. 787.8) (Rodríguez, 2018, pp. 329-330), o que pueda plantear los oportunos recursos contra las resoluciones desfavorables.

La comunicación de la existencia del procedimiento

La premisa esencial para el ejercicio del derecho de defensa es conocer que se ha iniciado un procedimiento penal, que él se dirige contra una determinada persona y que se sigue por unos concretos hechos con apariencia delictiva. Esta diligencia procesal, de poner en conocimiento del investigado las referidas circunstancias, es exigida en la LECRIM como una diligencia imprescindible para dar paso al juicio oral, de modo que el art. 779.1.4.ª LECRIM dispone que el auto de procedimiento abreviado no podrá

adoptarse sin haber tomado declaración al investigado, informándole de los hechos que se imputan, y cuando se produzca algún cambio en el objeto de la investigación se le informará con prontitud, incluso por medio de una exposición sucinta, para permitir el ejercicio del derecho a la defensa (en los términos del art. 775 LECRIM).

Parece que normativamente se quieren diferenciar dos diferentes contenidos en esta diligencia: De una parte, la información sobre el objeto del procedimiento; de otra parte, la declaración del investigado. Aun cuando ambos son absolutamente necesarios para integrar o articular la defensa, es evidente que el conocimiento acerca del contenido de las actuaciones y de los hechos que se están investigando es el precedente y la base inicial para elaborar una estrategia defensiva eficaz y coherente. Pero también es necesario llevar a la presencia del órgano instructor al investigado, ofreciéndole la oportunidad de exponer en su declaración su versión de los hechos y trasladar al procedimiento las explicaciones exculpatorias que considere oportunas, como manifestación y ejercicio del derecho de defensa.

Esta doble exigencia –informar al investigado de los hechos que se le imputan y tomarle declaración– aunque tradicionalmente se cumplía en un solo momento procesal, en verdad puede y debe realizarse de manera sucesiva en el tiempo, dando entonces una satisfacción más acabada al derecho de defensa, cuando en el momento de la declaración el investigado ya conoce el contenido de todas las actuaciones (lo plantea también en dos momentos, posiblemente por aparecer en preceptos distintos, Navarro, 2015).

Pues bien, tras sucesivas reformas parece que definitivamente en España, con la Ley Orgánica 13/2015, se ha querido diferenciar esta doble finalidad, articulando dos actuaciones procesales: Un primer momento en que se procede a la comunicación de la existencia del procedimiento (art. 118) y, un segundo momento, en que se produce la declaración del investigado (arts. 385 y ss.) puesto que, de acuerdo con el art. 118.1.b) LECRIM, se le reconoce a éste el derecho a examinar las actuaciones «con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa», y, en todo, caso antes de que se le tome declaración.

En caso de imputación de una persona jurídica, el art. 119.1.c) LECRIM se refiere solo a esta inicial comparecencia a los efectos de trasladarle a su representante la información sobre los hechos que se le atribuyen, sin aludir a la declaración de la persona jurídica. Solo se preocupa la ley del lugar en que se debe practicar la citación y de los requerimientos a la persona jurídica para que designe un representante y para que designe abogado y procurador (art. 119.1 a).

No obstante, esta actuación –diseñada inicialmente para informar sobre los hechos investigados– no requiere inexcusablemente la presencia de la persona jurídica imputada a través de su representante, pues en caso de que no se haya producido la designación, o de la inasistencia del representante a la citación judicial, la diligencia se practica con el abogado de la entidad, haya sido designado por ella o nombrado de oficio (art. 119.1 a) y b). Porque es verdad que el puro acto de informar de palabra al investigado, haciéndole comparecer a presencia judicial, carece en sí mismo de relevancia si no es para que esa misma persona pueda prestar declaración proporcionando las explicaciones que considere oportunas; pero resulta sin duda mucho más garantista informar primero, dar un tiempo para preparar la estrategia defensiva, y que luego acuda a prestar declaración.

En esta lógica, el modo más completo y cumplido para trasladar al investigado la información sobre los hechos investigados sería mediante la entrega de una copia de la totalidad de lo actuado, o permitiéndole el acceso completo a todas las diligencias del procedimiento. Cualquiera de estas dos modalidades, o una combinación de ambas, cuando hay piezas separadas de documentación –o anexos documentales–, no exige la presencia física del investigado en las dependencias judiciales y seguramente por esta razón al art. 119 le es indiferente que acuda o no el representante de la persona jurídica, y la comparecencia de información se realice con el abogado de la entidad.

En un sistema penal en el que la Fiscalía asume la dirección de la investigación de los delitos, como sucede con el Código de Procedimiento

Penal colombiano (Ley 906 de 2004), y el proceso penal se convierte en un verdadero proceso de partes, con un juez de control de garantías durante la investigación, cuando se adelante una investigación en contra de una persona, esta podrá «buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga» (art. 267 y 268); y el fiscal habrá de formular una imputación formal ante el juez de control de garantías «cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga» (art. 287). Pues bien, estas disposiciones serían de aplicación tanto si la investigación o la imputación se dirige contra una persona física como contra una persona jurídica en el caso de que se reconociera la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a los entes morales.

La indagatoria de la persona jurídica

Una vez que el investigado dispone de toda la información sobre la imputación y ha podido examinar las actuaciones «con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa» (art. 118.1.b), se procede a tomarle declaración.

Esta diligencia está contemplada en el art. 282 del Código de Procedimiento Penal de Colombia, donde se dispone que cuando el fiscal o la policía tuviera motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, se le dará a conocer su derecho a guardar silencio y la facultad de prestar declaración, que se le tomará en presencia de un abogado.

Es evidente que para declarar es preciso contar con la presencia física del sujeto al que se interroga, de modo que, si bien esta diligencia está concebida actualmente en términos de defensa, la ley impone al investigado el deber de

comparecer ante la autoridad judicial, y establece respuestas normativas que pueden incluso desembocar en la privación de libertad del contumaz, como cuando el investigado no comparece a la citación para ser oído ni justifica una causa legítima que se lo impida (art. 487 de la LECRIM española).

Sin embargo, el tratamiento de la incomparecencia de la persona jurídica imputada para recibirle declaración, es decir, de su representante especialmente designado, es notablemente diferente, porque en este caso la ley no autoriza ni prevé la detención del representante ausente, sino que acude a la ficción de considerar que se acoge a su derecho a no declarar, teniendo por celebrado el acto (art. 409 bis). A este propósito considera Escobar (2018, pp. 131-132), que la ley se ha excedido entendiendo que el representante no comparecido se acoge a su derecho a no declarar, habida cuenta del alcance que en determinados supuestos pueda dar el tribunal al silencio frente a una serie de indicios en contra del declarante, según doctrina del TEDH y de nuestro TC.

Aunque tradicionalmente se había considerado esta diligencia como una de las más cruciales del procedimiento para sustentar la imputación, porque la acusación hacía descansar en buena medida su tesis en el contenido expreso o tácito de la indagatoria, lo cierto es que la ley procesal y la consideración jurisprudencial tratan en la actualidad, como no podía ser de otro modo, la declaración sumarial del investigado desde una perspectiva netamente defensiva, como genuina manifestación del derecho de defensa, de modo que cada vez son más frecuentes los casos en que el investigado hace uso de su derecho a no declarar ni a presencia judicial y, con mucha más frecuencia, ni ante la policía.

Lo propio ocurre cuando se trata de una persona jurídica; una vez se haya procedido a su imputación «se tomará declaración al representante especialmente designado» (art. 409 bis). Esta declaración, sigue diciendo este precepto, «irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización», en términos parecidos –aunque no idénticos– a lo que establece para las personas físicas el art. 389.

La declaración del investigado –en el caso de la persona jurídica, su representante designado– representa uno de los actos de defensa más necesarios y relevantes en el procedimiento penal. Esta diligencia permite ofrecer las explicaciones que el declarante tenga por conveniente y sus declaraciones deben surgir de una forma espontánea, respondiendo a las cuestiones que el instructor o las acusaciones quieran formular y sean pertinentes, prohibiendo específicamente la ley las preguntas capciosas o sugestivas, así como emplear coacción o amenaza (art. 389).

Debidamente asesorado, y conocedor de todo el material que se ha reunido en las actuaciones, el investigado podrá usar la oportunidad que se le brinda para declarar cuanto le pueda resultar favorable y omitir aquello que le pueda perjudicar, o incluso de faltar a la verdad en la narración de los hechos, o directamente negarse a prestar declaración (art. 409 bis).

Por todo lo dicho, resulta evidente que se ha de establecer esta actuación sumarial como trámite o diligencia necesaria –la ley dispone que la persona investigada deberá ser citada solo para ser oída (art. 486) –, dirigida esencialmente a permitir al investigado presentar ante el órgano instructor su propia versión de los hechos. Ahora bien, en el caso de la «indagatoria» de una persona jurídica no parece que le preocupe mucho al legislador que la diligencia efectivamente se cumplimente, pues dispone que si el representante debidamente citado no comparece se considera que se acoge a su derecho a no declarar... y el procedimiento sigue adelante.

Esta solución legal no permite sin embargo omitir esta citación a la persona jurídica, para que pueda ofrecer información sobre los hechos investigados en esta fase del procedimiento, brindándole la oportunidad de dar explicaciones. En el caso de que se omitiera este trámite, el auto de transformación debería anularse y, si se advierte al principio del juicio oral, en el momento de las cuestiones previas, el juzgador podría decidir o bien la nulidad de la apertura del juicio, retrotrayendo las actuaciones con el fin de que se oiga al acusado sobre los hechos y pueda proponer las diligencias que entienda le pueden favorecer, o bien podría diferir la cuestión hasta el

momento de la sentencia y apreciar entonces indefensión porque el acusado ha sido sorprendido con hechos sobre los que no tuvo la oportunidad de declarar en la instrucción ni de articular en esa fase una actuación defensiva eficaz, vulnerando su derecho a la información sobre la acusación.

El representante especialmente designado

Las personas jurídicas no pueden participar activa y directamente en el procedimiento porque carecen de corporeidad, de modo que no pueden hablar, ni expresarse, si no es a través de un representante. Hasta que se estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la presencia de los entes morales en los procesos penales era tratada con entera normalidad en la ley y en la práctica. En tanto no se podía declarar su responsabilidad penal e imponerle una pena, y solo cabía un pronunciamiento sobre su responsabilidad civil, directa o subsidiaria, o incluso adoptar medidas contra ella, la persona jurídica tenía carta de naturaleza entre los sujetos del proceso penal, sin necesidad de ninguna otra precisión.

Desde el momento en que el Código Penal español, con la reforma de 2010, atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas por ciertas conductas delictivas, se hizo necesario garantizarles su derecho a la defensa en toda su extensión. La ley procesal, apartándose del inicial proyecto del Gobierno, dispensa –finalmente– a las personas jurídicas un tratamiento «humanizado», exigiendo que se les proporcione información sobre la existencia del procedimiento y su contenido, y asimismo se les requiera para que designen un representante especial (art. 119) que intervenga en su nombre en las distintas diligencias, sin perjuicio de la preceptiva asistencia de abogado (Escobar, 2018, pp. 125 y ss.).

Ahora bien, la ley procesal ni siquiera exige que la persona jurídica llegue a designar a su representante en el proceso, pues el art. 119.1.a) dispone que «la falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado», con lo que

parece que el objetivo esencial es citar a la persona jurídica y requerirle inicialmente la designación de representante, y de abogado y procurador. La desatención de la imputada a estos requerimientos los suple la ley ordenando la designación de oficio abogado y procurador y previendo que la inasistencia del representante al acto de la comparecencia no exige ningún otro tipo de actuación o de iniciativa del instructor, sino que el acto se practique con el abogado (art. 119.1.b), haya sido éste designado por la persona jurídica o de oficio.

En el art. 22 del Proyecto de Ley 178 de 2020 Senado, de Colombia, respecto de la representación en el proceso penal de la persona jurídica imputada solo se prevé que será representada por su abogado de confianza y, si no lo tuviere, por un defensor público. Para la ley española carece de toda importancia tanto la designación del representante como su presencia física en la primera comparecencia, supliéndose con informar al abogado de los hechos que se le imputan (art. 119.1.c), o su presencia en la «indagatoria», que normalmente se realizará en el mismo acto, disponiendo la LECRIM que «la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar». Basta con haber brindado la oportunidad de intervenir y defenderse, sin ulteriores complicaciones.

Al igual que tiene una importancia muy relativa para la ley procesal la existencia e intervención iniciales en el proceso del representante designado, el tratamiento legal sigue siendo el mismo para el momento del juicio oral, pues el art. 786 bis.2 LECRIM dispone que «la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta».

La figura del representante especialmente designado se ha convertido en la materialización humana de la persona jurídica, el sujeto a través del cual la persona jurídica interviene en el proceso y, lo que es más importante,

ejercita sus derechos. Con ser de esta enorme relevancia, la ley procesal nada dice acerca de la identidad, condiciones y requisitos del representante especialmente designado para intervenir en la causa penal. Es una cuestión que se deja en manos de la propia persona jurídica, es decir, de su órgano de administración, que en principio tiene total libertad para nombrar a cualquier persona que tenga capacidad de obrar suficiente.

Claro es que llegar a identificar con claridad cuál es la persona física que debe o puede asumir la representación procesal de una persona jurídica no es tarea fácil. El absoluto silencio de la ley penal no permite sugerir respuesta alguna; así pues, en principio, cualquiera que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles puede ser designado para asumir tal representación. La voluntad de la persona jurídica se forma en sus órganos legales y estatutarios, que deben velar por la satisfacción de los derechos e intereses de aquélla, y la designación de su propio representante es una facultad genuina del órgano de administración. Se puede designar a alguien vinculado directamente con la persona jurídica, o bien de una persona física ajena, a la que se podrá ilustrar acerca de las cuestiones esenciales de la representada.

Es verdad que uno de los criterios esenciales para adoptar esa decisión puede ser el conocimiento directo y propio que el representante tenga sobre el funcionamiento de la persona jurídica, sobre su programa de *compliance* o sobre los concretos hechos delictivos que se persiguen en el proceso penal. No obstante, si bien se mira, la ley hace incompatible la condición de representante designado y la de testigo en el mismo proceso, como luego se analiza, por lo cual no parece ni relevante ni necesario que el representante tenga unos conocimientos propios y previos sobre los hechos.

Sin embargo, esto mismo es contradictorio con la previsión normativa de que declare (o pueda hacerlo) tanto en la instrucción como en el plenario, pues si el representante carece de conocimiento de los hechos que se enjuician difícilmente tendrá declaración alguna que hacer y, según dispone el art. 409 bis LECRIM, la declaración del representante «irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización».

De todo ello resulta que el órgano de administración podrá libremente decidir sobre la designación del representante, tomando en cuenta los propios intereses de la persona jurídica, sin perder de vista dos elementos: De un lado, que la declaración del representante se rodea de todas las garantías del investigado, de modo que tiene derecho a guardar silencio total o parcialmente, derecho a no declarar contra la persona jurídica y derecho a no confesar la culpabilidad de ésta; de otro lado, que las preguntas deben hacer referencia a hechos y circunstancias de la persona jurídica y no a hechos personales del declarante porque en este caso debería de haber sido llamado como testigo, como luego se analiza.

En todo caso, la persona del representante es fungible de modo que puede ser sustituida a lo largo de todo el procedimiento, y, precisamente, acerca de su designación para el plenario se establece en el art. 786 bis LECRIM que la persona jurídica acusada «podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe», eludiendo la circunstancia de que el representante ya debió –o pudo– ser designado para la primera comparecencia.

Claro es que esta designación ha de tratarse como una facultad o, mejor, una carga de la persona jurídica, pues en su propio interés podrá hacer acudir al procedimiento a alguien que la defienda, y solo puede considerarse desde esta perspectiva de garantizar el derecho fundamental a la defensa; por lo tanto, no es una obligación procesal porque la falta de designación la suple la ley informando de los hechos al abogado y prohibiendo la suspensión del juicio oral por incomparecencia del representante al acto.

El conflicto de intereses del representante

Sin embargo, es evidente que pueden existir muy serios problemas en torno a esta designación, o a la idoneidad del representante, cuando llegue a estar en juego el presente y, sobre todo, el futuro de la persona jurídica. En efecto, la disparidad de figuras que adoptan los entes morales y, dentro de ellas, la

disparidad de intereses en los órganos de administración, y con los socios o asociados, no autorizan a un pronunciamiento único.

Es preciso partir de la configuración normativa de la responsabilidad que se esté exigiendo a la persona jurídica, y del hecho de que, previa o conjuntamente, se habrá imputado a un directivo o empleado de ella (aunque se desconozca su identidad) por la comisión de un delito en beneficio de la entidad.

Los intereses eventualmente en conflicto que pueden aparecer en un proceso penal contra una persona jurídica deben hacernos reflexionar sobre estos extremos, pues no siempre el órgano de administración –que sin duda ostenta la legitimación para designar al representante en el proceso penal– tendrá la unanimidad de los socios o asociados en la defensa de los derechos e intereses de la entidad. La persona jurídica, que puede enfrentarse a una pena que llegue hasta su disolución, en cuya gestión o administración no hayan participado todos los socios o asociados, puede terminar condenada con un quebranto definitivo de los derechos e intereses de estos y de los intereses de terceros.

Será preciso, entonces, intentar que se garantice al menos la posición procesal del representante especialmente designado para que, sin menoscabo alguno de la responsabilidad en que haya incurrido la persona jurídica, no se perjudique más allá de lo necesario la posición de quienes se hubieran opuesto a la actuación delictiva, o de quienes no intervinieron ni consintieron en ella, sean administradores o partícipes minoritarios que, sin embargo, pueden ser arrastrados por la condena. Y que, desde luego, el representante pueda sostener una posición defensiva articulando todos los medios a su disposición para obtener una sentencia absolutoria o, al menos, la sentencia menos gravosa posible para la persona jurídica. Especial cuidado exige la incompatibilidad del administrador que, al propio tiempo, es imputado como el autor del delito por el que se exige responsabilidad a la persona jurídica (Chocrón, 2011, p. 9).

Como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo (STS) 154/2016, de 29 febrero (*Tol 5651211*), en su Fundamento 8.º, la cuestión es especialmente grave cuando pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los llamados legalmente a ostentar las funciones de representación (representantes y administradores) y los intereses propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pueden incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc. Especialmente grave sería el caso en que el administrador sea, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada porque la actuación del representante designado, dice la sentencia,

[...] se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante

[...] dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

[...] nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación,

sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

La sugerencia de esta sentencia, remitiendo a los mismos órganos de representación de la persona jurídica la designación del representante en el proceso penal en los casos de incompatibilidad de los intereses del directivo imputado que asume al propio tiempo la administración del ente, no está prevista en la ley procesal y ello sería sumamente deseable. Como sostiene Rodríguez:

[...] es necesario que la Ley hubiese señalado o articulado un procedimiento para aquellos casos en los que se dé conflicto entre los órganos de la sociedad, *compliance officer* y persona jurídica. La sociedad tiene derecho a una defensa penal con todas las garantías y puede vulnerarse este derecho mediante inculpaciones y conformidades rápidas, cuando existe conflicto de intereses con las personas encargadas en principio de representarla o asistirle (2017).

Con todo, la remisión al órgano de administración de la posible incompatibilidad exigiría que esa circunstancia se advirtiera en las mismas actuaciones. El deber de hacer constar las «circunstancias así adversas como favorables» que se impone a todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal (art. 2 LECRIM), incumbe y afecta tanto al juez de la instrucción y al juez del plenario, como al Ministerio Fiscal, de modo que cualquiera de ellos habrán de advertir esta incompatibilidad y adoptar las medidas que consideren pertinentes, para salvaguardar el derecho fundamental a la tutela efectiva y a la defensa de la persona jurídica.

Sin duda alguna la solución apuntada por el Tribunal Supremo puede resultar factible, y para ello el instructor podría requerir al órgano de representación de la persona jurídica que designe un representante que solamente tenga compromiso con la defensa. Se ha sugerido también la aplicación analógica del art. 206.3 de la Ley de sociedades de capital (RDlegislativo 1/2010, de 2 julio), según el cual en los casos de impugnación de acuerdos sociales «Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto», «[...] el juez que

conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado» (Gascón, 2010, p. 62). Otros han planteado –para lograr la designación– la aplicación analógica de lo dispuesto en la LEC sobre multas coercitivas en la ejecución de las sentencias (arts. 589, 709 o 710) (así, Pedraz, Pérez & Cabezudo, 2010, p. 25). También lo podría plantear el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de su deber constitucional y legal de defender los derechos de los ciudadanos, solicitando del juez que hiciera el requerimiento.

Pero es indudable que los primeros interesados en desvanecer el problema y resolver el conflicto serían los socios o asociados y, en posición más cercana, los miembros o partícipes en los órganos de administración que fueran ajenos al delito y a la responsabilidad de la persona jurídica derivada de un delito. Con independencia de su posible personación en el procedimiento penal, bien podrían dirigirse al juez para que, desde el primer momento en que se advirtiera el conflicto, se articularan los medios más idóneos para resolver la situación.

No se trata con todo ello de satisfacer los intereses de los socios, ni de algunos administradores, sino, antes y por encima de todo ello, se trata de salvaguardar el derecho fundamental de una persona jurídica a defenderse de una acusación y de una responsabilidad penal, y a defenderse de un modo efectivo y eficaz, de manera que pueda confrontar su tesis exculpatoria no solo frente a la acusación sino también frente al coacusado (sea directivo o empleado suyo).

Porque una actuación del representante que perjudicara a la persona jurídica en beneficio propio podría dar lugar a una nulidad de actuaciones (Banacloche, 2018, p. 33); como dice la STS 154/2016, de 29 de febrero (FD 8.º 5):

[...] nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un

motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

Esta doctrina se reitera en las SSTs 583/2017, de 19 de julio, 668/2017, de 11 de octubre o 123/2019, de 8 de marzo (FD 1.º4) (*Tol 7119226*), insistiendo en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia. A propósito de esta sentencia comenta en su blog de 25 de marzo de 2019 el fiscal Frago Amada que «[n]o se puede, como bien indica el TS al amparo del 786 bis LECRIM, citar como testigo (con obligación de decir la verdad) a quien ha declarado en instrucción como representante de la persona jurídica (con irresponsabilidad en caso de mentir)» (2019). Se sostiene en esa pieza procesal que:

[...] dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Se comparte, entonces, la opinión de Banacloche cuando señala que «lo importante en estos casos es extremar las garantías procesales de los investigados», aunque no la conclusión de que «debería excluirse de principio que pueda representar a la empresa alguien que forma parte de la misma» (Banacloche, 2018, pp. 33-34).

El ejercicio de la defensa por el representante especialmente designado

Es evidente que la imputación del ente moral y los hechos que la integran, pretenden traer al proceso varias circunstancias que sustentan la posición acusatoria, como dice Portal:

[...] que la persona jurídica tiene capacidad de ser perseguida penalmente; la relevancia penal del suceso de la que es responsable; la decisión de su política que ha generado el riesgo, sin que ésta lo haya evitado o eludido de modo eficaz; el beneficio, directo o indirecto, obtenido al tomar tal decisión; el bien jurídico protegido que su decisión y actividad han transgredido; y, por último, la cuantificación de los daños y perjuicios originados por su actividad criminal (2017, p. 10).

El representante designado, desde el momento en que esté llamado a comparecer e intervenir en el procedimiento, tiene ante sí el reto ineludible de poner en práctica la estrategia defensiva más adecuada para alcanzar la absolución de la persona jurídica a la que representa, o una pena lo más reducida posible.

Precisamente contra estos hechos y estas circunstancias ha de articularse la defensa de la persona jurídica, de modo que el cometido del representante designado será diseñar y ejecutar la mejor defensa para su representada, porque ella tiene el derecho fundamental a defenderse; por consiguiente, el representante está facultado a intervenir en nombre de la persona jurídica y está obligado a atender del mejor modo posible a dar satisfacción al derecho de defensa, porque en caso contrario se estaría produciendo su vulneración.

Comoquiera que el presupuesto para que surja la responsabilidad penal de la persona jurídica es la comisión de un delito por uno de sus directivos o empleados y que de esa actuación derive un beneficio para la entidad, la primera gran decisión del representante, con toda la información que posea o que pueda obtener de la propia persona jurídica, será sin duda considerar si defiende la inexistencia de delito o pretende oponerse a que su representada hubiera obtenido beneficio alguno, o es preferible inclinarse por alguna otra línea de defensa. Al respecto, sostiene (Portal, 2017, p. 12):

Los indicios tienen que describir la facilidad la facilidad que la persona física, vinculada a su estructura, ha tenido para vulnerar la legalidad penal, en nombre y beneficio de dicho ente jurídico, situación que se sustentará a través del examen del diseño, la implantación, la ejecución y la revisión periódica del programa de cumplimiento penal. Conforme a ello, las alegaciones vertidas por las partes se deben centrar en verificar si el ente jurídico ha decidido autorregularse razonadamente y si los distintos departamentos han sido configurados de manera objetiva para eliminar el riesgo de generar una infracción penal. A la postre, debe examinarse si existía una previsión sobre la manera de proceder al suceder dicha infracción y las medidas correctoras que debían activarse.

Por lo tanto, el representante debe en primer lugar analizar la situación que ha desembocado en la imputación de la persona jurídica, con la asistencia técnica del abogado, recabando de su representada, de los órganos de administración y de los empleados o directivos, todos los documentos y los datos que tengan en su poder.

A la vista de los elementos que hubiera podido examinar, habrá de decidirse por alguna de las líneas de defensa que puede articular en ese concreto proceso, con el fin de lograr la mejor resolución para la persona jurídica, teniendo en cuenta que algunas de ellas son incompatibles entre sí:

a) de un lado, puede negar los hechos delictivos que se imputan al directivo o empleado, de modo que, liberado el directivo o empleado, decaiga la responsabilidad de la persona jurídica;

b) de otro lado, puede intentar acreditar que la persona jurídica no ha obtenido ni directa ni indirectamente beneficio alguno de los hechos delictivos, y que el directivo o empleado autores del delito nunca pudieron perseguir ese beneficio. No se comparte la extensión de responsabilidad a la persona jurídica, en términos casi de responsabilidad objetiva, por cualquier acto de persona física, que parece se pretende por la Circular de la FGE 1/2016, cuando dice que la expresión legal en beneficio directo o indirecto ha de entenderse

[...] como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de

manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés [...] también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a la entidad, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella.

c) también cabe articular la defensa acogiendo a la aplicación de la eximente de responsabilidad penal del art. 31 bis 2 y 4 CP, es decir, que existe y se ha implantado el programa de *compliance*, el protocolo de prevención de delitos, cumpliendo todos los requisitos exigidos por la ley penal (Muñoz, 2017, pp. 39 y ss.; Serrano, 2016, pp. 191 y ss.);

d) o bien podría adoptar una estrategia de colaboración, procurando la aplicación de alguna o algunas de las circunstancias atenuantes previstas en el CP (denunciar, colaborar en la investigación, reparar el daño o establecer medidas para prevenir y descubrir delitos), aun cuando el art. 31 *quater* parece exigir que las conductas que atenúan la responsabilidad se hayan de realizar «a través de sus representantes legales» no debería excluirse que esas conductas se realicen por otros sujetos, v. gr., los trabajadores (Mendo, 2017, p. 132); o bien planteando actuaciones anteriores que no lleguen a perfeccionar la eximente (art. 31 bis.2.II CP);

e) Cabe asimismo intentar alcanzar una conformidad con la acusación poniendo fin al proceso de esa manera;

f) a falta de la viabilidad de cualquiera de las estrategias anteriores, cabe también la opción de confiar en la presunción de inocencia, y que la acusación no logre convencer al tribunal de la realidad de los hechos que dan lugar a la responsabilidad de la persona jurídica. No podemos olvidar que no siempre la comisión de un delito por parte de sus directivos o empleados conllevará un delito propio, sino que se exigirá a la acusación que acredite «un incumplimiento grave de los deberes de supervisión» por parte de la entidad (STS núm. 221/2016, de 16 de marzo).

Como fácilmente se puede advertir, estas diferentes estrategias defensivas no pueden seguirse simultáneamente en el procedimiento, de modo que la

decisión inicial del representante seguramente condicionará de manera muy relevante su modo de estar y participar en la causa y el propio resultado de la misma. Lo que sin duda se ha de garantizar a la persona jurídica imputada es que la defensa sea efectiva, y eso exige que la actuación procesal del representante tenga como único objetivo lograr una sentencia lo más favorable posible para su representada, porque de otro modo estaría traicionando su condición de representante designado, sin que deba tomar en consideración factores o intereses externos, incluidos los intereses particulares de los administradores de la persona jurídica.

Y para ejecutar materialmente la estrategia defensiva que se haya considerado preferible, puede el representante participar activamente en el procedimiento, desde el primer momento hasta el final de las sesiones del juicio oral, contradiciendo y oponiéndose a las iniciativas de la acusación, proponiendo diligencias exculpatorias y aportando elementos probatorios para desvanecer la imputación, incluyendo la adecuación del modelo de organización y gestión que la persona jurídica representada hubiera implantado, presentando escrito de defensa con la proposición de toda la prueba de descargo que considere útil y haciendo uso también del derecho a la última palabra.

Frente a esta actuación netamente defensiva y activamente contradictoria con la acusación, el representante también podría adoptar una postura meramente pasiva, dejando hacer a la acusación y sin intervenir en las diligencias de instrucción ni proponer actuación alguna, o incluso sin acudir ante el órgano judicial en el acto del plenario ni presentando escrito de defensa.

Por último, puede el representante optar por intervenir activamente en el procedimiento, pero en una actitud de colaboración con la acusación con el fin de que se aplique a su representada una o varias de las atenuantes de responsabilidad penal previstas en el CP; así, puede aportar pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos (art. 31 quater.1.b CP), o establecer, antes del comienzo del juicio

oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (art. 31 quater.1.d CP). Al respecto, plantea Banacloche (2018, p. 15), el problema de la aplicabilidad de la primera de las atenuantes previstas en el CP y los problemas de la investigación interna a la hora de presentar una denuncia por parte de la persona jurídica a través de sus representantes legales.

Con independencia de discusiones sobre la aplicabilidad a la persona jurídica de las garantías y derechos que se reconocen a las personas físicas, parece que queda fuera de toda duda que aquélla –y su representante en el proceso– pueden ejercitar en toda su extensión el derecho de defensa. Eso significa que le son de aplicación sin restricciones tanto el derecho a guardar silencio como el derecho de no autoincriminarse (no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable) (Escobar, 2018, pp. 127 y ss.).

El art. 786 bis.1 LECRIM contiene el programa de garantías de la defensa de la persona jurídica en el momento del juicio oral, aunque es evidente que resulta de aplicación a lo largo de todo el procedimiento, y dispone que:

Quando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.

Pues bien, el reconocimiento de estos derechos impide absolutamente tanto al instructor como a los acusadores exigir o imponer a la persona jurídica y, por derivación, a quien la personifica en el procedimiento, al representante especialmente designado, cualquier deber u obligación de colaboración, incluida todo tipo de intimación o de apercibimiento (Del Moral, 2010), porque eso sería incompatible con el derecho a no autoincriminarse, sin perjuicio de que, por el contrario, se le deba ilustrar al representante designado de los derechos que le asisten.

También viene amparada la persona jurídica por la presunción de inocencia, de modo que la condena solamente se puede fundamentar en pruebas de cargo practicadas en el juicio que sean suficientes, obtenidas lícitamente, es decir, respetando todas las normas del ordenamiento jurídico, y que logren la convicción del juzgador más allá de toda duda razonable. De este modo, la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la sentencia condenatoria, que son la comisión de un delito por un directivo de la persona jurídica en nombre o por cuenta de ella y en su beneficio directo o indirecto (art. 31 bis.1.a CP), o por un empleado en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica por haber incumplido los directivos los deberes de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis.1.b CP), se le atribuye enteramente a la acusación.

Se discute si la carga probatoria de la eximente de la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión dirigidos a prevenir la comisión de delitos debe recaer en la persona jurídica imputada o en la acusación acreditar que no existen (Banacloche, 2018, pp. 34 y ss.; Escobar, 2018, pp. 144 y ss.). Como regla general, las circunstancias eximentes habrán de ser alegadas y probadas por el acusado que las alega. En este caso no puede ser algo diferente: Es la persona jurídica quien puede conocer y aportar su propio programa de *compliance*, y no se puede trasladar a la acusación que acredite un hecho negativo; de existir el programa, será la persona jurídica acusada quien tenga la carga de su aportación.

Otra cosa es que, una vez aportado en la causa, haya que acreditar las cuatro condiciones que establece el art. 31 bis.2 CP, porque cada una de ellas ciertamente requerirá una prueba diferente; en efecto:

a) Cuando se trata de que el órgano de administración haya «adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (art. 31 bis.2.1.^a CP), una vez que consta en la causa que existe un programa de *compliance*, la falta de eficacia

o de idoneidad para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de que se cometan, debe probarlas la acusación, salvo que estas circunstancias se desprendan naturalmente del propio programa.

b) Cuando se trata de que «la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica» (art. 31 bis.2.2.^a CP), si este órgano existe en los términos del precepto legal, la carga de la prueba de la ausencia de esta condición incumbe igualmente a la acusación.

c) Lo propio cabe decir de la condición tercera, esto es, que «los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención» (art. 31 bis.2.3.^a CP), pues es evidente que el elemento intencional del engaño del directivo debe ser probado por las acusaciones.

d) Por último, el hecho de que no se haya «producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control» (art. 31 bis.2.4.^a CP), por el órgano encargado de ello habrá de acreditarse el hecho positivo, y no el negativo, es decir, que efectivamente se ha producido la omisión o insuficiencia, hechos que en buena lógica colocan la carga de la prueba en el lado de la acusación.

La incompatibilidad del representante con la condición de testigo

El art. 786 bis.1 LECRIM prevé que el representante especialmente designado por la persona jurídica ocupe en el juicio oral el lugar de los acusados, y que será llamado a declarar en nombre de la persona jurídica y en calidad de acusado cuando se hubiera propuesto y admitido esa prueba. Sin embargo, el segundo párrafo de ese precepto dispone que «no se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo». De esta forma

escueta incompatibiliza la ley los papeles de testigo y de representante de la persona jurídica, primando sin embargo la condición de testigo sobre la de representante.

Esta decisión legislativa suscita serias dudas, porque está inclinando la balanza a favor de las acusaciones, que fácilmente pueden conseguir que se excluya a cualquier persona de la función de representación de la persona jurídica con el simple expediente de proponerla como testigo. No se puede perder de vista que, desde la posición de la representada, que es la imputada en el proceso y a la que se deben garantizar todos los derechos de la defensa, si la ley ha querido someterla al enjuiciamiento penal por la vía de asimilarla a una persona física, debería hacerse con todas sus consecuencias, y esto alcanza sin duda alguna a dejarle entera libertad para seleccionar a su representante del modo que tenga por conveniente y que a la defendida le resulte más idóneo.

Por supuesto, no se entiende que la LECRIM prevea que la declaración del representante de la persona jurídica en la instrucción vaya dirigida «a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización» (art. 409 bis), pues eso supone el conocimiento del representante sobre los hechos más relevantes para la causa. Es decir, para la ley el representante sabe o puede saber sobre los hechos y, por esa sola razón, paradójicamente le inhabilita para seguir desempeñando la representación en el mismo momento en que sea admitido como testigo.

En todo caso, el representante viene al proceso para declarar sobre hechos de la representada y no puede expresar el sentir de la persona jurídica porque ésta carece de sentimientos, por lo que, como dice Escobar,

«[...] desprovista de su razón de ser, la declaración del representante especial se presenta con pocas posibilidades de tener un contenido valorable como prueba a la hora de dictar sentencia, precisamente, porque únicamente se está expresando el sentir o voluntad de una persona física, el de sí mismo, se insiste, por muy representante voluntario o mandatario que sea de la persona jurídica o por muy variadas y delimitadas que sean las instrucciones que le hubieren dado» (2018, p. 133).

Es muy dudosa esta decisión de la ley porque, en buena lógica, excluye que el representante declare durante la instrucción para esclarecer los hechos porque, si efectivamente lo hace, de inmediato la acusación lo puede proponer como testigo. En tal supuesto, el que había declarado como representante, sin deber de decir la verdad y con la posibilidad de trasladar una versión falsa en aras de la defensa, se enfrentará luego a un interrogatorio en el que deberá declarar con el deber de decir la verdad, sin negarse a responder a ninguna pregunta y cuando la acusación pondrá entonces al descubierto, con este ardid, toda la estrategia de defensa de la persona jurídica produciéndose sin duda una vulneración del derecho fundamental a la defensa.

No se entiende que la acusación pueda vetar a un representante designado que le resulte incómodo acudiendo a la solución de proponerlo como testigo, privándole a la persona jurídica de elegir a su representante con sus propios y soberanos criterios, colocando en esa posición procesal a quien considere que mejor le puede defender.

Como bien apunta Dopico, el art. 786 bis incurre en una «inversión valorativa poco razonable», pues parece que «da prioridad a la *llamada de testigos* antes que al *derecho de defensa* de la persona jurídica». No obstante, la solución que sostiene se queda a medio camino, pues dice que

[...] si en la designación de representante no se aprecia fraude (es decir, si el nombramiento puede ser justificado por la posición del sujeto, y no se trata de un mero intento de bloqueo informativo) deberá permitirse que el designado comparezca en tal condición *a pesar de que hubiese sido llamado como testigo*.

Aunque luego argumenta, con toda razón, que:

[...] si una entidad tiene un representante idóneo para defender su inocencia y su diligencia, no se ve por qué el mero hecho de que la acusación haya instado su llamamiento como testigo podría ser un argumento válido para impedir a la persona jurídica el correcto ejercicio de su derecho de defensa (Dopico, 2012, quien justifica la exclusión como una medida para evitar un riesgo de fraude).

Tampoco cabe omitir que el conocimiento sobre los hechos que se estén enjuiciando puede ser personal del representante-testigo, adquirido al

margen de una posición institucional u organizativa dentro de la persona jurídica; que también puede venir de los documentos o datos proporcionados por la misma representada, o que el designado puede tener una información procedente de las dos fuentes. Sea como fuere, la inescindibilidad del conocimiento del representante puede dar como resultado que se pierda un testigo de cargo, y que la persona jurídica precisamente designe a quien mejor conozca los hechos para impedir que se le tome juramento o promesa y se le obligue a decir la verdad. Es verdad que así la persona jurídica se podría «blindar» en cuanto a la prueba testifical, y no verse sometida a un testimonio potencialmente hostil –porque responda a la verdad– de una persona vinculada con ella.

Sin embargo, este riesgo no se debería conjurar con el fácil expediente de inhabilitar al representante en el momento en que se admite como testigo, esencialmente porque los medios de prueba para acreditar todos los hechos constitutivos que fundamentan la responsabilidad penal de la persona jurídica son mucho más extensos que la declaración de un testigo, y por lo común consisten esencialmente en prueba documental, además de que se pueda acudir a la declaración testifical de otras personas del órgano de administración, del oficial de cumplimiento, de empleados o de trabajadores de la entidad, etc. (Escobar, 2018, pp. 139 y ss.).

Referencias

- Banaolche, J. (2018). Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (pp. 13-40). Madrid: Ministerio de Justicia-Fiscalía General del Estado.
- Cadenas, F. (2018). El estatuto penal de la persona jurídica. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (pp. 41-78). Madrid: Ministerio de Justicia-Fiscalía General del Estado.
- Chocrón, A. (2011). Representación y defensa procesal de la persona jurídica imputada en el proceso penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (5), 177-188.

- Del Moral, A. (2018). Responsabilidad penal de partidos políticos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (pp. 299-318). Madrid: Ministerio de Justicia-Fiscalía General del Estado.
- Del Moral, A. (2016, enero 18). La responsabilidad penal de las persona jurídicas: Societas delinquere non potest..., sed puniri potest! *Abogacía Española*. <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-non-potest-sed-puniri-potest/>
- Del Moral, A. (2010, noviembre 4). Responsabilidad penal de personas jurídicas: incidencia procesal. *EL DERECHO.COM*. <https://elderecho.com/responsabilidad-penal-de-personas-juridicas-incidencia-procesal>
- Dopico, J. (2012). Proceso penal contra personas jurídicas medidas cautelares, representantes y testigos (1). *Diario La Ley*, (7796).
- Escobar, R. (2018). Una visión general del estatuto procesal de las personas jurídicas responsables penales. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (pp. 117-147). Madrid: Ministerio de Justicia-Fiscalía General del Estado.
- Echarri, F. J. (2011, mayo 18). Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales. *Diario La Ley* (7632), s.p.
- Frago, J. A., (2019, marzo 25). La vigesimoprimer sentencia del Tribunal Supremo en materia de personas jurídicas. *Blog de Derecho. En ocasiones veo reos*. <https://enocasionesveoreos.blogspot.com/2019/03/la-vigesimoprimer-sentencia-del.html>
- Gascón, F. (2010). Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal. F. Gascón (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de la Reforma del Código Penal* (pp. 19-102). Cizur Menor: Aranzadi.
- Gimeno, J. (2016). *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas* [1.ª ed.]. Madrid: Civitas.
- Gómez-Jara, C. (2018). Sobre el fundamento (último) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Ministerio de Justicia. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (pp. 181-199). Madrid: Ministerio de Justicia-Fiscalía General del Estado.
- Hernández, J. (2010). Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables. *Diario La Ley*, (7427).
- Marchena, M. (2018). La contribución del magistrado José Manuel Maza a la consolidación de un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. *La responsabilidad*

- penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (pp. 241-254). Madrid: Ministerio de Justicia-Fiscalía General del Estado.
- Mendo, A. (2017). El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 113-138.
- Muñoz, J. (2017). Cuestiones esenciales para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (9), 39-49.
- Navarro, J. (2015). El estatuto de la persona jurídica como responsable penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1 (4), 21-32.
- Pedraz, E., Pérez, J. & Cabezado, N. (2010). Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. F. J. Álvarez & J. L. González (Dir.), *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal* (pp. 19-30). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Portal, J. (2017). Aspectos concernientes a la prueba en el enjuiciamiento penal de la persona jurídica. *Revista Aranzadi Doctrinal* [on line] 8, 1-29.
- Proyecto de Ley 178 (2020, julio 30). Por el que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional, y delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y se dictan otras disposiciones. *Gaceta del Congreso* N.º 616, de 31 de julio de 2020, 1-12.
- Rodríguez, F. J. (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), 107-129.
- Rodríguez, G. (2018). Análisis jurisprudencial de las conformidades en los procesos penales. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (pp. 319-331). Madrid: Ministerio de Justicia-Fiscalía General del Estado.
- Serrano, O. (2016). Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), 191-214.

Inmediación y virtualidad en el proceso penal

*Carlos Andrés Guzmán Díaz**

«La palabra consciente, el diálogo, la réplica instantánea, la interrupción, la pregunta y la respuesta...es también propio de la naturaleza que la palabra hablada refleje situaciones de ánimo que en la escritura se disimulan u ocultan fácilmente. Un pliego de papel no permite adivinar la verdadera posición íntima del escritor. En la oración hablada prontamente se conoce al embustero, al maniático, al obcecado, al incomprensivo, al intransigente» (Ossorio, 1971).

Resumen: En esta oportunidad se analiza el concepto de inmediatez, como criterio prevalente del proceso penal, así como las limitaciones que ha tenido, tanto en el ámbito legal como jurisprudencial. Por otra parte, se examina si la virtualidad puede afectar la inmediatez o, en caso dado, bajo qué condiciones podría tener mejores desarrollos.

Palabras claves: Proceso penal, sistema acusatorio, inmediatez, virtualidad, práctica de pruebas.

Abstract: Here the concept of immediacy is analyzed, as a prevalent criterion of the criminal process, as well as the limitations it has had, both in the legal and jurisprudential spheres. Moreover, the circumstance of whether or not virtuality can affect immediacy is examined, and if so, under what conditions it could be better developed.

Keywords: Criminal process, prosecutorial system, immediacy, virtuality, evidentiary practice.

* Profesor de la U. de Los Andes. Doctor en derecho, U. de Salamanca-España. Agradezco a Federico Londoño y a Adriana Rojas por los comentarios al documento; las manifestaciones aquí contenidas no vinculan a entidad alguna en la que el autor trabaje o haya trabajado. Correo de contacto: carlosguzman@rocketmail.com

Introducción

Las reflexiones de Don Ángel Ossorio con las que inicia este escrito, dan cuenta de la desconfianza de la palabra consignada en un papel en oposición al diálogo. Allí se encuentra buena parte del fundamento axiológico sobre el que se construye el concepto de *inmediación*, uno de los criterios a los que se le ha prestado mayor atención en los últimos tiempos, especialmente, al entrar en vigencia la Ley 906 de 2004, en la cual expresamente se incorpora esa noción como norma rectora, en el entendido de que el juez debería fallar no con actas recogidas por una de las partes sino con lo que ha podido percibir durante el juicio.

Sin embargo, ciertas inquietudes han surgido con ocasión del reciente aislamiento generalizado que tuvimos durante la cuarentena dispuesta por la propagación del virus COVID-19, pues, en ese contexto, se realizó un buen número de audiencias de forma virtual (telemática, digital o electrónica, como también se le puede denominar), lo que ha generado el reclamo por la posible afectación al criterio de *inmediación*. Por lo tanto, a continuación, se realiza una aproximación a dicho concepto con apoyo en la literatura especializada. Con posterioridad, se examinan sus efectos y se identifican ciertas restricciones admitidas en el proceso penal vigente. Finalmente, con estos criterios, se aborda la validez de las audiencias por medios virtuales y las eventuales condiciones en que ellas podrían realizarse.

El concepto de *inmediación*

Desde tiempos de Florián (1982, p. 188) se ha resaltado la importancia del «contacto directo del objeto de prueba con el juez y por lo mismo del medio de prueba», que «se concreta en la observación inmediata de éste»; Andrés (2003, p. 58) señala que su esencia radica en «la relación directa del juez con las fuentes personales de prueba». Para Roxin & Schünemann (2017) el principio de *inmediación* (*Unmittelbarkeit*) implica que no puede ponerse a cargo de otras personas la recolección de la prueba y la percepción de lo

dicho por los testigos en juicio «no puede ser reemplazada por la lectura de una audiencia anterior transcrita» (p. 403); así las cosas la afectación al principio de inmediación puede darse, no solo por la lectura de actas sino en casos en que el juez sea sordo, ciego, con demencia o que se duerme «durante un tiempo significativo, de manera que no puede seguir los pasos esenciales del proceso». En el derecho español los debates sobre el asunto son también muy relevantes: Ténganse en cuenta las obras de Igartua, quien ha jalonado muchas de las discusiones sobre esa temática (2003); Ferrer (2007), a Cabezudo (2008), Nieva (2012) y Contreras (2015).

En la doctrina nacional, Andrade & Córdoba (2007) sostienen que la inmediación puede tener una manifestación formal, es decir, para referirse a aquél que practica las pruebas; y material, según el cual se alude a que «la prueba personal o mediante concurrencia física no pueda ser sustituida por la documental, por ejemplo, con la lectura de actas» (p. 27). Asimismo, según la jurisprudencia, el principio de inmediación ayuda a «descubrir la verdad de los hechos y a proferir una decisión justa». Sin embargo, ese axioma, «como los demás de su misma índole, no se aplica en forma absoluta en los diversos ordenamientos jurídicos y es objeto de atenuaciones o excepciones por razones de conveniencia o utilidad»; o, como se señaló en ese mismo caso, por la «necesidad jurídica de garantizar con ellas los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia» (Sent. C-830/2002, CConst.).

La inmediación, entonces, se opondría a los modelos mixtos, en los cuales el juez simplemente «legalizaba las pruebas», constituidas por «mudas letras de quienes no dan la cara ante el Tribunal, las partes y el público», como dice Chaia (2010, p. 376). Es más, para cierta parte de la literatura (v. gr. Oré, 2011), gracias a la inmediación el juez puede observar la conducta y la actitud de los testigos (incluso de los sujetos procesales), sus gestos, miradas movimientos corporales, sudoración, coloración del rostro, el tenor de su voz, el modo de decir, etc, para, en función de ello, «determinar la veracidad de sus afirmaciones» (p. 200). Es, digamos, curioso que un juez vaya a valorar la actitud procesal de las partes. Si es complejo, como se ve a continuación, extraer alguna verdad del comportamiento de los testigos, resultaría aún más

difícil que un funcionario judicial, racionalmente, dicte sentencia de absolución o condena según la forma de actuar de uno de los abogados en disputa.

Por ello, Ramos (2019) cuestiona con mordacidad algunos de estos posibles beneficios, pues «en el mundo jurídico se suele creer que el juez debería tener contacto con el testigo para supuestamente tener condiciones de valorar su forma de hablar, el grado de confianza, su postura etc.», lo que califica contrario a lo que la ciencia afirma. Por ello, «la idea de que el juez pueda valorar a un testigo con base en el tono de su voz, el nerviosismo, la forma de mover la cabeza o incluso en contradicciones en las que caiga es simplemente falsa» (p. 164) Concluye, entonces, que:

El estado actual de la ciencia demuestra que la idea de que el juez puede mirar a un testigo y «saber» si está mintiendo o cometiendo errores sinceros no tiene más valor epistémico que cuando en la Edad Media se «comprobaba» que alguien era culpable con la prueba de *hierro candente* o del duelo. Se trata de una forma de «obtención» de «conocimiento» tan irracional como esta (p. 165).

El mismo aspecto es resaltado por Andrés (2003, p. 59), cuando precisa que ese tipo de valoraciones se convierte en una suerte de percepción extrasensorial, difícilmente controlable por otras instancias, por las partes o la comunidad, y que se quedan en el plano de la íntima convicción, incompatible con un modelo racional de valoración de la prueba. Por ello, sostiene que la oralidad y la inmediación no son métodos para el convencimiento del juez, sino una «técnica de formación de las pruebas» (Andrés, 2003, p. 59).

Aunque la idea de poder advertir si una persona dice la verdad o no a partir de su lenguaje no verbal, suele tener cierta relevancia entre los psicólogos (Mazzoni, 2019, pp. 30 y 39) –para lo cual acuden a diferentes técnicas, desde el análisis de las manifestaciones fisiológicas, hasta criterios tales como el CBCA–, lo cierto es que, mientras los jueces no tengan dicha formación, resulta inadecuado confiar plenamente en sus posibilidades de *detectar* una mentira. Sin embargo, tampoco puede desecharse sin más la capacidad de interpretar ciertos gestos o entonaciones, que darían sentido al

artículo 404 del Código de Procedimiento Penal cuando afirma que «[p]ara apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta (...) el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad».

Lo importante es que exista un razonamiento adecuado de tal aspecto en la sentencia, de tal manera que se permita el control judicial del argumento para confiar o descartar determinada valoración de un testimonio en instancias diferentes. Ello, siempre y cuando el juez dé cuenta de los tres criterios básicos que se utilizan en materia del análisis del lenguaje no verbal (Pease & Pease, 2006, *passim*): Interpretación en conjunto, congruencia y contexto. Este último es el que realmente puede fallar en una sala de audiencias, dada la limitada información suministrada por el testigo, usualmente filtrada por temas de pertinencia.

A su turno, la Corte Suprema en cierta oportunidad (Sent. SP13189/2018, Rad. 50836, CSJ) llamó la atención sobre la importancia de captar las imágenes de los testigos durante la práctica de pruebas, en tanto, «en lo sucesivo, cuando exista la disponibilidad técnica para grabar las audiencias en video, las imágenes se tomen, principalmente de los agentes generadores de prueba –testigos y peritos– y no, como ocurrió en el presente asunto, de los abogados litigantes». Sobre esto se vuelve más adelante. Por lo pronto, la sudoración del testigo o la dilatación de sus pupilas, entre otros, son aspectos que difícilmente podrán servir como soporte de fallo o condena de una persona. En especial, porque desde un estrado judicial o a través de una videoconferencia –se anticipa– es bastante extraño que el juez pueda percibir tales circunstancias completamente y, por cierto, es bastante inusual que la medición de las pupilas aparezca en una sentencia. Además, es poco confiable que el juez pueda concluir que la sudoración o la dilatación de las pupilas sea indicativo de mentira o, simplemente, de la temperatura de la sala o de la puesta del sol en ella.

Entre tanto, resulta relevante señalar que la intermediación está construida principalmente en función del juicio oral. No obstante, en otros contextos normativos (Caso EEUU *vs.* Bethea, 2018, Tribunal de Apelaciones de

Wisconsin) se ha exigido para determinadas audiencias especialmente sensibles. En el marco del sistema interamericano de derechos humanos (Caso 11.509 Manuel Manríquez México, 1999, CIDH), se ha entendido que la intermediación procesal «debe ser concebida únicamente entre el juez y el procesado», por lo que no es aplicable allí otras interpretaciones «que incluyen dentro de aquella las declaraciones en sede policía o del ministerio público». En todo caso, se debe evitar que tales declaraciones sirvan, por regla general, como prueba que fundamente la sentencia. Esta es la verdadera garantía de un modelo acusatorio. Por ello, la intermediación, dice Ferrajoli (2002, p. 689), se ve «impedida en el plano epistemológico por el filtro de la transcripción», pues allí solo se consigna lo que resulta relevante de las declaraciones por aquél que compila y que, además, sirve solamente a la acusación.

En consecuencia, uno de los fundamentos centrales de la intermediación es la posibilidad de valoración por parte del juez del relato fidedigno del testigo, y no aquello que conste en actas o en documentos provenientes de una de las partes. Pero tampoco hay que darle alcances inusitados, tanto al criterio en mención, como a las capacidades del juez de detectar mentiras.

Los efectos del criterio de intermediación

La importancia de la intermediación en el proceso penal colombiano se ve reflejada en varias normas, la mayoría de ellas de carácter impositivo-restrictivo, lo que conduce a la prohibición de realizar algunas actividades o valorar determinadas pruebas por parte del juez, si no se observan ciertas condiciones. A continuación, algunas de las reglas establecidas por el legislador, derivadas de dicho criterio:

La imposibilidad de comisionar para la práctica de pruebas.

De acuerdo con el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal de 2004 (norma a partir de la cual se debería construir un concepto teórico o dogmático

de intermediación, que ayude a desarrollar de mejor manera estas materias) resulta inadecuado que para la práctica de pruebas se comisione a otro juez. Esta costumbre, común en otras áreas del derecho, tradicionalmente ha sido una forma de evacuar alguna diligencia o actividad por fuera de la sede judicial del despacho que comisiona, para que otra autoridad, usualmente de igual o inferior jerarquía, cumpliera con dicho cometido. Sin embargo, con el fin de garantizar la intermediación, en el referido artículo se sostiene tajantemente que «en ningún caso» tal comisión será posible, cuando se trate de práctica de pruebas. Esto significaría que otras audiencias o diligencias sí podrían realizarse bajo tal modalidad.

La prohibición de considerar pruebas trasladadas.

Con la misma lógica, la jurisprudencia (Auto, 30/09/2015, Rad. 46153, CSJ; y Auto AP1697 08/05/2019, Rad. 53096, CSJ) rechaza la posibilidad de incorporar al proceso penal pruebas trasladadas, es decir, aquellas que fueron evacuadas al interior de otra actuación judicial diferente. Claro, hay que advertir que dependerá de cuál es el tema de prueba del proceso actual; así, si un testigo declaró en otra actuación y a la parte le interesa que lo allí vertido sea escuchado en el juicio actual, tal testigo deberá ser convocado para garantizar que la contraparte tenga derecho a ejercer la contradicción y la confrontación respecto de ese testigo.

Sin embargo, si lo que se quiere es probar que la manifestación existió, por ejemplo, porque se juzga en este proceso un falso testimonio ocurrido en diferente trámite, en ese caso la prueba no será trasladada, sino que será el documento soporte del delito de falso testimonio. En los demás casos, las pruebas practicadas en otro proceso no resultan admisibles.

La inadmisibilidad de la prueba de referencia.

Lo recién mencionado también trae a la mente la regla general de inadmisibilidad de la prueba de referencia, es decir, cualquier manifestación

o declaración que se haga por fuera del juicio oral, y que se traiga a juicio para probar la verdad de lo allí afirmado. En principio, esas expresiones resultan inadmisibles, en tanto sacrifican los principios de contradicción, confrontación y, por supuesto, inmediación. Esto es, ni las partes podrían conainterrogar una entrevista o una declaración jurada, ni el juez podría percibir la forma en que tal relato se produjo.

Solo cuando tenga lugar alguno de los supuestos del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, podría ser admisible de forma excepcional dicha prueba tal como se menciona más adelante. En todo caso, de resultar admisible, su peso probatorio es mucho menor, precisamente por la desconfianza que tiene el legislador en esta categoría de pruebas, en tanto para su construcción se menguaron las posibilidades de confrontación, contradicción e inmediación. Esto significa que una sentencia de condena, según el artículo 381 del mismo texto, no puede fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia.

La prohibición de anular el sentido del fallo.

Uno de los aspectos más interesantes y novedosos del sistema penal actual es el anuncio del «sentido del fallo», el cual se produce –al menos en teoría– dos horas después de concluidos los alegatos de las partes. En ese momento, el juez anticipa que la decisión podría ser de absolución o condena, dispone algunas medidas en cuanto a la restricción de la libertad (Sent. C-342/2017, CConst.) y, si el fallo es de responsabilidad, habilita una audiencia para que las partes se refieran a la posible pena a imponer o a los eventuales subrogados penales. Además, dicho anuncio debe coincidir con el texto completo de la sentencia. Sin embargo, ¿qué sucede cuando no hay tal congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia?

En este aspecto la jurisprudencia no ha sido uniforme. Inicialmente, se adujo que el sentido del fallo era susceptible de anulación en los casos en que el juez observara que, por razones de «justicia material», al momento de redactar la sentencia la conclusión fuese diferente a la que había anticipado

(Sent. 17/09/2007, Rad. 27336, CSJ; Sent. 20/01/2010, Rad. 32556, CSJ; y Sent. 05/12/2007, Rad. 28125, CSJ). Sin embargo, con posterioridad señaló que el anuncio del sentido de la decisión y la sentencia constituyen una unidad inseparable, por lo que le estaría vedado al juez de conocimiento declarar una nulidad que busque corregir ese cambio de opinión (Sent. 14/11/2012, Rad. 36333, CSJ). Para la Sala de Casación Penal de la Corte esa determinación, además de garantizar el pronto conocimiento de la decisión adoptada, resulta consecuente –entre otros principios– con el de intermediación (Sent. 23/09/2015, Rad. 40694, CSJ).

A pesar de ello, hay un caso en el cual es posible la anulación del sentido del fallo, tal como se muestra en el siguiente apartado.

La nulidad por cambio de juez.

Según el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal es posible que, ante el cambio de juez, la práctica de pruebas deba ser repetida, lo que de suyo implica la eventual invalidación de esa fase del juicio oral; esto ha sido entendido como un desarrollo tanto del principio de concentración como del postulado de intermediación. Así, inicialmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia anuló sin problema algunos juicios orales, pero ante la reiteración en el cambio de los jueces, la desconcentración del juicio y la necesidad de evitar mayores desgastes con la repetición de todos los debates públicos, ese tribunal decidió morigerar los efectos de la regla. De esta manera, en tiempos recientes esa corporación admite que, mientras no se demuestre mayor afectación de las garantías de alguna de las partes o intervinientes, no habría lugar a la invalidación por cambio de juez (Auto AP2579 26/04/2017, Rad. 50065, CSJ; Auto AP4633 23/10/2019, Rad. 51231, CSJ; y Auto AP4480 09/10/2019, Rad. 54944, CSJ).

Uno de esos casos podría ocurrir cuando el juez que redacte la sentencia no sea quien emitió el sentido del fallo. En ese caso, el funcionario debe valorar aspectos tales como «las razones que suscitaron el reemplazo del Juez, la existencia de registros de audio y video del juicio y su capacidad

para reflejar de manera fidedigna lo sucedido, y la importancia que las pruebas no apreciadas por el Juez tienen para la decisión del caso» (Auto AP1868 09/05/2018, Rad. 52632, CSJ). En resumen, se trata de un tema de ponderación.

Como se ve hasta ahora, la inmediación tiene importantes rendimientos dentro de un sistema de corte adversativo como el nuestro en virtud del cual se espera, desde un plano deontológico, que el juez tome la determinación final con fundamento en las pruebas ante él desahogadas. Pero, al mismo tiempo, se observa que este principio no es absoluto (Sent. T-205/2011, CConst.; Sent. 12/12/2012, Rad. 38512, CSJ, donde se señala, además, que la inmediación no hace parte del núcleo duro del debido proceso y no encuentra respaldo en instrumentos internacionales en materia de protección de derechos humanos).

Ha sido objeto de ponderación, tanto por la ley, por ejemplo, en el caso de la prueba de referencia; como por la jurisprudencia, en el caso de los cambios de juez. Por ello, a continuación se abordan situaciones específicas en las cuales se han admitido tales ponderaciones a la inmediación.

Los límites a la inmediación

Se sabe que no existen derechos absolutos. Ocurre lo mismo con los principios, que pueden entrar en conflicto con otros y, por tanto, corresponde realizar ejercicios legítimos de ponderación, bien por el legislador o bien por el intérprete autorizado, en este caso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema. De esta forma, se encuentra lo siguiente:

La prueba anticipada, con posibilidad de valoración plena.

Se señaló que el principio de inmediación encuentra sustento en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, que consagra la posibilidad de tener como prueba, de forma excepcional (Sent. C-591/2005 CConst.), la

practicada de manera anticipada ante el juez de control de garantías; se trata de casos en los cuales existe la posibilidad de que el medio de prueba se pueda perder o alterar si no se evacúa de forma perentoria. En ese caso, la contraparte –por ejemplo la defensa– tiene la posibilidad de realizar la contradicción y confrontación del medio de convicción presentado.

Frente a este tipo de prueba algún sector considera que no existe «mayor afectación al principio de inmediación, pues de todas maneras es practicada ante un juez y con participación activa de las partes, fiscal y defensor» por lo que los resultados de esa actividad serán enviados al juez de conocimiento «lo que equivale a decir que su práctica se realizó con inmediación de un funcionario judicial tercero imparcial» (Cabezas & Velasco, 2018, p. 91), además de su carácter excepcional.

Por supuesto, desde el punto de vista que acá se defiende, la mayor o menor afectación de la inmediación dependerá de la forma en que quede registrada la actuación en la audiencia y, en particular, de la fidelidad de lo acontecido en tal diligencia para que pueda ser reproducida ante el juez de conocimiento. De cualquier forma, este funcionario está facultado para dictar sentencia con fundamento exclusivo en la prueba anticipada no así con las pruebas que a continuación de mencionan.

La admisibilidad excepcional de prueba de referencia y las declaraciones totalmente inconsistentes.

En este punto se hace referencia de forma expresa a aquellas declaraciones o manifestaciones rendidas por fuera del juicio oral. En primer lugar, como se anticipó, cuando una declaración se hace en ese contexto y ella se pretende llevar a ese escenario para probar la verdad de lo afirmado, se está ante una prueba de referencia. Pero esta clase de medios de convicción son inadmisibles, salvo casos excepcionales de indisponibilidad del testigo, es decir, como cuando el declarante fallece, pierde la memoria, tiene una enfermedad grave que le impide declarar, es víctima de un secuestro o estado similar, entre otros supuestos. Esta excepcionalidad surge de la preocupación

que tiene el legislador por la salvaguarda de ciertos principios que podrían ser vulnerados al negar radicalmente el ingreso de la información relevante al juicio oral, entre ellos el postulado de la verdad y el de la vigencia de un orden justo.

Lo propio ocurre con el uso de declaraciones anteriores en caso de retractación o manifestaciones completamente inconsistentes, esto es, lo que la jurisprudencia denominó en su momento *teoría del testimonio adjunto*. En esos casos también las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral son incorporadas al juicio, a condición de que el testigo esté presente y niegue su contenido o, simplemente, guarde silencio ante las preguntas que la parte que lo convocó le formule (Sent. SP934, 20/05/2020, Rad. 52045, CSJ); este aspecto no se puede confundir con el ejercicio de impugnar la credibilidad de un testigo, en cuyo caso, la manifestación previa no es susceptible de incorporación (Sent. SP2667, 10/03/2016, Rad. 49509, CSJ). Esa declaración previa se puede valorar plenamente por el juez.

Así las cosas, en ambos casos las manifestaciones del testigo, rendidas por fuera del juicio oral y sin presencia del juez, son susceptibles de valoración lo que es una forma de relativizar la inmediación.

La posibilidad de cambiar de juez.

También se señaló que la persona del juez no debería mutar mientras el juicio oral se desarrolla; sin embargo, la jurisprudencia admite que ello pueda ocurrir en circunstancias en las que esto resulte razonable. Más bien, la invalidación del juicio por cambio del juez dependerá de la acreditación de específicas afectaciones a las garantías de alguna de las partes o intervinientes. Esto querría significar que la inmediación no es un derecho en sí mismo, sino que es un instrumento para el desenvolvimiento del juicio, cuyo fin debería ser la adopción de la decisión final con la mayor cantidad de información posible que sea fiable y garantice verdaderos principios como la contradicción y la confrontación. Por esa misma circunstancia, para la Corte Constitucional «la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada

en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos» (Sent. C-059/2010, CConst.).

De esta forma, se puede afirmar que la regla se ha convertido en una excepción. Sin embargo, esto parece en ciertos casos sensato en el entendido de que buena parte de lo que ha ocurrido en el juicio queda válidamente registrado por sistema de audio y video. La preocupación, entonces, estaría centrada en aquellos casos en los cuales el sistema de registro de audiencias es deficiente. Es, en esos casos, cuando realmente se justifica la repetición del juicio, pues no hay forma que el juez pueda contemplar la forma en que el testigo responde, tanto a las preguntas que le hace la parte, como a las que le formula la contraparte. Ese es el verdadero salto hacia un sistema adversativo, respecto de un modelo de permanencia de prueba.

Por eso, en la misma oportunidad, la Corte Constitucional hizo un «llamado de atención a las autoridades competentes a efectos de que aseguren la disponibilidad de equipos de audio y video en todos los despachos judiciales encargados de manejar el sistema penal acusatorio» (Sent. C-059/2010, CConst.). Esa misma preocupación debería ser tenida en cuenta cuando el asunto se extiende a otras instancias, tal como se menciona a continuación.

La valoración de las pruebas en segunda instancia.

Uno de los puntos donde se ha considerado válido establecer ciertas restricciones a la inmediación ocurre cuando otras instancias revisan la decisión de fondo; se trataría de una ponderación entre la inmediación que, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no hace parte del núcleo esencial del debido proceso, frente al derecho a la doble instancia, que sí tiene respaldo en tratados internacionales que reconocen derechos humanos (Sent. 12/12/2012, Rad. 38512, CSJ). A diferencia de otros modelos, como el chileno, en nuestro medio es posible hacer una valoración total de la prueba en otras instancias, por ejemplo, en sede de apelación, mediante impugnación especial o a través de la interposición del recurso extraordinario de casación (Sent. SP10192 31/07/2019, Rad. 51922, CSJ).

Incluso, a través de la acción de revisión. En efecto, la Corte Constitucional (Sent. C-250/2011, CConst.) reconoce que la inmediación implica la práctica de las pruebas ante el mismo juez y es, por tanto, uno de los postulados del sistema penal acusatorio.

Sin embargo, señaló esa instancia que, como esos recursos no constituyen un proceso autónomo o un nuevo juicio, no se precisa de la inmediación de la prueba ante el tribunal de apelación o en la Corte Suprema, ni que en su presencia sea controvertida. Aún, los funcionarios que resuelven los recursos «podrán adquirir elementos de juicio para la decisión que corresponda» (Sent. C-250/2011, CConst.). Esta posibilidad dependerá de la idoneidad de los registros en los que se hallen fijadas las pruebas y, particularmente, el ejercicio de examen cruzado de testigos, peritos, investigadores, etcétera. Por ello, la Corte ha insistido en que se preservan los principios de oralidad, inmediación y concentración «cuando, además, según lo ordena el mismo ordenamiento procesal (artículo 146 de la Ley 906 de 2004), las actuaciones son aseguradas por el empleo de medios técnicos que permiten la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales» (Auto AP7353 26/10/2016, Rad. 43392, CSJ). Estos medios, agrega, permiten en segunda instancia y en sede de Casación su examen y valoración.

En concreto, la Corte Suprema ha tenido que evaluar casos inquietantes. Así, en cierta oportunidad (Auto AP4696 24/07/2017, Rad. 48809), se reprochó la pérdida de ciertos fragmentos de audio de un testimonio. Así, luego de analizar las referencias que sobre tal declaración hicieron las partes, concluyó que resultaba irrelevante invalidar el juicio por tal circunstancia. Con posterioridad (Sent. SP2430 27/06/2018, Rad. 45909, CSJ), ante análoga circunstancia, sin más, señaló que, luego de verificar los registros, pudo concluir que el tribunal de segunda instancia transcribió apartes de las declaraciones e identificó los testimonios. Pero nada dice en relación con la trascendencia de los apartes inaudibles.

Este aspecto no deja de ser preocupante, pues no hubo una real consideración de si el juez de segundo nivel tuvo a su disposición el material

probatorio suficiente como para tomar la decisión justa; incluso, tampoco hay claridad en torno a si el funcionario de primera instancia hizo una valoración completa de la prueba. Sin embargo, con posterioridad ese organismo (Sent. SP5054 21/11/2018, Rad. 52288, CSJ) reconoció la importancia de contar con el registro completo de las audiencias, al menos en lo que se refiere a la fase probatoria, por lo cual declaró la nulidad de un proceso en el cual lo narrado por uno de los testigos más relevantes se extravió.

De cualquier manera, cuando los registros se encuentran completos, un tribunal puede valorar sin restricción alguna las pruebas como lo hace el juez de instancia lo que se habilita cuando tiene el registro de lo actuado; esto significa que hacer la valoración de un testigo a través de una cámara de video no resulta novedoso. Claro está, seguramente hay algunas inquietudes, pero ellas serán abordadas enseguida. Entre tanto, para esa misma corporación (Sent. SP880, 30/01/2017, Rad. 42656, CSJ), que el registro sea únicamente en audio no afecta el núcleo esencial de la inmediación, pero sí impide que un tribunal tenga como «aceptable la fidelidad de la recreación de tal audiencia en cuanto al desenvolvimiento, actitud, gestos y demás expresiones de los testigos». Es decir, es un aspecto que se traduce en valoración, no necesariamente, en invalidación.

En conclusión, de lo dicho se desprende con facilidad que la inmediación está sometida a diferentes ponderaciones, por lo que conviene preguntarse cuál es la trascendencia de la virtualidad frente a la inmediación.

La inmediación virtual

En ciertos países, con mayor precisión aquellos cuyos sistemas jurídicos habilitan jueces en derecho o escabinos –no así en modelos con jurado lego– se ha empezado a habilitar el uso de nuevas tecnologías para la práctica de pruebas, en particular respecto de ciertos testigos o en determinadas circunstancias (por ejemplo, durante la cuarentena con ocasión de la pandemia). Así, en Alemania, es posible interrogar al testigo, incluso, desde

su domicilio a través de medios audiovisuales, tal como señalan Roxin & Schünemann (2017, p. 406). Lo mismo ocurre en Argentina, como lo reseñan medios de comunicación (https://www.chivilcoydigital.com.ar/noticias/490_ahora-se-lleva-a-cabo-el-primer-juicio-oral-penal-virtual.html) incluso en casos tan complejos como un feminicidio (<https://www.minutouno.com/notas/5098245-condenan-prision-perpetua-un-femicida-un-juicio-videoconferencia> consultados en julio de 2020). En Colombia, el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal habilita la posibilidad de llevar a cabo audiencias por medios virtuales; ese texto legislativo se constiuye, por supuesto, en un importante venero que debe ser desarrollado y profundizado a la par de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Por esa práctica cada vez más extendida del uso de recursos tecnológicos, cierto sector de la doctrina habla de una actualización del principio de inmediación o de la telepresencia judicial (Fons, 2008, pp. 53 y ss.); desde luego, es más acertado el concepto de Bueno de Matta (2014) quien se refiere a la *inmediación virtual*, la cual consiste en:

El contacto que tiene el juez con las partes o las pruebas propuestas por medio de un sistema de videoconferencia u otro medio informático de modo visual, a través de una pantalla de plasma en la que se reproduce la realidad a tiempo real y que llega al juzgador con la máxima nitidez y realismo (p. 3)

A su vez, el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, modificada en 2015, señala:

1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.
2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley.
3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de

contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

En estos casos, el letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo (2020).

Ha de afirmarse que no es posible hacer una equivalencia plena entre las posibilidades de valoración de un testimonio recibido en forma presencial y en plena confrontación con las partes, respecto de la alternativa de hacerlo a través de videoconferencia. Aunque como lo dice Parra (2020), «gran parte del lenguaje corporal se puede transmitir por videoconferencia», también se debe reconocer que ciertos comportamientos del testigo no podrán ser percibidos por el juez de la misma forma a través de videoconferencia. Pero tampoco se debe olvidar el escepticismo destacado previamente en la capacidad del juez de hallar de la verdad a partir de ciertos gestos, sin contexto y sin formación al respecto.

La balanza, luego de analizar lo hasta ahora señalado, se debe inclinar a favor de la presencialidad. Los fundamentos están bien explicados por el profesor Zuluaga (2020, p. 253), quien resalta la falta de destrezas digitales y las limitaciones de acceso a la conectividad en ciertas zonas de las ciudades y determinadas regiones del país; pero esto no impide considerar que se puede empezar un camino hacia la virtualidad y, si se cumplen ciertas condiciones que serán analizadas más adelante, se habilite que un testimonio se reciba a través de las herramientas que las nuevas tecnologías ofrecen. De hecho, el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, señala que los juzgados y tribunales podrán utilizar «cualquier medio técnico, electrónico, informático y telemático, para el cumplimiento de sus funciones». Lo propio señala el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal e, incluso, aparece, ya no como una posibilidad, sino como un mandato de optimización en el artículo 103 del Código General del Proceso al decir que en «todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de

las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura».

Pero es sabido que estas alternativas suelen suscitar algunas inquietudes en el medio judicial por lo que, para superarlos, deben considerarse ciertos presupuestos algunos ya indicados por expositores como Amoni (2013) y en virtud de los cuales se garanticen no solo la intermediación sino, también, la confrontación y la contradicción que respecto del testigo puedan hacer las partes y otros intervinientes.

Los presupuestos técnicos.

Según se decía hace un momento, la virtualidad como todo cambio puede generar ciertas preocupaciones e incertidumbres, pero es posible que si se dan determinadas circunstancias ellas se puedan superar y los abogados puedan adaptarse a ellas. Por eso, como bien señala Fernández (2020) para el cumplimiento de esta nueva intermediación deben establecerse los medios y recursos necesarios. A continuación, se mencionan los más relevantes.

Equipo y buena conexión.

Debe existir un equipo o una terminal de comunicación adecuados; puede ser un computador, una tableta o un teléfono medianamente moderno. Esto puede ser algo complejo por las desigualdades sociales del país; sin embargo, según el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, en 2019 existían 65 millones de líneas de telefonía celular. Es decir, hay más móviles conectados que habitantes. De hecho, en ese mismo informe se describe que a septiembre del año mencionado había casi 30 millones de equipos conectados a internet móvil (Hernández, 28/01/2020). Esto sin contar las conexiones por hogares, lo que lógicamente incrementaría la cifra. ¿Quién no tiene WhatsApp o ha usado alguna vez Facebook? Según datos de Deloitte, el 78% de personas utilizan a diario WhatsApp (Deloitte, 2019).

Así las cosas, si un buen número de personas tiene tales aplicaciones en su teléfono o en sus computadores resulta muy probable que puedan conectarse en el mismo equipo a una videollamada. Pero la disponibilidad de una terminal es insuficiente.

Sin conexión a internet es imposible realizar una audiencia virtual; ciertas regiones del país no cuentan con suficiente infraestructura o la instalación de equipos con ancho de banda que permita la transmisión adecuada de audio y video entre las partes. En algunos casos, además, son las partes las que no cuentan con la respectiva conexión; en su caso, resulta razonable que los profesionales se hagan a los medios adecuados que garanticen dicha conexión. A este aspecto se le suele reprochar una posible afectación al principio de gratuidad en la administración de justicia; sin embargo, la realidad enseña que los medios para desplazarse, si las audiencias fuesen presenciales, también deberían ser asumidos; por ello no resulta desproporcionado contar con algún mecanismo que habilite la conectividad y que, además, le preste otros servicios al profesional como la consulta de jurisprudencia, la conexión para revisión de estados y procesos ya digitalizados, entre otros beneficios.

De todas formas, si las partes no cuentan con tal posibilidad, bien por alguna limitación en las destrezas de su uso o porque resulta imposible la conexión, el Estado debe facilitar los medios para que la diligencia pueda evacuarse o, simplemente, hacerla presencial. Así se dispuso, por ejemplo, en el Decreto 806/20 emitido en el marco de la cuarentena obligatoria con ocasión del Coronavirus. En el mismo sentido lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (Sent. STC 7284 11/09/2020, Rad. 25000-22-13-000-2020-00209-01, CSJ).

Comunicación bidireccional.

El equipo (teléfono, tableta, computador portátil o de escritorio) debe contar, además, con las herramientas que permitan una buena conexión (un módem y un procesador no tan antiguo), mediante el cual se garantice la comunicación bidireccional; es decir, que tenga sistema de audio y video

que, por cierto, sea compatible con la plataforma utilizada (*Teams, Polycom, Meet, Zoom*, etc). Esto no debe generar mayores inconvenientes. Buena parte de los celulares con pantalla táctil permiten descargar aplicaciones gratuitas e intuitivas, desarrolladas para cada una de estas empresas. A su vez, los programas mencionados son compatibles, por defecto, con la mayoría de exploradores más utilizados (*Internet Explorer, Chrome, Firefox*, entre otros); o, simplemente, se descarga un complemento (*add* o extensión) cuando se carga la página de internet que el despacho judicial usualmente indica.

Sincrónico.

La comunicación, como es natural, debe ser sincrónica, es decir, en tiempo real. De lo contrario, la posibilidad de confrontar al testigo se afecta o, simplemente, se anula; si el juez observa que hay una demora o un retraso (*delay*) en las comunicaciones, particularmente en lo que se refiere a la practica de prueba testimonial, debería suspender la audiencia hasta tanto se garantice la sincronía.

Garantía de comunicación privada entre el investigado y su defensor.

Finalmente, el programa seleccionado debe contar con algún método, canal alternativo u otra estrategia en virtud del cual se garantice que, en aquellos casos en los cuales exista distancia física entre el defensor y su representado, puedan tener comunicación privada. Así mismo, conceder las pausas necesarias para que, en el momento respectivo, ese diálogo pueda surtirse; incluso, la posibilidad de utilizar otra plataforma o sistema, de forma paralela, para que la comunicación privada pueda funcionar.

Adecuación a las garantías.

Pero no es suficiente que los medios tecnológicos estén disponibles y que funcionen adecuadamente. Además, es necesario tomar en serio las

inquietudes que se suelen escuchar en la práctica judicial y en algunos foros. Por lo cual es imprescindible que otros presupuestos se colmen para que la intermediación virtual no sacrifique las garantías de las personas.

Verificación de la identidad de juez, partes y testigos.

Es usual en las audiencias tradicionales que alguien verifique la identidad de todas las partes y, en especial, del declarante. Ahora, en la virtualidad, en lo que se refiera a las partes, estas suelen conocerse, en particular, si se habla del juicio oral, máxime si ya han tenido otras etapas para interactuar. De todas formas, si se quiere ahondar en este punto, la acreditación se puede realizar con el envío de los documentos de identificación a través de medio electrónico para que el juez realice la constatación respectiva. La preocupación mayor debe ser con el testigo, pues él puede resultar extraño, desconocido, para quienes concurren a la audiencia y, principalmente, para el juez.

Por tanto, se recomienda que, de ser posible, alguna autoridad pueda corroborar en la sede remota esa identidad con el mismo nivel que lo haría el juez: Que los datos coincidan con lo anunciado en la etapa intermedia (acusación o preparatoria) y la persona se presente de forma análoga a como aparece en el documento. En su defecto, la otra opción es remitir por medio digital (algún sistema de mensajería o el chat de la aplicación) una foto de la cédula, o, simplemente exhibirla en cámara de tal forma que quede captada en el registro.

En cuanto al juez, es importante que como ocurre en la presencialidad no oculte su rostro (Sent. C-392/2000, CConst.); el ciudadano, pues, debe saber quién es la persona que lo juzga máxime si se trata de una de las principales garantías informadoras del debido proceso. Por eso, en el registro de la audiencia debe quedar constancia de los datos del juzgado y del momento en el cual el juez activa su cámara. De esta forma, el ciudadano o cualquiera que participe en el debate puede poner de presente circunstancias que le impidan al juez participar en esa actuación, dígame, por concurrir alguna causal de impedimento.

Solemnidad.

Uno de los cambios interesantes introducidos al diseño del proceso penal de 2004 fue el uso obligatorio de la toga para los jueces (art. 148); aún en audiencias virtuales, la toga debería mantenerse, pues, según la Corte Constitucional, su uso es un «símbolo concreto de identificación del juez» (Sent. C-718/2006, CConst.). Además, se debe reconocer que –de alguna forma– junto con el diseño de las salas también se le ha dado un poco más de solemnidad a las audiencias, pues no solo el público reconoce la autoridad de quien dirige el acto sino que, además, evita vestuario que posiblemente no resultaría adecuado en función del respeto observable en un momento en el cual la responsabilidad de un ciudadano es definida. Claro, si en algún momento de la audiencia el juez deja de usar la toga tanto en la virtualidad como en la presencialidad, esto no genera ninguna irregularidad sustancial que afecte el avance del proceso.

Ese mismo respeto deben profesar las partes a la audiencia y, en particular, a los intereses que representan. Pero a quien en especial le debe quedar clara la solemnidad del acto es al declarante (investigador, testigo o perito). Precisamente, porque puede incurrir en una conducta penalmente relevante debe tomarse su intervención en serio; por ello, el juez debe constatar que quien emite su testimonio comprende con claridad que, a pesar de tratarse de un acto remoto, depone bajo la gravedad del juramento, incluidas las consecuencias que se desprenden si se falta a la verdad, o ella se calla total o parcialmente. Igual, de su disposición a atender la diligencia. Se debería procurar, además, que el acto sea lo más cercano posible a un juicio presencial con inclusión de una ubicación fija del testigo y con la atención totalmente puesta en la audiencia.

Indemnidad del testigo.

En la práctica judicial suele existir gran preocupación sobre la posibilidad que el testigo pueda ser objeto de sugestión, amenazas o cualquier otra indicación

sobre el sentido de sus respuestas; ello es una preocupación legítima pero no insalvable. Esa inquietud puede originarse por la presencia de otras personas en la habitación o en el recinto desde el cual el testigo declara; pero, también, por la información que él pueda tener a su disposición o en la terminal respectiva, si hace uso de la pantalla compartida.

Como ya se indicó, una de las maneras más confiables de superar tal incertidumbre es que la diligencia se realice en una sede oficial. Por ejemplo, en las instalaciones de la personería, inspección de policía, Defensoría del Pueblo, Procuraduría, consulados, etcétera, según orden que puede impartir el juez al respecto. La colaboración armónica de los órganos del Estado y las facultades previstas tanto por el artículo 143 numeral 3 de la Ley 906 de 2004, como por el artículo 44 numeral 3.º de la Ley 1564 de 2012, le permiten impartir tales mandatos. Corresponde, desde luego, a la autoridad respectiva verificar que las preocupaciones mencionadas previamente no concurren en la persona del testigo durante el desarrollo de la diligencia.

En forma subsidiaria, si por alguna razón esto no resulta posible existen alternativas para garantizar la indemnidad del testigo; por ejemplo, que él se ubique de espaldas a un espejo de buen tamaño. Suena un poco rústico, pero es una de las opciones a disposición del juez para observar lo que el declarante tiene ante sí, con inclusión de la visualización del terminal (computador, teléfono, etc.). Si esto luce extraño o improcedente, el camino más sencillo es pedirle que, bajo juramento, señale si hay más personas acompañándolo en el recinto o si existe otra información a disposición del testigo durante la audiencia. Al respecto cabe preguntar: ¿Por qué desconfiar en que sobre este aspecto el testigo falte a la verdad, pero se le puede creer en lo demás? ¿Acaso el principio constitucional de buena fe desaparece cuando se está en audiencia?

Mecanismos adecuados para autenticar la evidencia.

Los procesos de exhibición e incorporación de evidencia en el juicio también pueden ser algo complejos. En efecto, una de las recomendaciones es utilizar

herramientas tales como la pantalla compartida; sin embargo, esto exige destrezas que tal vez no todas las partes están preparadas para asumir. En particular, los pasos para presentar una evidencia en juicio, por vía virtual, no deberían ser tan diferentes a los empleados en una audiencia presencial. Sentar bases, permitir que la contraparte se refiera a la exhibición, presentar la evidencia al testigo, que éste la autentique y garantice su inalterabilidad, permitir la controversia sobre la incorporación y, finalmente, establecer su incorporación, no cambia de forma relevante entre una y otra forma de realizar la audiencia.

Desde luego, la evidencia a exhibir no debería ser un elemento material sino su fijación, lo que es cada vez más frecuente tal como ocurre con los macroelementos materiales de prueba. De ahí que su incorporación en juicio no sea, por ejemplo, el cuchillo, sino las imágenes del mismo, con los soportes que permitan acreditar su inalterabilidad, como son el rótulo, el contenedor y el registro de continuidad de la cadena de custodia.

Una vez se autorice la incorporación de la evidencia se podría, en efecto, enviar el documento respectivo al juzgado para que haga parte del archivo digital o, si se quiere, lleve a cabo su impresión. Ahora bien, la ventaja de mantenerlo en medio electrónico es que se permite verificar la identidad del archivo con los metadatos del mismo, por ejemplo, con su código *hash*; esto es, se alude a un algoritmo criptográfico con el cual se permite extraer del archivo una cadena alfanumérica que es única. Es como la cédula de ciudadanía de la evidencia digital y, por tanto, ello permite individualizarla. Hoy en día programas gratuitos permiten obtener ese código y, en algunos casos, los tradicionales ya lo tienen incluido.

La garantía de la confrontación.

Como ya se dijo, para que las audiencias virtuales puedan funcionar adecuadamente se precisa de ciertos aspectos tecnológicos tales como terminales, conexión y sincronía. Pero si esto no se garantiza, podría haber una evidente lesión al principio de confrontación, es decir, la posibilidad de

controvertir lo que un testigo dice, frente a las partes y en presencia del juez. Ese derecho cobija a ambas partes. Por ello, si no hay una fiel sincronía entre todos, esta audiencia no debería realizarse; por lo tanto, corresponderá al juez estar atento a que todos estén debidamente conectados a la audiencia y con una buena transmisión de imágenes y sonido.

En efecto, esto posibilita que las objeciones se puedan presentar oportunamente antes de que el testigo responda; y, además, realizar ejercicios tales como la impugnación del testimonio, con un procedimiento análogo al señalado previamente. Sobre este último punto, señala con razón Gaviria (2020), debe evitarse que la información puesta de presente al testigo sea exhibida sin los adecuados filtros y con la posibilidad de impedir que todas las manifestaciones contenidas en la declaración previa sean percibidas por el juez. Por ello, debe existir una alternativa para que las partes puedan analizar lo que será usado antes de exhibirlo al testigo y, además, se aboga porque solo se reproduzca el apartado relevante. Esto puede darse a través de los mismos canales alternos que permiten las aplicaciones; uno de ellos, la posibilidad de escribir –en chat directo– a la contraparte con la indicación de lo que le será exhibido al testigo. Hoy en día existen, pues, alternativas tecnológicas para tal fin.

Ventajas.

Seguramente algunos de estos aspectos serán complejos de realizar. Contar con buena conexión, constatar la indemnidad del testigo, digitalizar evidencias, etcétera, pueden generar inquietudes, pero, a la larga, tiene valiosos beneficios que sería bueno considerar como los siguientes:

Facilita la labor de los jueces.

Al menos en determinadas ciudades capitales, los jueces no cuentan con una sala de audiencias propia sino que ella es administrada por el Centro de Servicios. En esas circunstancias, suele ocurrir que ellos no tienen un recinto

fijo disponible a la hora de la diligencia o, acaso, con una con suficiente espacio para acomodar a todos los asistentes a ella. Como es obvio, el uso de medios informáticos para celebrar la audiencia hace perfectamente viable que un juez siempre tenga disponible una sala de audiencias; incluso, algunos despachos utilizan el mismo canal para todas las audiencias (por ejemplo, con la aplicación *Lifesize*). Pero también para lograr una amplia posibilidad de conexión de usuarios, donde caben más asistentes que en muchas de las salas reales de nuestros municipios; por ejemplo, hace poco se tuvo la oportunidad de presenciar una audiencia a la que concurrió como investigado un expresidente de la República y todos los concurrentes pudieron «entrar» a la sala.

De la misma forma, las audiencias virtuales quedan guardadas en la nube por lo que el juez puede acceder al registro de lo ocurrido de forma remota y no, como ocurre en la forma tradicional, en discos compactos que –por cierto– son poco fiables en razón de su volatilidad, mohosidad o ante la posibilidad de que se rayen. Incluso, para las partes resulta mucho más fácil acceder a las audiencias de forma virtual, sin el tedioso ejercicio de llevar un disco compacto para pedir una copia de lo actuado. Además, en los equipos actuales, incluyendo los portátiles, es cada vez menos frecuente encontrar unidades de disco compacto, pues los fabricantes prefieren unidades extraíbles o, simplemente, emplean la conexión inalámbrica.

Facilita el papel de la prensa.

La virtualidad también ayuda a que la prensa pueda hacer su trabajo. Bien es sabido que en los casos con algún impacto mediático se suelen atiborrar las salas de audiencia con cámaras y equipos para poder transmitir lo que ocurre en ellas a los medios de comunicación y, gracias a ellos, al público en general. Con la virtualidad, gracias a los sistemas de información, cualquiera puede observar las audiencias, en directo o en diferido, y solo necesita un vínculo. Así, por lo demás, lo señala la Corte Constitucional (Sent. SU-141/2020, CConst.).

Es más, el juez puede controlar las imágenes reproducidas en los sistemas de información. Por ejemplo, si se van a exponer fotografías de contenido fuerte para el público quien dirige la audiencia puede, con ciertas funciones de las aplicaciones que habitualmente se usan, restringir el empleo indiscriminado de esa imagen o, incluso, cuando se trata de proteger a un testigo para que sus datos personales no sean difundidos en público.

Brinda seguridad a testigos de la Fiscalía y la defensa.

Tradicionalmente, el juez puede controlar lo que sucede en la sala de audiencias, pero no puede hacerlo con lo que ocurra fuera de ella. En nuestro medio, la posibilidad de que un testigo se encuentre con la familia del acusado o de la víctima al ingresar a la sede judicial, es muy alta. Nadie ni nada le garantiza que no va a ser agredido física o verbalmente; aunque esta es solo una hipótesis, no hay estudios que lo revelen o descarten. Incluso, algunos aseguran que esa distancia con agentes externos que puedan perjudicar al declarante favorece su declaración «[...] no solo por la posibilidad abierta de declarar de manera más franca y libre de intimidaciones, sino también por la mayor fiabilidad probatoria que brinda el testigo que declara en estas condiciones» (González, 2006, p. 651).

Por supuesto, existen reglas claras en cuya virtud las autoridades judiciales deben evitar la confrontación de la víctima con su agresor, particularmente en tratándose de delitos de violencia contra la mujer (por ejemplo, la Ley 1257 de 2008, art. 8, k); el Decreto 4799 de 2011, artículo 4; y la Sent. T-184/2017, CConst.; en el mismo sentido, la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 de la Unión Europea, artículo 8.º, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal). Por ello, la videoconferencia se muestra como un mecanismo adecuado para lograr esa finalidad, sin que esto implique un mayor sacrificio al derecho a la controversia de la prueba. De esta forma, se reducen los efectos de victimización secundaria, no solo en casos de género sino también en tratándose de niños. Al respecto, recuérdese que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (Caso Maryland *vs.* Craig, 1990),

avaló tal posibilidad, en interés general de la justicia; agregó, además, que la viabilidad de confrontar la prueba hace que el sistema de video sea de mayor garantía que cuando se trata de declaraciones de referencia (*hearsay statements*).

Pero también ayuda en aquellos casos en los que, como lo enseña la jurisprudencia norteamericana, la diligencia se hace a través de un circuito cerrado de televisión; así sucedió en un juicio que tuvo ocurrencia en 1997, cuando los medios de transmisión de datos eran aún precarios y la calidad de la imagen no se podía comparar con la que tenemos hoy en día (Caso EEUU *vs.* Gigante, 1999). Desde luego, si un testigo se encuentra en alguna situación que le impide acudir al tribunal, como una enfermedad que afecte su movilidad, acudir a medios virtuales para que las partes puedan presentar y controvertir en juicio a su testigo, no afecta el debido proceso.

Ahora bien, existe sí una legítima preocupación en nuestro medio sobre la posible «contaminación» que pueda sufrir un testigo con lo dicho por otro, en contravía de la regla prevista en el artículo 396 del CPP. Sin embargo, ese riesgo también existe en las audiencias presenciales, en especial porque la dispersión de sesiones facilita que ciertas prácticas, a veces no tan éticas, ocurran. Por el contrario, la virtualidad permite que el juez controle quiénes pueden tener acceso a la audiencia, lo que a veces se hace más complejo en las tumultuosas salas.

Ahorra tiempo y recursos a las partes, pero también al Estado.

En una sociedad de la información donde cada vez todo se mueve más rápido, no es posible responder a los fenómenos de la vida real como se acostumbraba en el siglo pasado. Los jueces cada día reciben más presión social para definir los casos y también los procesados –cuya inocencia ha de ser presumida– siguen sometidos al sistema penal y, en no pocos casos, privados de la libertad. Por tanto, la práctica judicial muestra que la obligación de contar con la presencia física de todos los involucrados puede, en ciertos casos, convertirse en un obstáculo relevante para que el proceso avance en los

tiempos esperados: El testigo que no llegó, el abogado al que se le presentó un daño en su hogar, el accidente del fiscal camino a las audiencias, etc.

En ese aspecto, la videoconferencia tiene grandes ventajas, pues permite descentralizar las audiencias y reducir costos de oportunidad para las partes; por ejemplo, los desplazamientos de los abogados a las diligencias a practicar en diferentes regiones del país. Lo propio ocurre con los investigadores o peritos, pues no siempre los expertos están en el lugar donde ocurren los hechos o tiene la sede el juzgado. Mencíonese un ejemplo: Antioquia, Santander o Cundinamarca son Departamentos cuyos jueces están distribuidos en cientos de municipios, algunos ubicados a varias horas de la cabecera del respectivo Departamento o Distrito Judicial. Al efecto, debe tenerse en cuenta lo que implica para un perito, por ejemplo con conocimientos especiales en genética y cuyo testimonio se precisa para esclarecer un delito sexual, trasladarse unas tres horas de ida y tres de vuelta para rendir un testimonio que podría durar solo un par de horas. ¿Cuántos casos diferentes dejará de atender, si se calcula solo el tiempo de desplazamiento?

Lo mismo ocurre con los testigos; ellos también dejan de laborar para poderse presentar ante la administración de justicia. En un país donde la informalidad laboral es prácticamente la regla, muchos ciudadanos viven de lo que logren hacer en el día; por ello, sustraerlos de su rutina y hacerlos desplazar hasta una lejana sede judicial puede ser una verdadera tragedia para su subsistencia diaria. Previendo esto, el Código de Procedimiento Penal francés (2020) establece que podrán realizarse diligencias o audiencias en etapa de instrucción o juicio, cuando las personas se encuentren en diferentes lugares y, agrega que, «[l]as disposiciones del párrafo anterior que prevén el uso de un medio de telecomunicaciones audiovisuales son aplicables ante el tribunal de primera instancia para la audiencia de testigos, partes civiles y expertos».

Todo esto sin perder de vista a las personas en situación de discapacidad o con alguna limitación física, cuando es evidente que las sedes judiciales no ofrecen las mejores condiciones de accesibilidad.

Reduce el índice de audiencias fracasadas.

Uno de los mores del vigente modelo de justicia penal, no tan gratuito, es el de *sistema aplazatorio*. Aún no existe suficiente información, pero los desplazamientos entre diferentes sedes judiciales o, incluso, entre diferentes municipios, genera que –por cualquier razón– las partes no alcancen a llegar oportunamente a las audiencias. Como ya se dijo, la virtualidad tiene, entre otras ventajas, la posibilidad de evitar desplazamientos de las partes. Eso tiene, como consecuencia lógica, que la posibilidad de hacerse presente al momento de la instalación de la audiencia se incrementa notablemente. Puede decirse, incluso, que la puntualidad solo se ve afectada por aquél que puede tener problemas de conectividad.

En los demás casos, el número de audiencias realizadas puede incrementarse considerablemente. Esto, en términos del derecho a la pronta y cumplida justicia –que tienen tanto la víctima como el acusado– es bastante beneficioso, pues los plazos de resolución de los conflictos deberían reducirse. Una justicia pronta es un valor agregado que no se puede despreciar.

Conclusiones

El recorrido hecho hasta ahora permite hacer algunas consideraciones finales. En primer lugar, la intermediación es una garantía importantísima en un modelo de justicia penal pero no es absoluta. Legislación y jurisprudencia se han encargado de definir sus contornos y ponderaciones frente a otros intereses también relevantes.

De hecho, la intermediación no se predica de todo el proceso sino del juicio oral. Incluso, no de todo su trámite sino de la práctica de pruebas. Así, alegatos de apertura, de clausura o de individualización de pena no están necesariamente cobijadas por la intermediación. En cambio, el sentido del fallo y la sentencia sí deben tener especial relevancia en este aspecto.

Además, así como no hay problemas con la prueba anticipada o con la valoración de los medios de conocimiento presentados por parte del juez de segunda instancia, por ejemplo, parece que ciertas preocupaciones todavía pueden resultar discutibles. Así ocurre con la percepción –y relativa e incipiente valoración– del lenguaje no verbal.

Claro, habrá otros aspectos que sí merecen una detenida atención y, por ello, lo ideal sería que las audiencias se pudieran realizar de forma presencial. Pero la virtualidad, si se cumplen ciertas condiciones, podría ser una valiosa alternativa. El juez, en consecuencia, debe ser suficientemente riguroso con la verificación de cada una de ellas: Disponibilidad de equipo y buena conexión, comunicación bidireccional y sincrónica, amén de la necesaria comunicación privada entre abogado y su representado. Además, tener en cuenta aspectos tales como la verificación de la identidad de las partes y de los testigos, con inclusión de la publicidad de la audiencia, la solemnidad de la misma, la indemnidad del testigo, la autenticación de la evidencia y la permanente salvaguarda de la confrontación.

Tal vez por eso, en 2013, el asesor en tecnología para el sistema de justicia británico Richard Susskind se preguntaba si era necesario que todas las partes estuviesen presentes para resolver un caso y su respuesta era sencilla: «[...] la comparecencia a los juzgados se convertirá en una rareza. Las comparecencias virtuales se convertirán en la norma y se requerirán nuevas habilidades de presentación y litigio» (2013, p. XIII).

En efecto, ya se perciben algunas ventajas de los medios virtuales para los jueces, la prensa, las partes, los testigos y peritos, y en general para el mejor desempeño del sistema de justicia. Esta es una época de transición hacia nuevos tiempos. Desde reuniones familiares, clases, transacciones comerciales, hasta las cirugías ya se realizan a través de medios virtuales. La justicia no debería estar tan atrás de las nuevas dinámicas sociales. Solo se trata de insertar un poco de creatividad y de tecnología en ella. Ese es el reto que tienen las nuevas generaciones de abogados.

Referencias

- Amoni, G. A. (2013). El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal. *Revista IUS*, 7 (31), 67-85. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/21/478>
- Andrade, J. A. & Córdoba, M. F. (2007). *Estructura básica del Sistema Procesal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Andrés, P. (2003). Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, (46), 57-66.
- Auto (2015, septiembre 30). Recurso de apelación. [Radicado 46153]. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP1697 (2019, mayo 08). Recurso de apelación. [Radicado 53096]. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP1868 (2018, mayo 09). Recurso de apelación. [Radicado 52632]. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP2579 (2017, abril 26). Auto interlocutorio. [Radicado 50065]. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP4480 (2019, octubre 09). Recurso de apelación. [Radicado 54944]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP4633 (2019, octubre 23). Auto interlocutorio. [Radicado 51231]. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP4696 (2017, julio 24). Auto interlocutorio. [Radicado 48809]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto AP7353 (2016, octubre 26). Auto interlocutorio. [Radicado 43392]. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Bueno de Matta, F. (2014, junio 13). La práctica de la prueba electrónica en sede judicial: ¿vulneración o reforzamiento de principios procesales? *Diario La Ley*, XXXV, (8332). Sección Tribuna, 1-6.

- Cabezas, Ch. & Velasco, J. A. (2018). *Principios rectores del sistema procesal penal con tendencia acusatoria*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Cabezudo, N. (2008). Aproximación a la teoría general sobre el principio de intermediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto. F. Carpi & M. Ortells (eds.): *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente [Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal]* vol. 2, (pp. 317-327). Valencia: Universidad de Valencia-Asociación Internacional de Derecho Procesal.
- Caso 11.509 Manuel Manríquez México (1999, febrero 23). Informe 2/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/fondo/Mexico%2011.509.htm>
- Caso EEUU vs. Bethea (2018, abril 26) Tribunal de Apelaciones para el Séptimo Circuito de Wisconsin. http://www.vawd.uscourts.gov/media/31965117/video_teleconferencing_criminal_proceedings_cares_act.pdf
- Caso EEUU vs. Gigante (1999, enero 22). U.S. Supreme Court, 166 F.3d 75 (2d Cir. 1999) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/53/274/2289926/>
- Caso Maryland vs. Craig (1990, junio 27). U.S. Supreme Court, vol. 497, 836. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/836/>
- Chaia, R. (2010). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Código de Procedimiento Penal francés (2019, marzo 23). Reforma. Arts. 706-71 [On Line] <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>
- Consejo de la Unión Europea (2001, marzo 15). Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal. *Diario Oficial* N.º L 082 de 22/03/2001, 1-4. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&from=ES>
- Contreras, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons.
- Deloitte (2019). Consumo móvil en Colombia Los cambios importantes generalmente no ocurren de la noche a la mañana. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/consumer-business/Reporte%20consumo%20movil%202019.pdf>
- Fernández, O. (2020, junio 15). El principio de intermediación, lenguaje no verbal y juicios telemáticos. *ÓscarLeón* [Blog] <https://oscarleon.es/principio-inmediacion-lenguaje-no-verbal-juicios-telematicos/>
- Ferrajoli, L. (2002). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Florián, E. (1982). *De las Pruebas Penales. Tomo I. De la Prueba en General*. Bogotá: Editorial Temis.

- Fons, C. (2008). La videoconferencia en el proceso civil (la telepresencia judicial). En F. Carpi & M. Ortells (ed.): *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal*, vol. 2 (pp. 53-60). Valencia: Universidad de Valencia.
- Gaviria, R. (2020, junio 26). Garantías del juicio en tiempos de virtualidad: ¿Es válido un juicio virtual? *Política Criminal, Víctima y Delito - Policrimvide* [Blog]. <http://policrimvide.blogspot.com/2020/06/garantias-del-juicio-en-tiempos-de.html>
- González, J. M. (2006). La videoconferencia como instrumento para la agilización de la justicia penal. Nota sobre el modelo español. En J. A. Robles y & M. Ortells: *XX Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal. Problemas actuales del proceso penal Iberoamericano* (pp. 647-662), vol. I. Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga.
- Hernández, I. (2020, enero 1). Colombia tiene más líneas de celular que habitantes. *Lafm.com.co* [en línea]. <https://www.lafm.com.co/tecnologia/colombia-tiene-mas-lineas-de-celular-que-habitantes>
- Igartua, J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ley Orgánica 6/1985 (1985, julio 1). Ley Orgánica del Poder Judicial español, *Boletín Oficial del Estado* [On Line] <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>.
- Mazzoni, G. (2019). *Psicología del testimonio*. Madrid: Editorial Trotta.
- Nieva, J. (2012). «Inmediación» y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad. *Diario La Ley*, (7783).
- Oré, A. (2011). *Manual de derecho procesal penal*, t. I. Lima: Editorial Reforma.
- Ossorio, Á. (1971). *El alma de la toga*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Parra, J. A. (2020, junio 17). Justicia digital: ¿Crisis de la intermediación? *Asuntos legales* [Columna de opinión On Line] <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jairo-alejandro-parra-cuadros-2761190/justicia-digital-crisis-de-la-inmediacion-3019040>
- Pease, A. & Pease, B. (2006). *El lenguaje del cuerpo. Cómo interpretar a los demás a través de sus gestos*. Barcelona: Editorial Amat.
- Ramos, V. de P. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Roxin, C. & Schünemann, B. (2017). *Strafverfahrensrecht*. München: C.H. Beck.
- Sentencia C-392 (2000, abril 06). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-2472]. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-830 (2002, octubre 8). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3991]. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-591 (2005, junio 09). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5415]. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-718 (2006, agosto 23). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-6055]. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Gálvis. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2007, septiembre 17). Recurso de casación. [Radicado 27336]. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2007, diciembre 05). Recurso de casación [Radicado 28125]. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2010, enero 20). Recurso de casación. [Radicado 32556]. Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, noviembre 14). Recurso de casación. [Radicado 36333]. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2012, diciembre 12) Recurso de casación. [Radicado 38512]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia C-059 (2010, febrero 03). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-7844]. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-205/11 (2011, marzo 24). Acción de tutela [Expediente T-2830810]. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-250 (2011, abril 06). Demanda de inconstitucionalidad [Expedientes D-8231, D-8232, D-8240 acumulados]. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-342 (2017, mayo 24). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-11672]. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SP12846 (2015, septiembre 23). Recurso de casación. [Radicado 40694]. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia SP2667, (2016, marzo 10). Recurso de casación. [Radicado 49509]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP880 (2017, enero 30). Recurso de casación. [Radicado 42656]. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia T-184/17. (2017, marzo 28). Acción de tutela [Expediente T-5853839]. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SP2430 (2018, junio 27). Recurso de casación. [Radicado 45909]. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP13189 (2018, octubre 10). Recurso de casación. [Radicado 50836]. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP5054 (2018, noviembre 21). Recurso de casación. [Radicado 52288]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP10192 (2019, julio 31). Recurso de casación. [Radicado 51922]. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SU-141 (2020, mayo 7). Acción de tutela [Expediente T-7.414.038]. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SP934 (2020, mayo 20). Recurso de casación. [Radicado 52045]. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia STC 7284 (2020, septiembre 11). Acción de tutela. [Radicado 25000-22-13-000-2020-00209-01]. Magistrado Ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil [Colombia].
- Susskind, R. (2013). *Tomorrow's Layers. An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press.
- Zuluaga, J. (2020). Los retos de la justicia digital en Colombia. Un acercamiento a partir de la crisis originada por el Covid-19. En Obregón Salinas, G. L. (ed.) *Lo multidisciplinario del antes y después del Covid-19* (pp. 253-268). México: Thomson Reuters.

La independencia judicial, los juicios de degradación y los juicios paralelos

*Juan José Castro Muñoz**

Resumen: Los esfuerzos del Estado han sido insuficientes e inocuos para explicar el proceso penal a la sociedad. Los medios de comunicación han tomado en sus manos esta tarea al punto de que, actualmente, tienen una gran influencia en la estructura del sistema judicial y en su legitimidad. Dado lo anterior, se han presentado diversos casos en los cuales ellos han realizado juicios paralelos que conllevaron a una degradación del sujeto procesado o del funcionario judicial. En este contexto, se explica cómo derechos y garantías fundamentales como la independencia y la imparcialidad judiciales, se afectan frente a estos fenómenos. De la mano de los conceptos de ceremonia de degradación y juicios paralelos, este trabajo demuestra –a través de una revisión cualitativa de casos– que las garantías precitadas hoy están expuestas y se requiere no solo una nueva forma de construir la información judicial desde el Estado hacia la sociedad, sino la introducción de un mecanismo de autorregulación del ejercicio periodístico.

Palabras claves: Independencia judicial, imparcialidad judicial, publicidad, ceremonia de degradación, juicio paralelo, medios de comunicación.

Abstract: The State's efforts have been insufficient and unremarkable in explaining the criminal process to society. The media have taken on this task to the point that they now have a great influence on the structure of the judicial system and its legitimacy. Given the above, there have been several cases in which the media have conducted parallel trials that have led to the degradation of the criminal defendant or court officer. In this context, it is explained how fundamental rights and guarantees, such as judicial independence and impartiality, are affected by these phenomena. Hand in hand with the concepts

* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; especialista en derecho penal de la misma universidad. Trabajo para optar al título de Maestro en Derecho, Universidad Sergio Arboleda, dirigido por el profesor Samuel Augusto Escobar Beltrán. Correo de contacto: castromunozjuanjose@gmail.com

of destitution and parallel trials, this work demonstrates –through a qualitative review of cases– that the above-mentioned guarantees are now exposed, and that a new way of bridging judicial information from the State to society is required, as well as the introduction of a mechanism for self-regulation of the journalistic practice.

Keywords: Judicial independence, judicial impartiality, publicity, destitution, court of public opinion and media.

Introducción

A lo largo del desarrollo y evolución de los medios de comunicación en los últimos dos siglos, siempre ha estado presente la justicia como nicho de información. A través del periódico o las redes de comunicación masiva, los casos penales gozan de especial atención y cubrimiento porque contienen características que atrapan la atención y el morbo de una sociedad moralista (Garfinkel, 1956, pp. 420 y ss.). Progresivamente, los medios empezaron a generar opiniones y, con posterioridad, juicios de corrección sobre los hechos y las decisiones judiciales. Esto se debe a que el Estado no tomó, o lo realizó de manera deficiente, participación en la explicación del derecho punitivo y su procedimiento, lo cual permitió que los medios generaran sus propias interpretaciones del derecho y su deber ser, en la mayoría de los casos, con valoraciones equivocadas y alejadas de las finalidades constitucionales y legales.

Cuando las decisiones judiciales no se ajustan al juicio de corrección mediático, jueces, fiscales, defensores y procesados son cuestionados en su integridad ética, moral y jurídica. Esto lleva a una posible afectación de la independencia y la imparcialidad judiciales, garantías necesarias en cualquier proceso penal. En este contexto, el ciudadano procesado se ve afectado por un juicio paralelo ante los medios y la sociedad, pero también en algunos casos, se le reduce su derecho a un juicio independiente e imparcial. Tácitamente, el concepto de legitimidad del actuar judicial se desdibuja, pues el funcionario

pasa de decidir en derecho a matizar sus decisiones a supuestos de aceptación social.

Dado que los medios se apropian del espacio entre el derecho penal y la sociedad realizando una re-conceptualización de la legitimidad de las decisiones judiciales, vulneran diferentes garantías cuando las decisiones no se ajustan a los juicios de corrección mediática, en este artículo se realiza un análisis cualitativo de casos, que ofrece una visión amplia de la problemática y entrega propuestas para cesar estos fenómenos. Si bien en diferentes publicaciones se analiza la existencia de los juicios paralelos y su influencia en el proceso penal (Alcover, 2008, pp. 57 y ss.; Barrero, 2001, pp. 171 y ss.; Cortés, 2003, pp. 126 y ss.; Cuevas, 2013; Escobar, 2015, pp. 135 y ss.; Montalvo, 2012, pp. 105 y ss.), este texto no se limita a la degradación del ciudadano procesado. En tales condiciones, se busca responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿La forma actual en que se desarrolla la actividad periodística alrededor de los procesos penales, afecta la independencia y la imparcialidad judiciales?

El objetivo principal de este estudio es analizar tanto la influencia de la actividad periodística en los procesos punitivos expuestos y su afectación a los derechos del ciudadano procesado, como en los principios de independencia e imparcialidad judiciales. Para ello, se requiere delimitar los conceptos de juicio paralelo, ceremonia de degradación, publicidad, independencia e imparcialidad judicial. Teniendo estos supuestos claros, se plantea la forma en que éstos se relacionan, generando así un fenómeno en el que se ven afectadas las garantías procesales de los ciudadanos sometidos a un proceso penal, al igual que la honra, el buen nombre y hasta la integridad profesional y jurídica de los funcionarios y, por último, la potencialidad de desdibujar el concepto de legitimidad judicial.

A tales efectos, el texto realiza una somera presentación de los antecedentes del derecho procesal penal nacional con el propósito de ilustrar los orígenes de la dualidad inquisitiva-acusatoria y su fundamentación antropocéntrica. Con esto, se delimitan y explican los principios y fenómenos que son objeto

de análisis. Este estudio cualitativo de casos se fundamenta en el concepto sociológico de ceremonia de degradación y sus fases aplicadas a sujetos en procesos punitivos, desarrollado por el profesor Garfinkel (1956), y el concepto de juicio paralelo como fenómeno criminológico (Posada, 2011). Lo anterior, se desenvuelve en el tejido de la Constitución Política y en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Finalmente, se exponen las conclusiones que, en criterio del autor, pueden solucionar la problemática entre las cuales se propone tanto una reconceptualización del proceso de construcción de la información judicial como los mecanismos de auto control gremial de la actividad periodística.

Antecedentes

Comprender cómo pueden matizarse los principios de independencia e imparcialidad judiciales durante el proceso penal ordinario, en la práctica, requiere de una visión clara en un primer momento sobre lo que es el sistema procesal vigente. Posteriormente, es indispensable abordar los supuestos en los cuales se funda partiendo de los axiomas constitucionales en el entendido de que éste no es el marco de reflexión, sino solo el inicio del entendimiento de todo un sistema y su razón de ser. Por lo anterior, debe aclararse que las clasificaciones en las cuales se encuadran los diferentes sistemas de procedimiento penal no son una invención actual.

A tales efectos, es necesario remontarse al derecho romano cuando se echaron las bases de los modelos que hoy se estiman como invenciones modernas: El acusatorio y el inquisitivo. Lo anterior puede comprobarse en procedimientos criminales tales como la *provocatio ad populum*, típicamente acusatorio (en caso de crímenes determinados en *las mores* y posteriores *leges regiae*); las *quaestiones extraordinarie* y *quaestiones perpetuae*; y la *cognitio extraordinem*, que son expresión de un diseño fuese inquisitivo. De ahí en adelante, a raíz de la cristianización del Imperio Romano bajo el legado de Constantino, y la posterior caída del imperio en occidente, el derecho

procesal penal romano tuvo diferentes influencias y notables cambios (Espitia, 2006, pp. 36 y ss., 331 y ss.).

Explicar este complejo entramado de la evolución de los esquemas procesales mencionados requiere de un trabajo profundo que no es el objeto de este escrito. Por esta razón, para entender los sistemas mixtos e inquisitivos se debe revisar lo atinente al derecho romano germánico, visigodo, burgundio, ostrogodo, lombardo, canónico, islámico, bizantino, en los estados nacionales español, francés, italiano, alemán, pontificio, etc. Esto, da pie para negar que esta dualidad fuese una generación espontánea reaccionaria a las ordalías medievales, influenciadas por Beccaria y materializadas en los principios de la Revolución francesa y en su contrapuesto procesal de los códigos napoleónicos.

Con todos estos referentes de evolución normativa, en Colombia empiezan a materializarse antecedentes como el derecho del Estado nacional español, los códigos napoleónicos y las codificaciones realizadas en el siglo XX, para pasar a fuertes influencias alemanas posteriores a la Segunda Guerra mundial; por ello, el procedimiento penal se caracterizaba entonces por ser típicamente inquisitivo (Espitia, 2015). A finales del siglo XX y en lo que va el siglo XXI, a partir la Constitución Política de 1991, y de la mano del proceso de constitucionalización del sistema penal, se buscó introducir un sistema mixto más garantista.

En este cambio de mentalidad siempre se debe tener al individuo como eje central del Estado y convertir sus derechos en el fin mismo de la comunidad política. Con esta simple acepción, puede dibujarse la idea de un verdadero Estado social y democrático de Derecho fundado en la dignidad humana, tal como lo dice la Constitución (C.N., Preámbulo y art. 1.º). Por tal razón, es imperativo que esta idea se refleje en los presupuestos esenciales del proceso penal; en otras palabras, que exista un modelo garantista porque el derecho penal no es una herramienta de mera persecución para conseguir fines estatales sino una amalgama de derechos que limita los abusos en el ejercicio de *ius puniendi* (Ferrajoli, 1995; Velásquez, 2020, pp. 29 y ss.).

Sin embargo, en contra de lo anterior, el gran poder e influjo de los medios de comunicación, la ausencia de una política criminal organizada e interdisciplinar (Binder, 2012) y los fenómenos galopantes del populismo y el proselitismo punitivo, han impuesto *de facto* una nueva corriente en el proceso penal. Así, de una manera exógena, se da lugar a un eficientísimo mediático de gran calado en la sociedad que limita y establece presupuestos de legitimidad al sistema penal (Montalvo, 2012), basados en los «resultados» (como condenas o aplicaciones de medidas de aseguramiento).

Este enfrentamiento entre conceptos propios de uno u otro esquema procesal no es nuevo y ha sido objeto de análisis por diferentes tratadistas y dogmáticos. Por lo cual, según Luigi Ferrajoli (1995), la tensión existente atiende a lo que Karl Popper (2002, 328 y ss.) denomina sistemas políticos abiertos y sistemas políticos cerrados. El primer concepto se refiere al esquema en el cual el Estado está al servicio del individuo y alcanza su máximo nivel de expresión cuando se entiende que el individuo es un fin en sí mismo y el Estado es una herramienta para su desarrollo. En las sociedades cerradas, por el contrario, el Estado es una entidad trascendental a la que el individuo se debe; así, por ejemplo, en la idea de comunidad socialista, fascista, comunista o nacionalsocialista es fundamental esta noción.

En las sociedades abiertas se busca proteger al individuo mediante el derecho penal, entendiéndolo como un control al ejercicio del *ius puniendi* (Velásquez, 2020, p. 5), limitado y circunscrito por garantías fundamentales que guían el mismo. En las sociedades cerradas, por el contrario, el derecho penal prescinde de las garantías procesales en pro de conseguir objetivos estatales, porque las instituciones políticas están diseñadas para persuadir a la ciudadanía con el fin de que acaten las decisiones tomadas en la cúpula del poder a través del uso de la violencia y de la fuerza, generando violaciones sistemáticas de derechos fundamentales. En este sentido, el proceso penal está concebido para ser eficiente sin importar las garantías que le asistan al procesado puesto que se trata de ejercer un control social desde la perspectiva de la prevención general negativa y de la especial negativa, sin ninguna otra

consideración porque la misión de la organización social es prevenir el delito (Popper, 2002, p. 126).

Desde luego, existe una relación inversamente proporcional entre el garantismo y el eficientismo. Si en un sistema existen más garantías para los procesados el esquema procesal se vuelve menos eficiente, mientras que en uno más eficiente se reducen de manera forzosa las garantías. Al respecto, se considera que los esquemas acusatorios son esencialmente garantistas, mientras que los inquisitivos son en esencia más eficientistas (Ferrajoli, 1995, pp. 539 y ss.). Al introducir un sistema político abierto con una normatividad garantista, el centro del proceso penal es el individuo y él mismo es titular de distintos derechos constitucionales y legales; dentro de estos, la imparcialidad e independencia judiciales. Por tanto, solo se puede revalidar un concepto moderno de Estado social y democrático de Derecho, plasmado en su procedimiento penal, en la medida en que este blinde a los funcionarios judiciales frente al eficientismo mediático. En esta dirección se puede citar el proceso penal típico acusatorio de la Revolución francesa, en cuya virtud las causas eran sometidas a jurados populares en muchos de sus hitos procesales; mientras que las reformas napoleónicas resolvieron el tema mediante la creación de jueces de instrucción y de juicio, por lo cual se dio un viraje al patrón mixto acusatorio en plan de solucionar la extrema ineficiencia del sistema.

Así las cosas, en medio de estas tensiones se genera el modelo mixto que estabiliza los dos elementos: La eficiencia del inquisitivo y las garantías del acusatorio, y se crean esquemas con tendencia acusatoria o eficientista. El sistema previsto en el derecho positivo es mixto con tendencia acusatoria, por lo cual debe existir un equilibrio entre las garantías procesales: La verdad, la justicia, la reparación y la obligación constitucional del Estado de velar por mantener el orden y la paz.

Si se observan los procesos legislativos recientes en estas materias se encuentra que se contraponen la Ley 906 de 2004 –contentiva del procedimiento penal– y el proceso disciplinario contenido en la Ley 734

de 2002, de tinte mixto y con tendencia inquisitiva. En el primero, como característica básica de diferenciación, una entidad acusa y otra juzga; mientras que, en el segundo, el mismo órgano realiza estas actividades. Desde la perspectiva procesal penal se deben tener en cuenta el Decreto 2700 de 1991 y su calcada sucesora, la Ley 600 de 2000, como estatutos mixtos con tendencia inquisitiva; ello en contraste con la Ley 906 de 2004, mixta y con tendencia acusatoria (Espitia, 2015).

El sistema penal con tendencia acusatoria se planteó como la esperanza efímera de arropar a un esquema penal colapsado, compuesto por la Ley 600 de 2000 y su antecesor, el Decreto 2700 de 1991. Ambos venían del choque revolucionario de la Constitución Política de 1991, en la cual, entre otras cuestiones, se creó la Fiscalía General de la Nación y se le atribuyó a ella el ejercicio de la acción penal como supuesto monopolístico del Estado. Por lo tanto, además del ejercicio de la acción penal y siguiendo el mismo derrotero del Decreto 2700 de 1991, la Fiscalía General de la Nación gozaba de diferentes potestades que, con el paso del tiempo, empezaron a generar mella y escozor en diferentes sectores relacionados con la actividad judicial.

Defensores, procuradores, académicos, jueces, entre otros, criticaron las diferentes facultades exorbitantes que, en su criterio, le otorgó al ente acusador la Ley 600. Entre estas, por ejemplo, la de determinar el régimen de la libertad de los sindicados, bien fuera a través de medidas cautelares de carácter personal o al momento de definir la situación jurídica; la naturaleza jurídica de la prueba al tener plena validez desde el momento de su recolección y no frente a la contradicción; la ausencia de sujeción y control de los actos de investigación, salvo el realizado por el juez de conocimiento; entre muchas otras.

Si bien es cierto que para el año 2003 ya se vivía con gran preocupación el fenómeno siempre ascendente del hacinamiento carcelario, la violación sistemática de los derechos humanos en las cárceles, la congestión en los despachos, la impunidad y la falta de calidad de dicho servicio público fundamental, aquí se le apuntó a la celeridad como supuesto salvador del

sistema penal por considerar que el mero cambio del esquema inquisitivo al acusatorio –en el cual se confundía la oralidad como condición de celeridad–, iba a generar rapidez en las causas penales y así se solucionarían todos estos aquejamientos. Sin embargo, fue un craso error.

En la teoría contractualista liberal clásica, una de las pocas cesiones que se le realiza a la comunidad política es la potestad de ejercer la justicia para evitar los círculos interminables de violencia, dentro de contextos de venganza (Locke, 2001, p. 30; Locke, 2014). Propiamente, este concepto de institucionalidad de la justicia en nombre del Estado, después de más de 200 años, es el que más flaquea en nuestro lánguido esquema debido a muchísimos factores. Aunque la duración de los procesos en términos generales disminuyó, hoy en día los problemas que no se evidenciaron entonces tienen como doliente el concepto de legitimidad de un Estado en ejercicio de la jurisdicción. Esto es muy preocupante, dado que una sociedad que no acata ni legitima las decisiones judiciales de las instituciones que la rigen entra en caos y anarquía por la falta de información de la misma sociedad sobre sus sistemas, el abandono total del Estado en la función de comunicar y enseñar los esquemas de derecho aplicables, el estado de cosas inconstitucionales en las cárceles, y la hiperinflación legislativa en temas punitivos dentro de contextos de populismo punitivo y proselitismo punitivo (Posada, 2011).

Por ello, en vez de evitar el problema, es necesario analizar la situación con todas sus variables y entender el sistema penal –como su propia palabra lo expresa– como un conjunto de reglas, principios, instituciones y realidades sociales, en el cual la sociología, la criminología, la dogmática y el poder punitivo del Estado tienen que ser la piedra angular para el desarrollo ordenado de una política criminal, que permita consolidar una política de Estado y no de gobierno (Binder, 2012). Dentro de estas políticas se debe entender el sistema como mixto con tendencia acusatoria, con los requerimientos que exige y con un desarrollo legislativo y jurisprudencial coherente con esta noción.

Entre los principios del sistema penal, la independencia judicial siempre se entendió, analizó y desarrolló desde una perspectiva endógena, es decir, el legislador en su construcción concibió que ella solo podía ser vulnerada, atacada o perjudicada por entes estatales y nunca por fenómenos paraestatales o civiles; por esa razón, en una sociedad globalizada y muy conectada debe preguntarse si la garantía constitucional mencionada está o no en grave riesgo por el influjo de los medios de comunicación, porque estos –dentro de la dinámica de lo que doctrinariamente se denomina como *juicios paralelos* o *trial by media* (Montalvo, 2012)– someten a los funcionarios judiciales a ceremonias de degradación.

Si bien en los planteamientos iniciales de Garfinkel (1956), solo afectaba al procesado y a su familia, este trabajo cree que el fenómeno sociológico vincula a los servidores judiciales; y causa, al igual que a los procesados, daños de imposible o difícil reparación a la vez que perturba investigaciones y procedimientos e influye en la imparcialidad de los jueces y los tribunales para, finalmente, perjudicar la credibilidad de la justicia. Desde luego, se debe reconocer que la labor del periodista y los medios de comunicación es fundamental para la consolidación de una democracia, en la medida en que ellos son la representación más precisa de la libertad de expresión tanto en la dimensión individual como la colectiva; no obstante, el fenómeno mencionado ha llegado a extremos preocupantes en virtud de los cuales se replantea el presupuesto de la legitimidad judicial basado en el actuar en derecho, para la aceptación social matizada mediáticamente de la mano de los medios de comunicación.

Según Rose & Fox (2014, pp. 771 y ss.), durante los años ochenta en los Estados Unidos se realizaron investigaciones acerca de la relación entre los hábitos de ver noticias por parte de los ciudadanos y la percepción del crimen; según una de ellas las personas que veían más noticias sobre delitos estaban más expuestas a estos o tenían más probabilidades de ser víctimas de un delito. Para los estudiosos existe una variable directamente proporcional entre la selección y la cobertura de los crímenes reportados en televisión desde 1978 hasta 1998, y el aumento en la percepción pública de la delincuencia (como

el problema más importante que enfrentaba esa nación); ello en contraste con las estadísticas oficiales que no guardaban ninguna relación con los delitos de mayor aumento cuantitativo.

Estos estudios son relevantes para el caso porque establecen la importancia de la percepción pública del delito y cómo éstas pueden afectar a la política, a las normas sociales e incluso a los comportamientos individuales de cada uno. Al efecto, recuérdese que fue en 1972 cuando el psicólogo Stanley Cohen desarrolló el término «pánico moral», que definió como la reacción pública sensacionalista generada por los medios de comunicación (1987, pp. 1 y ss.); por supuesto, para que esta situación se presente debe configurarse dentro de la sociedad una preocupación, una actitud hostil y una reacción desproporcional y volátil. Estudios empíricos adicionales han respaldado las ideas de ese estudioso. En uno de ellos se examinó la cobertura de la pena capital y la opinión pública sobre ella, desde la década de 1970 hasta principios de la década de 1990, y se descubrió que la disminución del apoyo público a dicha pena, correspondía a una mayor cobertura informativa de errores en los procesos judiciales que podían conducir a la ejecución de personas inocentes.

Por otro lado, Cohen (1987, p. XXXI) explica que el entendimiento de la sociedad frente a la política y el sistema judicial ha disminuido considerablemente en los últimos años. A pesar de la información masiva que circula por las redes sociales, el conocimiento del público sobre la realidad criminal en Estados Unidos ha disminuido debido a que la información que proporcionan los medios puede estar viciada, o no ser objetiva. Al mismo tiempo, el continuo aumento de la programación de información y la publicación sensacionalista de la cobertura informativa ha demostrado ser perjudicial para el discurso público y la democracia.

Otro tema esencial para complementar este tópico (Rose y Fox, 2014, pp. 781 y ss.), es el atinente al conocimiento y a las actitudes de las personas frente al sistema de justicia penal y la influencia que tienen las redes sociales dentro del contexto. Los autores realizaron una encuesta acerca del sistema

legal estadounidense a partir de preguntas como estas: ¿Qué porcentaje de casos penales van a juicio?, ¿Qué porcentaje de acusados penales pueden contratar a un abogado?, ¿El índice de encarcelamiento es más alto, más bajo, o casi lo mismo que otras democracias avanzadas? Los encuestados solo necesitaban saber un cálculo aproximado de muchas de las respuestas; y luego se les preguntó si usaban, regularmente, plataformas como Twitter y Facebook como fuente de noticias, para seguir casos y juicios penales de alto perfil.

Al procesar la información, lo más impactante del resultado de la encuesta fue establecer que el uso de las redes sociales no influyó en los niveles de conocimiento sobre el sistema legal; es más, aquellos que usaban las redes sociales para enterarse de las noticias no tuvieron un conocimiento mayor sobre el sistema. Así las cosas, la esperanza de que los medios digitales y el compromiso directo con el sistema legal y político condujeran a una ciudadanía más informada no parece haber ocurrido, aunque los que dependían de las redes sociales no obtuvieron un menor puntaje.

Así mismo, esa investigación muestra como se hicieron análisis estadísticos para colegir que el uso masivo de las redes influye en la reacción y en los comportamientos de los miembros de la sociedad en relación con los procedimientos legales y el sistema de justicia penal. Los autores llegan, por tanto, a tres conclusiones: Primera, los ciudadanos utilizan los medios como una fuente de información sobre casos criminales de alto perfil y las redes se han vuelto herramientas esenciales para la recopilación de noticias, en especial para personas menores de 40 años. Segundo, el uso de estas redes en relación con las noticias de criminales sirve poco para que los ciudadanos tengan un mayor entendimiento del sistema penal y tengan mayor confianza en éste. Tercero, las redes parecen alentar a que los ciudadanos tengan mayor activismo político y social; ellos pueden crear páginas en redes, comunicarse con sus amigos en todo el país e incluso con los participantes del proceso (Rose & Fox, 2014, p. 786).

Es más, la actividad periodística –de la televisión, la radio o las redes sociales– de un medio de comunicación está regida por un conjunto de principios y valores definidos por su empresa editora y por los intereses empresariales y financieros de los grupos que conforman los conglomerados mediáticos. En este orden de ideas, la ideología de un medio de comunicación es la que determina qué hechos se visibilizan o se silencian y cuales no, además ella indica los distintos enfoques que se deben adoptar ante una situación concreta de actualidad y la importancia de determinado suceso. Resulta claro, entonces, que la delincuencia y la inseguridad son temas centrales en las noticias transmitidas por los medios tradicionales y que son ellos, principalmente, los encargados de informar a las personas sobre los problemas delictivos y las respuestas dadas por las instituciones competentes, lo cual podría llevar a inferir que el miedo al delito puede aumentar como consecuencia de dicha exposición. Así:

Desde un plano puramente explicativo, la literatura criminológica indica que los altos niveles de miedo al delito son causados por la percepción personal de vulnerabilidad ante la delincuencia. Esta última puede resultar tanto por eventos de victimización directa como por incidentes de victimización indirecta asociados o a la experiencia de familiares y amigos o a la exposición a medios de noticias o programas cargados de violencia y drama (Rodríguez & Quinde, 2016, p. 149).

Igualmente, los modernos medios de comunicación podrían definirse como el servicio de acceso a la información a través de las nuevas tecnologías. El internet y las redes sociales son utilizados como espacios de información al margen de los medios tradicionales de comunicación. Esto disminuye la intermediación de los medios para la publicación de información; acelera los procesos de creación, publicidad, distribución y discusión de los contenidos; diversifica a los productores de información, pues las publicaciones no son exclusivas de los especialistas de la información contratados por los medios y, en fin, genera que el acceso a los nuevos medios se haga desde cualquier lugar y momento.

En muchas oportunidades, entonces, dichas características permiten tener visiones diferentes a las versiones oficiales e institucionalizadas en torno

a los sucesos de la vida cotidiana, incluso como mecanismos contestatarios al poder institucional. En el caso colombiano, a manera de ejemplo, diferentes investigaciones de periodistas independientes han servido para denunciar hechos con las características típicas de un delito o circunstancias con implicaciones directas en la agenda de la política nacional. Asimismo, en el caso de los juicios paralelos, gracias a estos se han desvelado grandes casos de corrupción o se ha dado celeridad a las causas; no obstante, al no estar regulados ni controlados, el poder que ellos ejercen siempre termina en excesos.

La independencia, la imparcialidad y la publicidad judiciales

El Estado social y democrático de Derecho, y en particular el ejercicio del *ius puniendi*, se basa en una serie de postulados rectores y en directrices fundamentales que limitan el ejercicio de esta potestad político-jurídica por parte del Estado y es, en sí mismo, el supuesto de protección del individuo frente a la prerrogativa más agresiva de la comunidad política (Velásquez, 2020, pp. 29 y ss.). Estas conquistas liberales se matizan en distintas nominaciones. En el ordenamiento constitucional y legal, los denominamos principios; ellos, por tener esta naturaleza, se conciben como mandatos de optimización que se deben aplicar en la mayor medida posible en contraposición de las leyes de aplicación binaria (Alexy, 1993, p. 86).

Por un lado, el principio de independencia judicial se erige como una garantía para los asociados, la cual consiste en que «los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley» (C.N., art. 230); presupuesto en el cual se establece todo el principio de independencia judicial en el ordenamiento precitado. Sin embargo, determinar la tradición jurídica bajo la cual opera el sistema judicial de cada país es fundamental, pues de allí se desprenden las garantías que preservan la independencia judicial. Por ejemplo, la perspectiva de la justicia francesa se fundamenta en el principio de separación de poderes, mediante el cual se blindo a la administración de

todo aquello que ponga en riesgo su independencia o su objetividad en el cumplimiento de sus funciones. En este sentido, se conciben tres requisitos para el reclutamiento de los jueces: La edad (mínima de 35 años), la experiencia (7 años mínimo) y pertenecer al sector académico.

Por otra parte, en Estados Unidos y en Inglaterra, sobre los jueces recae un verdadero poder que llega a tener casi el mismo nivel que el ejecutivo y el legislativo. La razón de esta asignación es la función que el poder judicial cumple, pues se entiende que ejerce un verdadero sistema de pesos y contrapesos. Adicionalmente, está blindado de cualquier injerencia por parte de otra rama del poder público y de los mismos jueces, porque la concepción del precedente (vertical, horizontal) está relacionada con la organización judicial y las relaciones de autoridad existentes en el sistema de tribunales; situación que impide interferencias sobre un juez, puesto que:

Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión (Kocourek & Koven, 1935, p. 985; Iturralde, 2013, p. 195).

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha emitido una decisión muy relevante sobre la independencia judicial y que –a su vez– limita y circunscribe conceptualmente los principios objeto de estudio (Sent. C-037/1996, con. 1, CConst.); se parte del supuesto de que el ejercicio del derecho debe estar guiado por distintas garantías, en particular, la independencia y la imparcialidad judiciales. Y, como se ha dicho, la independencia hace relación a que los jueces en la toma de decisiones no pueden estar sometidos a ningún tipo de presión, constreñimiento, insinuación o cualquier tipo de acción u omisión por parte de miembros pertenecientes al Estado; el juez «debe estar libre de usurpaciones o intromisiones del ejecutivo, del legislativo y de presiones políticas o de cualquier índole que lo afectan o parecen afectarlo en el ejercicio de sus funciones» (Guevara, 2011, p. 147).

Los jueces son funcionarios en los que se materializa la naturaleza jurídica de cada rama del poder público: En la Rama Ejecutiva, liderada por el presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y a partir de él, toda la organización jerárquica que de él depende; en la rama legislativa, representada por los congresistas y sus equipos de trabajo; y, finalmente, en la judicial en la cual ni siquiera los superiores jerárquicos de un juez de la república pueden interferir en las decisiones. Por lo anterior, se concluye que la independencia del juez es absoluta y en sus decisiones solo está sometido al imperio de la ley.

En el ámbito legal, la Ley 600 de 2000 consagra en el artículo 12 el principio de autonomía e independencia judiciales, en el entendido de que las decisiones proferidas dentro del proceso penal materializan el ejercicio de la función constitucional de administrar de justicia y que, en ese orden de ideas, cualquier juez tiene independencia y autonomía en la toma de decisiones. En cuanto a la Ley 906 de 2004, debe decirse que no existen diferencias significativas en relación con este precepto.

Ahora bien, el principio de imparcialidad no fue contemplado al momento de proferir la Ley 600 de 2000, o, por lo menos no expresamente; mientras que la Ley 906 de 2004, en su artículo 5.º, sí lo consagró como principio rector y derecho fundamental. Bajo este postulado, debe entenderse la imparcialidad como un derecho conexo al debido proceso que le genera al ciudadano la posibilidad de ser juzgado sin prejuicios y que garantiza, bilateralmente, el respeto y el acatamiento a las decisiones tomadas. Se utiliza el concepto de bilateralidad, porque al tener como piedra nodal el principio de legalidad, se debe proscribir cualquier juicio libre de vicios que pueda constituir una vía de hecho para mantener la idea liberal de la justicia.

Es importante mencionar que, en virtud de este principio y con la finalidad de evitar cualquier tipo de parcialidad por parte del juzgador, el legislador eliminó la posibilidad de decretar pruebas de oficio. La jurisprudencia, por su parte, considera que el principio de imparcialidad requiere la presencia de dos elementos: Uno objetivo y otro subjetivo. El componente subjetivo

se relaciona con el juez y su fuero interno entendido como estados mentales que pueden generar algún tipo de prejuicio o valoración indebida para con las partes o intervinientes en el proceso. Por su parte, el factor objetivo alude a los vínculos que puedan existir entre el operador judicial y el objeto de las controversias que, naturalmente, puedan nublar su decisión.

Con esto se puede concluir, entre otras interpretaciones, que la imparcialidad judicial exige que el sujeto pasivo del proceso penal, es decir, el procesado, tiene derecho a que el juez conozca su caso y decida de una manera objetiva guiándose por presupuestos de verdad y justicia (Sent. C-095/2003, párr. 15, 16, 17 y 18, CConst.). En consecuencia, la garantía de la imparcialidad se convierte no solo en un elemento esencial para preservar el derecho al debido proceso sino también en una herramienta idónea para salvaguardar la confianza en el Estado de derecho a través de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional le reconoce a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) subjetiva relacionada con la probidad y la independencia del juez, de manera que éste «no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto»; y (ii) objetiva, «esto es, sin contacto anterior con el *thema decidendi*, “de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto”». No se pone con ella en duda la «rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción» sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelante, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue (Sent. C-600/2011, con. 1, CConst.).

Siguiendo con la línea jurisprudencial, se destaca la relevancia de los principios objeto de estudio y se relacionan con garantías internacionales contenidas en la Carta de San José de Costa Rica, pues se considera que

las normas relativas a la independencia y la imparcialidad son imperativas y deben mantenerse incólumes en cualquier proceso punitivo (Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1969, Art. 8.1) (Sent. C-881/2011, con. 1, CConst.). Además, se destaca que –en pro de mantener indemnes las garantías objeto de estudio– existe la obligación por parte de los jueces y magistrados de apartarse de las causas donde medie duda alguna de su integridad (CIDH, 2005, párr. 146 y 147) (Sent. C-288/2012, CConst.; Sent. C-154/2016, párrs. 73, 74 y 75, CConst.; Sent. T-176/2008, CConst.).

En el ámbito internacional, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desarrolla el concepto de imparcialidad, para señalar que se define como «la ausencia de prejuicios o de parcialidad»; en la sentencia del caso *Piersack vs. Bélgica*, afirma:

Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicio o parcialidades, su existencia puede ser apreciada conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto (TEDH, 1982, p. 30).

En esta perspectiva señala ese importante tribunal que «[...] debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables». Por ello, concluye que «es suficiente constatar que la imparcialidad del tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda» (TEDH, 1982).

Para determinar los aspectos subjetivos y objetivos de la imparcialidad, el TEDH analiza cada caso concreto a través de los tests subjetivo y objetivo. En el subjetivo se trata de averiguar la existencia de una convicción personal del juez en un caso dado; en este sentido, sostiene que existe una presunción de imparcialidad y ella solo puede ser vencida judicialmente cuando se prueban hechos concretos de imparcialidad. En lo atinente al test objetivo, el TEDH enfatiza en la importancia de las apariencias y expresa que lo que está en juego es la confianza que los tribunales en una sociedad democrática

deben inspirar en el público y sobre todo en el acusado, en cuanto respecta a los procedimientos criminales. Asevera, además, que en la aplicación de este test la opinión de la parte que alega parcialidad es importante pero no decisiva; lo crucial es si una duda sobre la imparcialidad puede ser justificada de forma objetiva o razonable. Si hay una «duda legítima» o «razonable» sobre la imparcialidad del juez, éste debe apartarse del caso.

Finalmente, constituye un aporte significativo del TEDH la denominada «teoría de la apariencia», desarrollada por el Tribunal Constitucional Español (Castillo, 2007, p. 127 y ss.), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2001) en el Caso Barrios Altos vs Perú, y el Tribunal Constitucional peruano; esta teoría se basa en el aforismo: «no basta que el juez sea imparcial, sino que debe parecerlo». Esa es la razón por la cual se dice que el juez debe exteriorizar una postura de relación equidistante de ambas partes, de manera que el proceso judicial cumpla con las exigencias derivadas del derecho al juez imparcial; es decir, en palabras de esa corporación judicial:

[...] un modelo de Juez rodeado de la apariencia de imparcialidad, no solo en la realidad de su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, sino también en su imagen, eliminando cualquier sombra al respecto cuando existan elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de parcialidad (Auto 027/2007, Tribunal Constitucional español).

Por ello, la apariencia de imparcialidad constituye un presupuesto de un juicio justo, toda vez que el juez será imparcial cuando sus actos expliciten esta posición dentro de un proceso, de manera que este sea considerado como justo y equitativo. Lo expuesto permite concluir que la independencia e imparcialidad judiciales son un derecho fundamental para los asociados y una norma de obligatorio cumplimiento, que se desliga del debido proceso. En ésta se procura mantener incólume el criterio del juzgador frente a distintas injerencias, que pueden ser provenientes del Estado en sí mismo (independencia) o del proceso (imparcialidad), bien sea por sus partes o por lo que pueda desprenderse del objeto.

Con esto, se asegura que la neutralidad y la objetividad sean las características propias de todas las causas y más aún de las que tienen naturaleza punitiva. Al concretarse obstrucciones o constreñimientos el funcionario debe separarse del proceso sometido a su conocimiento, para que los prejuicios que dicha amenaza genera no afecten la correcta impartición de la justicia dado que, como quedó claro en los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos, el juez debe fallar sin ningún tipo de temor por el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, pues lo único que debe condicionarlo es el ordenamiento jurídico. La imparcialidad, pues, «más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento» (Ferrajoli, 1995, p. 580).

Por ello, es de recibo la postura de Emilio Cortés (2003, p. 144), cuando asevera que la independencia judicial y la imparcialidad son una manifestación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, pues es impensable concebir un procedimiento jurisdiccional en el cual los jueces no se aparten de las consideraciones subjetivas que les impidan garantizar al procesado sus derechos fundamentales.

En este contexto, el constituyente y el legislador diseñaron los impedimentos y las recusaciones con la finalidad de blindar al servidor judicial. En esta materia rige el principio de taxatividad, según el cual solo puede considerarse motivo de impedimento o de recusación aquel que de manera expresa se señala en la ley excluyendo la analogía (CEDH, 1989; CIDH, 2002; Sent. C-881/2011, con. 1, CConst.). Los jueces no pueden separarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales y a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio la persona del juez (salvo en el arbitramento), de manera que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial no pueden deducirse por similitud, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez (Auto AP34136 de 2016, CSJ; Auto AP32723 de 2007, CSJ; Auto AP33576 de 2005, CSJ; Auto AP34427 de 2003, CSJ; Auto AP33910 de 2003, CSJ).

El juez o magistrado no puede tener una expectativa de beneficio o perjuicio patrimonial, moral o intelectual, sobre la cual la solución del asunto acarrearía al funcionario judicial, a sus parientes cercanos o a la sociedad en general. Asimismo, su criterio no debería estar influenciado por criterios externos porque, de aparecer respaldada en serios elementos de juicio, compromete la ponderación e imparcialidad del juzgador, tornando imperiosa su separación del conocimiento del proceso (Auto AP34136 de 2010, CSJ; Auto AP26667 de 2007, CSJ; Auto AP23542 de 2005, CSJ; Auto AP15100 de 2003, CSJ).

Por otro lado, aparece el principio de publicidad cuyos arraigos inmediatos se fincan en los presupuestos reaccionarios a los procesos penales medievales caracterizados por supuestos ordálicos, en los cuales regían métodos de acceso a la prueba a través de tortura y mecanismos privados en los que se apelaba a sistemas con ausencia de comprobación científica, con la finalidad de conseguir el «acervo» para condenar (Espitia, 2015). En ese sentido, el principio de publicidad es una de las conquistas del pensamiento ilustrado, movimiento que apostó por la garantía de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre frente al arbitrio judicial y las eventuales manipulaciones a los tribunales (Barrero, 2001, p. 186). Dado lo anterior, la publicidad propiamente dicha se erigió como máxima del proceso penal occidental (Espitia, 2016), hecho inicialmente liderado por Cesare Beccaria, desarrollado en su máxima expresión en los supuestos procesales revolucionarios franceses y matizado por los códigos napoleónicos. Con esto, se buscaba erradicar aquellas decisiones secretas y sin fundamento jurídico procesal para pasar a procesos y sentencias públicas con fundamento fáctico jurídico.

La publicidad, al igual que los principios explicados, es una norma rectora del proceso penal por lo que es obligatoria y prevalente frente a cualquier otra disposición que la contraríe y está íntimamente ligada al derecho fundamental al debido proceso. El artículo 29 de la Constitución Política de 1991 establece que cualquier ciudadano tiene derecho a un juicio público sin dilaciones en el cual pueda controvertir y cuestionar las decisiones que se impartan. En

este principio se materializa la limitación de los poderes punitivos del Estado, garantizando que las decisiones sean censadas por las partes y la sociedad para evitar arbitrariedades y abusos y ciñendo las providencias a la ley.

En este orden de ideas, la Ley 600 de 2000 concibe el principio de publicidad desde dos momentos procesales diferentes: La etapa de investigación, que es reservada para quienes no sean sujetos procesales y el juicio, que es de carácter público. Por su parte, la Ley 906 de 2004, en un primer momento, establece que la actuación procesal en general es pública y que tienen acceso a ella, además de los intervinientes y las partes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Esto, salvo que el juez considere que la publicidad pueda afectar los derechos de las víctimas, poner en peligro a los testigos o menoscabar el derecho del acusado a un juicio justo. Asimismo, este principio genera efectos en aspectos sustanciales como la práctica de pruebas, porque ello debe realizarse de cara al imputado y a la sociedad durante una audiencia pública.

No obstante, el principio de publicidad no es absoluto puesto que existen diferentes restricciones a la publicidad cuando hay motivos que puedan poner en peligro el orden público, la seguridad nacional o la moral pública. En este sentido, cuando el juez considere que existe una amenaza a los preceptos mencionados podrá, mediante auto motivado, limitar el acceso al público o a la prensa o imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben. Con esto, un juez penal, al tener la posibilidad de limitar derechos fundamentales como consecuencia de un acto reprochable, debe exponer a las partes y a la sociedad su decisión, no como una simple formalidad sino como un presupuesto de eficacia, garantizando la controversia y la democracia participativa (Sent. C-641/2002, con 1., CConst.; Sent. C-1114/2003, con. 1, CConst.).

Con base en lo anterior, se concluye que la legislación y la jurisprudencia entendieron que la publicidad, además de ser la obligación en la cual las autoridades judiciales deben poner en conocimiento de las partes las actuaciones propias del proceso para que puedan ser conocidas, analizadas

y controvertidas en ejercicio de los derechos procesales fundamentales, es también la potestad que tiene la sociedad de conocer el ejercicio de la administración de justicia para evitar arbitrariedades en la aplicación del derecho punitivo y, en otros casos, como un efecto positivo para evitar fenómenos de impunidad. Implícitamente, al hacer públicas las sentencias judiciales, se materializa la prevención general negativa. Dado que la sociedad tiene acceso a la concreción del *ius puniendi*, se plasma el efecto disuasorio general de la pena como castigo, buscando una obediencia jurídica a la normatividad de un Estado social y democrático de derecho, so pena de la aplicación de un castigo. Así, se envía un mensaje sobre la vigencia del derecho penal a la sociedad utilizando la coerción como método de sugestión.

Sin embargo, nuestra problemática se basa en las implicaciones que hoy en día tienen los medios de comunicación en el principio analizado. Con el advenimiento de ellos de forma masiva, su influencia creciente en el siglo XX y, más particularmente su articulación con las redes sociales, se convirtieron en muchos aspectos en los interlocutores válidos y los únicos existentes mediante los cuales la sociedad se entera de lo que sucede en ella y más particularmente en los procesos punitivos. Los medios siempre serán una parte esencial en los procesos de justicia y es gracias a ellos que la sociedad logra informarse de los acontecimientos actuales que cobijan al mundo. Sin embargo, el problema sustancial de los medios recae cuando tienen un enfoque que varía según el mercado o manejan una línea editorial sensacionalista. En algunos casos los periodistas se burocratizaron sin mayores resistencias, bajo el convencimiento –auténtico, ingenuo o complaciente– de que su independencia se mantendría incólume. Así:

Los grandes conglomerados dueños de los medios de comunicación tienen el lucro como finalidad principal; por eso mantienen una relación calculada o estratégica con los poderes públicos. Y de este modo los medios de comunicación han abandonado su función original de desentrañar y difundir la verdad, para convertirse en contratistas de quién tendrían que vigilar (Morelli, 2017). En relación con los enfoques sensacionalistas, debe decirse que actualmente diferentes medios tradicionales se caracterizan por

informar sobre asuntos chocantes que producen emoción o impresión, en lugar de los relevantes o importantes. Numerosos programas de televisión y diferentes diarios de amplia circulación centran su atención en la vida privada de personas famosas y en hechos en los que se resalta el morbo y la violencia, dejando de lado la ética periodística y, por supuesto, la objetividad frente a hechos que marcan la agenda política, económica, social y judicial de la vida nacional. Razón por la cual, de manera frecuente, la víctima es el foco principal de la noticia y el acusado es considerado culpable incluso antes de que se dicte sentencia. Las relatorías en las redes sociales han aumentado la desconfianza en el sistema de justicia criminal y son estos juicios sociales los que han llevado, en muchos casos, al público a tomar la justicia en sus propias manos, suscitando un deseo de venganza que rompe los supuestos básicos de un estado liberal (Rose & Fox, 2014).

Sin duda, en ocasiones se sustituye a la jurisdicción estatal por el juicio mediático y con ello surge lo que se conoce como juicios paralelos, entendidos como procedimientos paraestatales que pueden alcanzar diversas intensidades y que en ocasiones pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, como el derecho al honor, a la presunción de inocencia y a la defensa, dado que pretenden inducir a la opinión pública un veredicto anticipado de culpabilidad de una persona, sin que ésta pueda disfrutar de las garantías que recoge la Constitución (Barrero, 2001, pp. 172-173). Dicho poder tiene tanta relevancia que los medios de comunicación son extremadamente influyentes en los mecanismos y los presupuestos de legitimidad, lo cual genera un problema exógeno que la institucionalidad y el Estado en sí mismo no pueden afrontar toda vez que los presupuestos de reacción son basados en patologías internas.

Lo anterior, aterrizado al proceso penal, implica que las partes – intervinientes y demás personas que participan en un proceso penal– van a ser cuestionadas por los medios de comunicación, positiva o negativamente, según la línea editorial que tengan. Con esto se afecta la legitimidad de la justicia como institución y la del individuo y los operadores judiciales. Esta línea editorial converge con la necesidad propia de la influencia de los medios,

el rating y la aceptación del medio en la masa social, dada la información que transmite. Sin ser suficiente lo mencionado, se han presentado fenómenos de desconocimiento del sistema procesal por parte de los medios de comunicación, lo que lleva a un fenómeno generalizado de desinformación.

El ejemplo perfecto es el concepto de impunidad. Por regla general, significa que el Estado no ejerció la acción penal frente a una causa, sin embargo en algunas ocasiones este fenómeno obedece a fines constitucionales procesales que no se relacionan necesariamente con la declaratoria de responsabilidad penal de una persona. Prueba de esto es que cuando Néstor Humberto Martínez se posesionó como Fiscal General de la Nación manifestó que la impunidad en Colombia era del 99%, toda vez que en el país se cometían alrededor de 3.5 millones de delitos al año y que solo se producían 51.000 sentencias condenatorias (Canalrcn.com, 2016).

Sería irresponsable mencionar que estas cifras se deben solo a una sensación generalizada creada por los medios de comunicación o a los malos informes periodísticos, pues hay múltiples causas que repercuten en este fenómeno y, por ende, en la crisis que padece el sistema penal, tales como: Falta de recursos, personal, capacitación al personal y la inexistencia de una política criminal coherente. Sin embargo, en relación con las medidas de aseguramiento, los medios de comunicación sí suelen transmitir una falsa idea de impunidad frente a su no imposición, toda vez que se considera que no afrontar en prisión un juicio –escenario natural del debate sobre la responsabilidad penal– es un sinónimo de impunidad. Dada esa situación, se califica el comportamiento de las partes e intervinientes del proceso penal.

Esta censura mediático-social conlleva la afectación de la legitimidad de la justicia y, en el plano individual, daña la independencia y la imparcialidad judicial. Uno de los ejemplos más claros es el de los delincuentes sexuales. Una investigación de la entidad *Crimes Against Children Research Center* de New Hampshire, estableció que las tasas de delitos sexuales contra niños habían disminuido un 53% entre 1990 y 2007 (Finkelhor, 2009, pp. 169 y ss.). Como tal, los delitos sexuales no aumentaron, pero la cobertura de los medios

generó una noción de impunidad y sensación de inseguridad, haciendo creer que éste era el delito que más aquejaba a la comunidad y las autoridades no tomaban las medidas necesarias para mitigarlo. En términos de la noción de proporcionalidad, la creciente atención de los medios a la ofensa sexual era inconsistente con la cantidad de delitos denunciados, con base en una noción infundada de impunidad. Este fenómeno genera en la opinión pública la idea de que las autoridades no atacan los «verdaderos problemas» o no investigan o juzgan los delitos, que, en criterio de ese grupo, generan inseguridad e impunidad, lo que afecta la legitimidad de las autoridades (Fox, 2013, pp. 160 y ss.).

Ahora bien, en el caso colombiano es evidente que los presupuestos de legitimidad de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial dependen de factores externos a ellos y, al momento, no han sabido ni han podido manejarlos efectivamente, bien sea por inobservancia en la construcción legislativa o por la imposibilidad de mutar del ordenamiento jurídico materializado en los principios objeto de estudio. Nunca, pues, se consideró la influencia de los medios de comunicación como una amenaza a la independencia y a la imparcialidad judiciales; y ello es, a no dudarlo, una realidad que no puede ser ignorada.

Desde luego, se sabe que el derecho penal es una herramienta fragmentaria, subsidiaria y de *ultima ratio* con la que cuenta el Estado para dirigir los comportamientos de las personas, a través de intervenciones en sus derechos fundamentales, proporcionales a las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos de los demás, y que no pueden ser controladas por las otras ramas del derecho debido a su gravedad. Desde luego, esta aptitud orientadora-integradora o preventivo-pedagógica también se advierte en la actividad periodística (De Luca, 2006), toda vez que los actos comunicativos, por lo general, implican una clara injerencia conductual direccionada, difusa y desinstitucionalizada que se dirige a la población (Posada, 2011).

Naturalmente, la solución a este problema no puede ser la de cercenar ni limitar la publicidad de los procesos penales ni, mucho menos, censurar

la libertad de prensa; por el contrario: Se debe velar porque los medios de comunicación transmitan información veraz y con sustento jurídico para evitar los fenómenos generalizados de desinformación. De igual manera, el Estado debe generar un contrapeso informativo para que la sociedad pueda entender el derecho penal y sus consecuencias, construyendo vasos comunicantes entre la rama judicial y la sociedad. En este orden de ideas, la prensa libre y los derechos de las comunicaciones son, como dice la doctrina:

[...] presupuestos *sine qua non* para fortalecer las libertades constitucionales del ser humano, promover la participación soberana de la ciudadanía en los asuntos de interés general y estabilizar las expectativas sociales, garantizar el pluralismo deliberativo que identifica un sistema democrático, ejercer un control responsable no institucional de las instancias públicas y, entre otras cosas, vigilar la actividad independiente y transparente de los jueces al aplicar el derecho positivo a las controversias sociales (Quiroga, 1995).

Las ceremonias de degradación, los juicios paralelos y su influencia en la independencia e imparcialidad judiciales

Se trata de tres conceptos distintos y deben ser tratados por separado. El de ceremonia de degradación es sociológico y se le debe, al menos en sus albores Harold Garfinkel (1956, pp. 420 y ss.) quien, en su trabajo *Conditions of Successful Degradation Ceremonies*, explica que todas las sociedades tienen un tinte moralista que genera un interés en el estatus social de sus miembros, por lo que se crea un arquetipo de comportamiento con mínimos esperados para cada persona. Cuando un individuo actúa por debajo de la moral creada por la sociedad, esta lo castiga denigrando su estatus social; en términos actuales podrían interpretarse como la honra y el buen nombre. Al ser un concepto que se radica en el moralismo social o en un arquetipo de comportamiento basado en este, el autor plantea que solo en sociedades absolutamente inmorales no se pueden ver estas degradaciones sociales.

Como ejemplo, puede citarse la sociedad colombiana de los años 80 y 90; en efecto, a tal punto llegó la convivencia y aceptación del fenómeno de

la criminalidad organizada en materia de tráfico de drogas que los crímenes realizados por Pablo Escobar muchas veces fueron justificados dentro de un discurso falso de empatía social, en virtud del cual el capo era visto como un liberador social de las clases políticas tradicionales (Restrepo, 2018). La degradación del estatus, pues, surge de la indignación moral como efecto social y la indignación, a su vez, de la denuncia pública (Escobar, 2015).

Un término esencial para el entendimiento del tema es el de indignación moral, que es un efecto generado por sentimientos propios de la organización producto del desarrollo de los seres humanos, mientras viven sus vidas en compañía. Cuando una persona no se ajusta a los comportamientos considerados correctos por parte de la sociedad, esta debe censurarlo con la finalidad de reafirmar la pertenencia al grupo de quienes mantienen el arquetipo y la exclusión de los que violan dicho código de conducta. Con esto se cumple con el objetivo de la colectividad de señalar a un individuo y juzgarlo por sus actos; aunque, para Garfinkel (1956), la vergüenza que causa la indignación social puede llegar, en algunos casos, a reincorporarlo a la sociedad por la misma solidaridad grupal que lo señaló.

Cuando el individuo es sometido a la ceremonia, este puede reafirmar la censura a través de diferentes emociones o comportamientos paralelos. Por ejemplo, el autor plantea que el comportamiento paralelo de la vergüenza es el retracto; en el sentimiento de culpa, se encuentra su paradigma en el comportamiento abnegado, en el disgusto con uno mismo, el rechazo al contacto, y así sucesivamente. La indignación moral sirve para efectivizar la destrucción ritual de la persona denunciada. A diferencia de la vergüenza, que no une a las personas, la indignación moral puede reforzar la solidaridad del grupo en el rechazo y la exclusión.

Garfinkel (1956) prosigue enfocándose en el proceso de la atribución de cargos como arma efectiva para la destrucción del estatus social, pues le abre paso a la indignación moral colectiva la cual cumple con el papel de transformar la identidad o estatus de un individuo a otro. Pero no es una simple transformación de su estatus social; también es una completa

remodelación y destrucción de la posible idea de que este individuo sea de utilidad para la sociedad. Para el autor, la degradación del estatus surge de la indignación moral como efecto social y del cumplimiento de cada uno de los requisitos que componen una ceremonia de degradación.

En este orden de ideas, el acusador debe extraer al autor y al suceso de lo cotidiano y exponerlos como excepcionales; además, debe presentarse ante el testigo de tal manera que éste lo observe como hombre político que participa en experiencias comunitarias y vigiladas. El acusador también debe resaltar la dignidad de los valores supra personales y hacerlos visibles al observador, para proceder a ser investido con el derecho a presentarse en nombre de dichos valores y como defensor de estos.

Por último, la persona inculpada debe permanecer ritualmente distante de su lugar en el orden legítimo y ser definida de tal manera que parezca estar en la parte contraria. La persona inculpada debe ser considerada «fuera», ella debe –entonces– convertirse en «extraña» (Garfinkel, 2006, pp. 115 y ss.). Por su parte, la indignación surge de la denuncia pública, toda vez que afecta la objetividad de cómo los otros perciben al individuo, pues a los ojos de la sociedad esta persona deja de ser quien era, para convertirse en una nueva, ajena al esquema de organización de la sociedad, apartándola de la misma colectividad y utilizando la vergüenza a través de los medios masivos como arma principal.

Esta figura debe entenderse como aquella actividad mediática en la cual medios de comunicación, en cualquier etapa del proceso penal (en la mayoría de los casos colombianos desde la indagación), realizan juicios de responsabilidad penal frente a las personas indiciadas sin ningún mecanismo de construcción científica sobre los elementos materiales probatorios, y, añádase, sin ningún tipo de contradicción probatoria dentro de marcos extra judiciales. Esto viola la presunción de inocencia en su esfera extra procesal, al utilizar un concepto de justicia dentro de una sociedad de mercado, en la cual los diferentes medios compiten por el *rating* o la influencia (Alcover, 2008, p. 60). Esto se desarrolla concomitantemente al proceso penal sujeto a

un esquema reglado; no obstante, estas atribuciones de responsabilidad penal a sujetos no están circunscritas a ningún principio, por lo cual no pueden controvertirse ni revisarse en su contenido y construcción jurídica. Son supuestos sumarios donde el medio de comunicación establece fenómenos de autoría y tipicidad.

Sin embargo, en ocasiones la interferencia de los medios de comunicación con la actividad judicial repercute en la dignidad humana entendida como base axiológica y, a la vez, norma rectora del derecho penal en virtud de la cual el individuo y sus derechos son el límite al poder punitivo del Estado y al poder legislativo a la hora de tipificar las conductas. Esto sucede porque, sin sentencia judicial, el procesado y en ocasiones el juez, son objeto de juicios de reproche que tienen como finalidad solo instrumentalizar a los individuos con el fin de perfeccionarlos, para enviar un mensaje a la sociedad; situación que, sin duda, viola la dignidad humana de los sujetos sometidos al derecho penal.

El juicio paralelo es, pues, el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un periodo de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto *sub iudice*, a través de las cuales se efectúa por estos una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en hechos sometidos a investigación judicial (Montalvo, 2012, p. 111). Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso. Así, al cabo de un determinado periodo de tiempo, en el que aparecen informaciones sobre los hechos, acompañadas de juicios de valor más o menos explícitos en editoriales y contribuciones de personas ajenas a la plantilla de tales medios, las personas afectadas son tenidas por la opinión pública, o al menos ante un segmento de ellas, como inocentes o culpables.

A través del juicio paralelo, entonces, se realiza una valoración social de las acciones sometidas a la investigación judicial lo cual podría influir en la voluntad y en la opinión de los jueces. La información que se brinda, en la mayoría de los casos, a través del juicio paralelo es fruto de la opinión o la especulación la cual es trasladada del debate a una sede que no es

judicial, careciendo de garantías idóneas (Phillipson, 2008, pp. 15 y ss.). Es más, el efecto maligno del juicio paralelo sucede cuando el profesional de la información realiza un ejercicio ilegítimo del periodismo que pretende sustituir o alterar la sensibilidad o percepción social por medio de una intervención manipuladora, creándose una verdadera *ingeniería del consenso* en virtud de la cual el receptor solo está en condiciones de aceptar lo ya decidido por el medio. En ese sentido, los juicios paralelos atribuyen roles propios del proceso judicial a los medios de comunicación, eliminando las garantías para el procesado lo que lleva a una sentencia no escrita de condena en la moral colectiva (Montalvo, 2012, p. 112).

Ahora bien, es necesario profundizar en cada uno de los elementos que componen la definición de juicio paralelo. En primer lugar, el protagonista es un sujeto y no un hecho porque se trata de un juicio que se hace al autor; un ejemplo es el caso del equipo de Lacrosse de la Universidad de Duke: Reade Seligmann, Collin Finnerty y David Evans eran estudiantes de esa casa de estudios y jugadores de Lacrosse. Tras varias victorias consecutivas durante el 2006, los alumnos decidieron contratar a una *stripper* en una casa para celebrar; ella, la afroamericana Crystal Gail Mangum, alegó que fue violada esa noche por los tres hombres lo que desató una polémica en los medios, al publicar falsamente que fue un crimen racial por parte de la élite «blanca» del país. Fue un festín de sensacionalismo, pues se utilizaron muchas nociones sociales controversiales: El rico *vs.* pobre, el blanco *vs.* el negro, élites educadas *vs.* personas en situaciones marginales, hombre *vs.* mujer, educados *vs.* no educados. El Fiscal del distrito, Mike Nifong, tomó dicho caso como un abanderamiento en contra de la discriminación y la segregación racial; procesó por secuestro, violación y asalto sexual a los tres jóvenes blancos.

En las primeras semanas de los hechos, el fiscal estuvo en cerca de 70 entrevistas. En sus primeras declaraciones afirmó que las circunstancias en las que se desarrolló la supuesta violación indicaban un motivo racial; y, en menos de un mes, el investigador realizó más de 48 declaraciones ante la prensa. Para octubre de 2006, el funcionario mencionó en juicio que ninguna persona de su equipo de trabajo se había entrevistado con la supuesta víctima.

El 22 de diciembre desistió del cargo de violación, lo que no se sabía es que el fiscal estaba en campaña para su reelección razón por la que buscaba hacerse a gran parte de los votantes y este caso era su trampolín perfecto.

En este ejercicio maquiavélico ocultó las pruebas de ADN a la defensa que desvinculaban a Seligmann, Fineerty y Evans de los hechos, lo cual fue revelado en juicio. Fue tal la presión mediática que el equipo de Lacrosse fue sancionado y tildado de estar integrado por violadores y racistas, lo que dañó la reputación de los jóvenes por completo dentro de un juicio paralelo en un rito de degradación social. En el desarrollo del juicio se logró demostrar que todo había sido inventado por Crystal Mangun, quien tenía más de doce versiones diferentes de lo acontecido. Al fiscal Nifong se le expulsó de la barra de Carolina del Norte, con una votación unánime del Comité Disciplinario. Se le encontró responsable de 27 de los 32 cargos disciplinarios (McElroy, 2007; Anderson, 2018). Así las cosas, mientras que el periodismo investigativo se centra en indagar los hechos y no en un personaje determinado, el juicio paralelo juzga a un individuo fuera del proceso penal por un hecho noticioso desde una perspectiva sensacionalista.

Otro buen ejemplo, es el caso de Madeline Beth McCann (nacida el 12 de mayo de 2003 en Leicester, Inglaterra), una niña hija mayor de Kate McCann, médica generalista en Melton Mowbray, y Gerry McCann, un cardiólogo del Hospital Glenfield de Leicester. Madeleine, que tiene dos hermanos mellizos, Sean y Amelie, de dos años, vivían con su familia en Rothley, Inglaterra. El día tres de mayo de 2007, Madeline –de cuatro años– desapareció cuando se encontraba de vacaciones en un hotel en Algarve, Portugal. Sin embargo, a pesar de la cantidad de supuestos avistamientos en ese país y en distintos lugares del mundo, la investigación al respecto no parecía tener un contexto claro.

No obstante, gracias a la publicidad y varias campañas llevadas a cabo por celebridades internacionales, la familia McCann logró movilizar una operación de búsqueda que todavía continúa. En medio de la investigación, los mismos padres de la desaparecida surgieron como sospechosos; por esto,

los medios de comunicación decidieron enfocarse directamente en ellos, afectándolos por medio de desvalorizaciones morales. Incluso, se afirma que los McCann fueron violentados por los mismos periodistas, pues hackearon sus teléfonos personales, generando una clara distorsión en el foco central de la investigación: Encontrar a Madeline. Esto hace que el autor concluya que la masificación y la globalización afectan la información que producen los medios, pues, en su deseo por sobresalir y generar premisas, contribuyen a violar derechos fundamentales, la intimidad y los objetivos de los procesos judiciales (Greer & MaLaughlin, 2012, pp. 395 y ss.).

En segundo lugar, los juicios paralelos se centran en crear riesgos jurídicamente desaprobados contra la integridad moral o contra la recta y eficaz impartición de justicia. En tercer lugar, esta figura supone una actuación que se surte a la par de un proceso o como un procedimiento privado, con el propósito de reemplazar una actuación jurisdiccional. En cuarto lugar, los juicios paralelos pueden enfocarse en hechos en los que no existe investigación oficial, o formulación de imputación para el caso colombiano (Posada, 2011).

El fenómeno en examen plantea una colisión de derechos fundamentales: Desde el punto de vista del sujeto que es objeto de un juicio paralelo, puede decirse que como consecuencia de las valoraciones y las opiniones emitidas por un medio de comunicación, durante un lapso indeterminado sobre la existencia del hecho que se investiga, autoría o participación, culpabilidad y en ocasiones, un reproche moral a las personas que adelantan el procedimiento penal, se vulneran la presunción de inocencia y los derechos como el honor, la honra, el buen nombre y la imparcialidad judicial; y, al nivel colectivo, la independencia (Cuevas, 2013).

En la antípoda, se encuentra la faceta de control social de la publicidad. En honor a la verdad, el fenómeno de la influencia de la prensa no tiene solo el matiz expuesto. Se debe resaltar que a través de los medios de comunicación se ha abierto un espacio paralelo, en el cual se denuncian diferentes irregularidades o se presiona a las autoridades administrativas o

judiciales para la consecución de resultados ante la rampante impunidad del sistema penal colombiano. El caso, tristemente célebre, de Yuliana Samboní es un ejemplo perfecto.

El cuatro de diciembre del 2016 la pequeña fue secuestrada, violada y asesinada por Rafael Uribe Noguera. El atroz crimen fue visibilizado por los medios de comunicación, por el contraste mediático que presentaba a una persona de clase alta en contra de una persona de clase baja. Existen en la historia del país casos de peor envergadura sin cobertura mediática por ausencia de factores virales. En esta ocasión, todas las instituciones, hasta el ex presidente Juan Manuel Santos, se pronunciaron condenando los hechos. En tiempo récord se recorrió la mayoría del proceso penal: Se capturó, imputó y se aplicó medida de aseguramiento el seis de diciembre de 2016; el 15 de diciembre de 2016 se presentó escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el día once de enero de 2017, oportunidad en la cual el acusado aceptó los cargos. El dos de febrero de 2017 se le condenó a 51 años de prisión, pero la sentencia fue apelada por la Fiscalía General de la Nación. El Tribunal Superior de Bogotá, el once de noviembre de 2017, modificó parcialmente la sentencia y aumentó la condena a 58 años de prisión. Sin lugar a dudas, un récord al rituar un proceso penal en comparación con la duración promedio de una actuación normal que, según cifras del Consejo Superior de la Judicatura, bastante optimista, es de tres años (El Tiempo, 2018; González, 2017).

Así mismo, dígase que las investigaciones realizadas por los medios en algunos eventos han servido para controvertir versiones oficiales, como sucedió en el caso de Rodney King. En efecto, el día tres de marzo de 1991, en Los Ángeles –California– King manejaba por la autopista cuando la policía le ordenó detener su vehículo. Al rehusarse, se inició una persecución que terminó cuando la policía alcanzó el vehículo y sacó a la fuerza a los ocupantes del mismo. Se dio que el comportamiento del conductor King fue violento y trató de quitarles a los servidores las armas de dotación, razón por la cual lo redujeron con armas eléctricas, bolillos y a patadas. Sin embargo, los agentes no repararon que una persona grabó todo el procedimiento y envió

el video a una emisora local; en esa pieza se evidenció que la versión policial era falsa. Posteriormente, los agentes fueron enjuiciados por abuso y absueltos por un jurado del Valle de San Fernando, que era mayoritariamente de raza blanca. La absolución desató una de las peores revueltas en la historia de EE. UU., dejando más de 50 muertos e innumerables pérdidas económicas.

Ahora bien, es necesario hacer referencia a las circunstancias que originan la situación analizada: En primer lugar, el desprestigio de la justicia por el colapso operativo del sistema procesal penal, que conlleva a que crezcan las tasas de criminalidad y los niveles de impunidad. En segundo lugar, diferentes autores señalan como causa de la ocurrencia de juicios paralelos la prevención general negativa. En este sentido, Nicolás Rodríguez (2002, pp. 37 y ss.) indica que la pena señalada para los delitos es insuficiente para mantener la vigencia de las normas penales, razón por la cual los medios de comunicación han estructurado estrategias comunicacionales muy rentables que trasladan el debate social al seno del derecho penal.

En tercer lugar, la indignación moral es un sentimiento que motiva a las personas a avergonzar y a castigar a otras que han actuado fuera de los preceptos morales de la sociedad. Si bien la indignación moral aumenta la cooperación de un grupo de personas y puede generar un contrapeso a las actuaciones de los delincuentes, también incrementa el conflicto social al deshumanizar al presunto autor de un delito. Por ello Crockett (2017) sostiene que los medios digitales, internet y las redes sociales, permiten que la indignación moral tenga una visibilidad mayor lo cual permite perseguir que brille la justicia para un grupo vulnerable o protestar –en contra del victimario– con base en las diferentes concepciones que se tienen de lo que es justo. Asimismo, diferentes estudios concluyen que las personas tienen el deseo de verse como moralmente correctas, con independencia de sí experimenten el sentimiento de indignación que su conducta expresa en la red (Malo, 2017).

Un ejemplo de lo anterior es el hecho ocurrido el 26 de octubre de 2018 en la localidad de Ciudad Bolívar, en Bogotá, en el cual tres personas capturadas por la Policía Nacional fueron linchadas como consecuencia de una cadena de mensajes que circuló por WhatsApp, en la cual se les imputó

—falsamente— el secuestro de un niño sin que los hechos que motivaron el acto de la captura tuvieran relación alguna con la desaparición del menor. Lo más grave es que la indignación y la exacerbación de la comunidad fueron tales, que los actos de violencia ocasionaron la muerte de dos de las personas aprehendidas (Perea, 2018). Desde el punto de vista de la criminología y según la teoría interaccionista o de la reacción social, estos comportamientos crean fórmulas de identificación de las personas, estereotipos o estigmatizaciones que los inducen a una actitud coherente con determinada etiqueta, «de tal manera que el comportamiento legal, favorable, es creado por etiquetas positivas y el comportamiento infractor, desfavorable, es la consecuencia de las etiquetas negativas» (Perea, 2018).

Por último, añádase que en los juicios paralelos son los mercados de los monopolios económicos los que —con mayor frecuencia— eliminan la diversidad informática y desregulan la actividad periodística, mediante la unificación de políticas de medios y la reducción de la independencia editorial. En esta dinámica se inician seguimientos a las actuaciones primarias de la justicia, donde entra en juego el concepto de ceremonia de degradación. Si bien este concepto se acuñó desde una perspectiva sociológica a la censura generada por la sociedad frente a los comportamientos que un individuo realiza, en contra de un arquetipo de comportamiento establecido por la vida en común, fácilmente este concepto es aplicable a los procesos penales. Esto se logra al vincularlo con el elemento de la denuncia pública —el cual genera indignación moral—, partiendo del supuesto de que el derecho penal es un acuerdo político en el cual la comunidad política establece cuáles son las conductas que merecen el mayor reproche (Locke, 2014).

Según lo anterior, con el hecho punible cometido por cualquiera tendríamos la denuncia pública, no en su faceta legal si no real, dado que esta naturaleza se la da el medio de comunicación con la exposición selectiva del caso, por lo que la indignación moral es inminente convirtiéndose en un ritual de degradación perfecto. Con esto la ceremonia de degradación en el proceso penal se le aplica al procesado, a su familia y a sus allegados, situación que —en términos prácticos— repercute en la imagen, el respeto y el buen

nombre del procesado, en relación con un ciudadano común y corriente, o, en casos más estrictos, cuando él se remite a un modelo diferenciador como el de un buen padre de familia.

Frente a ese hecho punible, cuando la decisión judicial no es entendida o compartida, no coincide con la línea editorial o no se ajusta al concepto de terror penal que se mencionaba anteriormente, la posible degradación no se limita al ciudadano procesado y a su familia, sino que alcanza al funcionario judicial dentro del juicio paralelo, pues existe la idea de un derecho penal endurecido y erigido sobre un concepto particular de eficiencia de la administración de justicia, de cara a lograr la transformación de la legitimidad judicial. Esta eficiencia es entendida como la producción a toda costa de sentencias condenatorias o, en todo caso, como la emisión de decisiones que afectan la libertad de las personas en contravía de las mismas garantías, por el simple propósito de ajustarse a la idea de corrección mediática (Aponte, 2017). Esto lleva al punto absurdo de forjar en la sociedad la idea equivocada de creer que, sin la imposición de una medida de aseguramiento, hay impunidad. Véanse dos ejemplos:

El cuatro de enero del 2006 Edward Cashman, un juez de Vermont (Estados Unidos), condenó a Mark Hulett quien había agredido sexualmente a una niña de 10 años durante cuatro años, a una pena privativa de la libertad que fluctuaba entre 60 días y tres años de prisión. La protesta de la comunidad fue intensa y la cobertura de los medios fue significativa, pues ellos masificaron la noticia anunciando la sentencia en la cadena de televisión WCAX.TV de Burlington. La decisión del juez se basó en sus convicciones legales frente al tratamiento que debían recibir los criminales, en este tipo de casos. Para él, Hulett era una persona de bajo riesgo de reincidencia y señaló como más importante el tratamiento de cara a la rehabilitación que los años de cárcel por cumplir.

Posteriormente, durante el mes de enero de 2006, *Burlington Free Press* publicó doce historias sobre abuso sexual, durante un período de tres semanas y tres artículos de opinión en los cuales se pedía la renuncia del juez. Las principales publicaciones afirmaban que el juez Cashman en su actuar,

calificado de cuasi corrupto y negligente, no valoró la necesidad de la pena de prisión. El juez fue cuestionado públicamente, calificándolo de incompetente y censurándolo de por vida para el ejercicio. La influencia mediática fue tan penetrante que el gobierno vio la necesidad de involucrarse y le solicitó al juez Cashman su renuncia, quien nunca dudó sobre sus tesis y afirmó que cambiar su decisión sería ceder ante la presión mediática. Sin embargo, censos posteriores demostraron como la mayoría de las personas reclamaban al juez el abandono de su puesto no conocían los hechos relevantes del caso. Como puede verse, entonces, el caso de Vermont representa un ejemplo de cómo la distorsión de los medios puede crear nuevos «villanos», perpetuar imprecisiones en los formatos de los medios y mostrar una nueva cara del «riesgo» en el entorno social; en consecuencia, los delincuentes deberían ser tratados acorde con las posibilidades de reincidencia para así mejorar la seguridad y reducir el peligro de victimización (Fox, 2013).

Como segundo ejemplo en el ámbito local, deben citarse las decisiones de los jueces de ejecución de penas que concedieron la libertad a Guido Nule, Emilio Tapia y Mauricio Galofre, luego de haber sido condenados por uno de los escándalos de corrupción más grandes de los últimos años: El llamado «carrusel de la contratación» en Bogotá. Específicamente, los funcionarios judiciales –en un ejercicio de su actividad revestido de aparente legalidad– determinaron que los sujetos condenados tenían derecho a la prisión domiciliaria, por haber cumplido tres quintas partes de su condena en un establecimiento carcelario tal como lo establece las disposiciones que regulan el subrogado penal correspondiente. No obstante, la indignación social y mediática fue tanta que la Fiscalía General de la Nación inició una indagación en contra de los togados y ordenó una inspección judicial a los expedientes referidos; así mismo, la Procuraduría General de la Nación inició una indagación disciplinaria en contra de los funcionarios, sin que ninguna de las dos instituciones precitadas tuviese en cuenta que la prisión domiciliaria, después del cumplimiento de las tres quintas partes de la pena, es un derecho que tienen todas las personas condenadas cuando cumplen determinados requisitos.

Así las cosas, los medios de comunicación generan escenarios en los cuales se califican con fundamentos ajenos al derecho las actuaciones o decisiones judiciales adoptadas por los funcionarios dentro del ámbito de su competencia, su independencia e imparcialidad, y se le manifiesta a la sociedad que la emisión de dichas providencias puede acarrearles a los servidores públicos que las emiten consecuencias penales y disciplinarias, y los exponen ante el conglomerado como servidores corruptos. No obstante, se deben generar espacios para explicarle los ciudadanos los alcances del derecho penal y sus instituciones, con el fin de darle legitimidad a las decisiones garantistas en el marco de un proceso penal y en relación con todas las partes e intervinientes.

Estas decisiones deben ser entendidas como la aplicación de los derechos contenidos en la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Colombia y las normas procedimentales y de derecho sustancial, para evitar así la degradación del funcionario que profiere este tipo de providencias y del mismo procesado. Esto es necesario porque la falta de conocimiento y de entendimiento sobre el funcionamiento del proceso penal, como consecuencia de la desinformación que brindan los medios de comunicación, genera poca aceptación en la sociedad de las sentencias absolutorias o condenatorias con penas que para el ciudadano son insignificantes. Lo anterior, se acentúa por la flagrante impunidad que desdibuja los lineamientos garantistas del proceso penal.

Sin lugar a duda, pues, el juicio de corrección de la decisión que realiza el medio de comunicación afecta la legitimidad de la justicia. Con esto, los medios de comunicación al tener el monopolio de la información entre la rama judicial y la sociedad, mutan el concepto de legitimidad del juez, induciéndolo a cambiar decisiones que estén de acuerdo con el ordenamiento jurídico por decisiones «socialmente aceptadas»; por ello, se queja un gran teórico, «el rollo y la picota han sido hoy sustituidos por la exhibición pública del acusado en las primeras páginas de los periódicos o en el televisor; y no como consecuencia de la condena, sino de la acusación, cuando todavía es un presunto inocente» (Ferrajoli, 1995, p. 731).

El juicio paralelo puede tener incidencia en la decisión del juez de dos maneras diferentes: Por una parte, el juez puede fallar de acuerdo con la opinión pública por presiones, o, por el contrario, hacerlo contra la misma con el objeto de reafirmarse a estas amenazas (Montalvo, 2012, p. 114). Un ejemplo es el caso de Sam Sheppard. Durante su juicio en 1954, él relató el devastador acontecimiento que sucedió el cuatro de julio de ese mismo año: El asesinato de su esposa. Dentro de su declaración, el acusado dijo que el día de los hechos dormía en el sofá cuando escuchó a alguien entrar, por lo cual subió al dormitorio de su cónyuge y se encontró con la sorpresa de ver a un hombre matando a su mujer a golpes. Sigue su narrativa afirmando que trató de detenerlo, pero no pudo hacer nada; luego, lo persiguió fuera de su casa –en Cleveland–, pero durante el forcejeo con el agresor quedó inconsciente de un golpe que recibió. Sin embargo, el caso tuvo una reacción mediática inusual.

En efecto, sin dictar sentencia, los medios locales de Ohio relataron el suceso de tal forma que los ciudadanos asumieran la responsabilidad de Sheppard. Fue la opinión pública viciada por los medios sensacionalistas la que contribuyó a su condena, influyendo en los investigadores y en el jurado. Sin embargo, diez años después un jurado revocó la sentencia y afirmó: Primero, que nunca se encontró el arma con la cual se había cometido el asesinato, por lo cual no existía manera alguna de vincular a Sheppard con el crimen de su esposa; y, segundo, que había sido la publicidad del caso la encargada de provocar la decisión de sentenciarlo. Lastimosamente, los 10 años que Sheppard pasó en la cárcel fueron decisivos, pues días después de salir de ella fue encontrado ahogado en su propio vómito causado por el abuso del alcohol y las drogas (Semana, 1996).

Esto, en otras palabras, llevaría a un supuesto tácito de reconceptualización del principio de independencia e imparcialidad judiciales en el entendido que, desde una perspectiva objetiva (independencia), la sociedad como ente a través de los medios de comunicación puede influir en la actividad judicial al generar censura; así, pues, el funcionario no estaría liberado de cualquier presión que pueda nublar su juicio. Además, la sociedad escapa a cualquier

tipo de control o contrapeso legal, porque la independencia judicial es un factor ajeno a la institucionalidad bajo la cual se diseñó. Por tanto, el juez, al ver que el supuesto de su legitimidad es «social», no adopta las decisiones que en derecho son correctas sino las socialmente aceptadas; de esta forma se introduce una «justicia políticamente correcta» en la cual las decisiones impopulares no tendrían fundamento, toda vez que al renunciar al derrotero de una legitimidad basada en el apego al derecho llevaría a proscribir el concepto mismo de soberanía. Por ello, dice Valentín Thury (2016):

[...] la mediatización de la vida democrática y la inserción del juez en el centro de esa vida provocan una transformación de la función de las normas institucionales. La dinámica comunicativa y la institucional se solapan y adoptan formas de interacción complejas que tornan necesario incorporar nuevos elementos que expliquen la construcción del rol judicial. El rol del proceso formal pasa a ser una validación de lo sucedido en esta esfera mediática, que a veces se da, de forma compleja, con carácter simultáneo y, otras veces, se produce con carácter sucesivo. En uno y otro caso, el resultado de la discusión pública pasa a ser un insumo ineludible del proceso deliberativo judicial (p. 268)

En este orden de ideas, pues, la independencia judicial en el marco de una sociedad de medios depende de una serie de factores ajenos a las normas constitucionales mediante las cuales se impide al funcionario, someterse única y exclusivamente al imperio de la ley cuando profiere sus decisiones. De otro lado, desde la perspectiva subjetiva (imparcialidad), un servidor que sea sometido desde el inicio del proceso penal a un juicio paralelo, podría variar las cuestiones preliminares y la decisión del caso en concreto por presiones mediáticas. Sin estar las partes involucradas, el juez se vería presionado a adoptar una postura respecto al objeto del proceso.

Típico ejemplo es la aplicación de la medida de aseguramiento intramural, cuando esta es jurídicamente improcedente; como en el caso del inicio de un juicio paralelo de un accidente de tránsito, cuando el sujeto activo de la conducta maneja en estado de embriaguez o se trata de un delito de acceso carnal violento realizado sobre menor de catorce años. En estos eventos, el medio de comunicación con criterios sin asidero jurídico, ya sea por la poca participación de expertos que aborden el problema o por el

escaso tiempo con el que cuentan para realizar un análisis exhaustivo sobre el tema, menciona o induce a pensar que a la persona se le debe imponer una medida de aseguramiento de carácter personal, consistente en privarla de la libertad durante el desarrollo de la investigación y el juicio toda vez que, según su valoración, es un peligro para la sociedad. Desde luego, este tipo de situaciones que se presenta antes de la realización de una audiencia de formulación de imputación (como supuesto de notificación formal de un juicio a un procesado), le presenta al funcionario desde la asignación del caso un presupuesto extrajurídico que genera presión, intimidación y coacción sobre él.

Esto ocurre porque para el medio de comunicación la legitimidad del juez para obrar no se basa en el derecho sino en el criterio del medio. Así las cosas, el servidor judicial se parcializa y adopta una decisión determinada perjudicando derechos fundamentales, pues el juicio paralelo es el encargado de establecer cual es la única decisión aceptable «socialmente» que, si no se profiere, comporta una ceremonia de degradación para el funcionario. Esto explica la razón por la cual se inician innumerables investigaciones disciplinarias y penales contra los funcionarios y se les somete a procesos de degradación social, no por ser procesados sino quienes deciden si el acusado es responsable o no. En otras palabras: Se crea una relación previa o concomitante entre el juez y el tema a decidir, con lo cual se vulnera la imparcialidad a partir de una fuente exógena. Esto es, gracias a un escenario donde las garantías se tornan inocuas.

En este contexto, obsérvese, también desaparece la filosofía que anima la previsión legislativa del delito de desacato. En efecto, en las legislaciones que se fundamentan en el derecho romano esta figura punible se concibe para castigar las ofensas dirigidas contra la autoridad, como una construcción autónoma e independiente de los dispositivos penales llamados a castigar los atentados contra el honor (injuria y calumnia); se buscaba preservar, en términos generales, la idea de prestigio de la administración pública y preservar el funcionamiento normal de la misma. En síntesis: Cualquier conducta deshonrosa, desacreditadora o menospreciadora frente a la

actividad de cualquier autoridad judicial era constitutiva del posible delito de desacato.

En la historia legislativa reciente la figura se utiliza para castigar las conductas que tengan como objetivo desobedecer las órdenes impartidas por un juez dentro de un proceso judicial; por ejemplo, cuando el funcionario ordena a las partes no pronunciarse sobre aspectos procesales ante la prensa con fines de preservar el orden público. Sin embargo, diferentes organizaciones internacionales no gubernamentales y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), estiman que las leyes de desacato –todavía previstas por lo menos en 17 estados americanos– violan el derecho humano a la libertad de expresión, porque restringen el debate público y, por ende, el correcto funcionamiento de la democracia.

Este fenómeno, desde luego, merece ser estudiado a fondo porque es uno de los factores que más afecta a la administración de justicia que busca blindar a los operadores en su ejercicio, a través de la creación de herramientas que permitan, en un primer momento, disuadir las conductas propiciatorias del fenómeno del juicio paralelo y/o de las ceremonias de degradación en concreto, para evitar que la función de impartir justicia se mantenga en los supuestos románticos liberales. Por tanto, como se ha dicho:

[...] se requiere desde hace tiempo una regulación que pueda, si no eliminar de pleno la gestación del juicio paralelo, sí al menos esgrimir un criterio adecuado para su tratamiento. Esta reglamentación determinaría la forma en la que los medios de comunicación pueden participar plenamente del principio de publicidad judicial, así como los mecanismos necesarios para que precisamente este principio suponga una garantía propia del Estado (Montalvo, 2012, p. 124).

Conclusiones

A lo largo del texto se evidenció que la independencia y la imparcialidad judiciales como garantías, están diseñadas para asegurarle al sujeto que el

funcionario tiene a su disposición las herramientas para mantener incólume su criterio frente a los casos concretos. Sin embargo, ellas se diseñaron mal y/o no tienen la capacidad de ajustarse a las realidades sociales existentes, propiciadas por fenómenos como los juicios paralelos y/o las ceremonias de degradación. En estos casos, los medios pueden generar una expectativa sobre el deber ser de las decisiones desdibujando la independencia judicial.

En situaciones concretas, los juicios de corrección realizados por los medios sobre los casos expuestos por ellos mismos suelen concluir en ceremonias de degradación o en rituales de destrucción que recaen sobre las personas de los procesados o los funcionarios, quienes adoptan las decisiones en derecho. Y ello, adviértase, puede suceder antes, durante o después de la decisión, dañando la imparcialidad toda vez que el servidor se relaciona indebidamente con el objeto, las partes y/o el proceso. Con esto, se responde a la pregunta de investigación en el sentido de que la actividad periodística alrededor de los procesos penales afecta la independencia y la imparcialidad judiciales.

Así mismo, los juicios paralelos y las ceremonias de degradación son dos conceptos con matices distintos. El primero, parte de una falencia estatal al explicar el derecho y los procesos penales al conglomerado, aunque existan esfuerzos mínimos para socializar temas específicos como el estado de cosas inconstitucional en el ámbito carcelario y la política criminal del país, como consecuencia de la emisión del Auto 121 de 2018 mediante el cual la Corte Constitucional ordenó al gobierno nacional implantar actividades pedagógicas tendientes a explicar y comunicar dichas problemáticas. En este contexto los medios encontraron el nicho necesario para explotar los casos penales en pro del consumo. El segundo concepto, esto es, el de las ceremonias de degradación, proviene de planteamientos sociológicos en cuya virtud los sujetos que no se ajustan a este código, son expuestos al escarnio público y derruidos en su honra y buen nombre, producto de una vida en sociedad y de un arquetipo de comportamiento determinado.

Estos conceptos, con independencia de sus diferencias, se unen a través del derecho en una relación de género y especie para materializar los efectos del juicio paralelo; por un lado, con el anidamiento de los juicios paralelos en los procesos penales y, por el otro, al establecer la normatividad penal como modelo de comportamiento. Con esto, teniendo al derecho penal como patrón de un comportamiento moral, solo se requiere de la realización de una conducta reprochable por parte de un sujeto para que, con posterioridad, el medio de comunicación seleccione el caso, realice la denuncia pública y, así, construya el juicio paralelo y/o la ceremonia de degradación sobre el sujeto.

Es decir, la ceremonia de degradación es el género y el juicio paralelo es la especie. Si las decisiones posteriores no se ajustan a la línea editorial del medio de comunicación, el ritual de destrucción puede recaer sobre el funcionario judicial y lograr su descalificación profesional y personal. Esto puede hacer que las decisiones varíen sin tener en cuenta el derecho. Por lo anterior, tácitamente, se replantea el concepto de legitimidad de las decisiones judiciales, pues no se fundan en el derecho sino en la aceptación social.

Por lo anterior, se hace necesario generar mecanismos que permitan ejercer la contraposición oficial en relación con el manejo de la información judicial y evitar la manipulación de los casos según las dinámicas de *rating*, para que la información divulgada sea certera y se base en el derecho; por ejemplo, mediante la creación de la figura de un vocero judicial. De esta manera, se generaría un contrapeso mediante el cual se pretende revertir el ejercicio de la construcción de la información jurídica para la comunidad, necesariamente para pasar de los medios de comunicación al Estado a través del canal oficial de la rama judicial o mediante la actividad de voceros, de los cuales saldría la información enviada al medio de comunicación.

Asimismo, valdría la pena preguntarse bajo qué presupuestos se debe regular el ejercicio periodístico con la finalidad de entenderlo de mejor manera; no como la Corte Constitucional lo plantea desde la perspectiva de un oficio sino como una verdadera profesión. Tal punto de partida permitiría

establecer y crear comités de ética periodística, análogos a los existentes en los ordenamientos chileno y peruano, para que sean pares de los periodistas quienes juzguen –entre otras cosas– que los contenidos comunicados a través de los medios de comunicación sean desarrollados en un contexto que se corresponda con la disciplina que comunican. Al respecto, se debe recordar que en el Reino Unido, a través de la *leveson inquiry*, se generaron unas recomendaciones para el desarrollo del ejercicio periodístico muy importantes después del escándalo mundial generado por las interceptaciones ilegales realizadas por el diario *News of the World* (Leveson, 2012, p. 337 y ss.).

En este orden de ideas, pues, la profesionalización del periodismo implica la creación de controles para casos concretos como los expuestos en líneas anteriores. Así, a modo de propuesta, es necesario plantear la posibilidad de crear un tribunal que tenga como finalidad evaluar la labor de los comunicadores dentro del marco propio de la ética periodística y que se rija por los principios de probidad e independencia. Esta iniciativa está pensada como un mecanismo de autorregulación que se debe desarrollar por organismos calificados para aplicar, desde el periodismo y los medios, las medidas de corrección para poner coto a cualquier exceso, especialmente los atentados contra la verdad, la dignidad de las personas y los derechos humanos.

Específicamente, este tipo de tribunal tendría como función analizar las quejas que se presenten sobre la actuación de los medios y que, cuando sea necesario, emita una resolución juzgando dicho proceder desde el punto de vista deontológico, teniendo en cuenta que debe existir un procedimiento que les permita a las partes exponer sus argumentos y pruebas para que el tribunal pueda adoptar una decisión objetiva. Asimismo, se debe fortalecer el metacubrimiento como mecanismo para que la prensa censure sus propias actividades antiéticas.

Además, dígase, no es necesaria la creación de tipos penales autónomos que tengan como finalidad sancionar acciones con las características de un juicio paralelo, pues existen diferentes delitos que protegen el honor y la honra

de las personas, como la injuria y la calumnia. También, se debe sancionar con más severidad a las personas que llevan a cabo estos comportamientos a través de los medios masivos de comunicación sin dejar a un lado mecanismos menos severos, como la acción de tutela o las solicitudes de rectificación que se hacen a los medios.

Es necesario, pues, que el Estado realice un contrapeso al uso de información por parte de los medios de comunicación privados a través de oficinas de prensa oficiales de la rama judicial y de la Fiscalía General de la Nación, que cuenten con presupuesto y autonomía para informar a la opinión pública con noticias no distorsionadas por los intereses de las empresas privadas y, por ende, que cese el abandono del Estado a la hora de cumplir con la tarea de explicar el derecho a los asociados y comunicar en forma debida las decisiones que se profieran en ejercicio de la función judicial.

Referencias

- Alcover, N. (2008). La difícil justicia mediática: aproximación a la Justicia en los medios de comunicación social, pero también de ellos. *Crítica*, 58 (954), 57-61.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Anderson, W. L. (2018, octubre 20). Brett Kavanaugh, el equipo de Lacross de Duke y déjà vu. *Mises Institute* [Blog]. <https://mises.org/es/wire/brett-kavanaugh-el-equipo-de-lacross-de-duke-y-deja-vu>
- Aponte, A. D. (2017). *El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre el eficientismo y el garantismo en el caso colombiano*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Auto 027/2007 (2007, febrero 5). Caso Pérez Tremps. Tribunal Constitucional Español.
- Auto (2003, junio 17). Única instancia. [Radicado 15100] Única instancia. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2005, abril 20). Recusación. [Radicado 23542] Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2007, enero 24). [Radicado 26667] Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Auto (2007, enero 24). [Radicado 32723] Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal [Colombia].
- Auto (2005, abril 20). [Radicado 33576] Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2003, enero 21). [Radicado 33910] Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2010, junio 16). Impedimento. [Radicado 34136] Magistrado Ponente: Javier de Jesús Zapata Ortiz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Auto (2003, enero 21). [Radicado 34427] Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal [Colombia].
- Barrero, A. (2001). Juicios paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo. *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, (6), 171-189.
- Binder, A. (2012). *Análisis Político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires-Bogotá: Editorial Astrea-Universidad del Rosario.
- Canalrcn.com. (1 de agosto de 2016). La impunidad en Colombia es del 99%: Néstor Humberto Martínez. *Noticias RCN*. <https://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/impunidad-colombia-del-99-nessor-humberto-martinez>
- Castillo, L. (2007). El derecho fundamental al juez imparcial: Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (1), 121-145.
- Cohen, S. (1987). *Folk devils and moral panics: the creation of the Mods and Rockers*. London: MacGibbon and Kee.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, noviembre 22). [Pacto de San José de Costa Rica]. Organización de los Estados Americanos.
- Constitución Política de Colombia (1991, julio 7) [C. N.].
- Cortés, E. (2003). Los juicios paralelos y los derechos de los justiciados. *Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura*, (XXI), 126-151.
- Crockett, M. (30 de marzo de 2017). ¿Qué hace que las personas sientan indignación moral? *Sophimania* [Blog]. <https://www.sophimania.pe/sociedad-y-cultura/sociologia-y-antropologia/que-hace-que-las-personas-sientan-indignacion-moral/>
- Cuevas, A. (2013, septiembre 17). Juicios paralelos: un desafío que pone en riesgo los derechos fundamentales de las partes del proceso. *Abogacía Española*. <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/juicios-paralelos-un-desafio-que-pone-en-riesgo-los-derechos-fundamentales-de-las-partes-del-proceso/>

- De Luca, J. A. (2006). *Libertad de prensa y delitos contra el honor*. Delitos contra el honor cometidos a través de la prensa. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Decreto 2700 (2012, enero 10). Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal. Presidencia de la República [Colombia]. Diario Oficial No. 40.190 del 30 de noviembre de 1991. Bogotá: Imprenta Nacional.
- El Tiempo. (12 de septiembre de 2018). Línea de tiempo: esto ha ocurrido tras el asesinato de Yuliana Samboní. *Diario El Tiempo* <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/historia-del-caso-de-rafael-uribe-noguera-por-muerte-de-yuliana-samboni-72468>
- Escobar, S. A. (2015). Ceremonias de degradación y debates actuales sobre el crimen y el castigo. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, N.º 51, 135-161.
- Espitia, F. (2006). *Historia del Derecho romano* [2.ª ed.]. Bogotá: Universidad Externado.
- Espitia, F. (2015). *Instituciones de Derecho Procesal Penal* [9.ª ed.]. Bogotá: Legis.
- Espitia, F. (2016). *Historia del Derecho romano* [5.ª ed.]. Bogotá: Universidad Externado.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Finkelhor, D. (2009). The Prevention of Childhood Sexual Abuse. Against Children Research Center, 19(2), 169-194. <https://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ856320.pdf>
- Fox, K. J. (2013). Incurable Sex Offenders, Lousy Judges & The Media: Moral Panic Sustenance in the Age of New Media. *American Journal of Criminal Justice*, 38 (1), 160-181.
- Garfinkel, H. (1956). Conditions of Successful Degradation Ceremonies. *American Journal of Sociology*, 61 (5), 420-424.
- Garfinkel, H. (2006). Condiciones para el éxito de ceremonias de degradación. *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, 1 (22), 115-122.
- González, J. (4 de diciembre de 2017). Caso Yuliana Samboní: Cómo el brutal asesinato de una niña indígena a manos del conocido arquitecto Rafael Uribe enfrentó a la vieja y la nueva Colombia. *BBC Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42175862>
- Greer, C., & MacLaughlin, E. (2012). Media Justice: Madeleine McCann intermediatization and «Trial by Media» in the British Press. *Theoretical Criminology*, 16 (4), 395-416.
- Guevara, C. (2011). Independencia judicial. El caso de la Corte Suprema de Justicia Colombiana. *Revista de Derecho*, (35), 149-151.
- Iturralde, V. (2013). Precedente judicial. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, (4), 194-201.
- Kocourek, A. & Koven, H. (1935), The Common Law: Judge Impartiality and Judge Made law. *The Law Quarterly Review*, 51 (8), 971-999.

- Leveson, B. (2012, noviembre). *An Inquiry into the Culture, Practices and Ethics of the Press. Report*, Vol. 1 London: The Stationery Office. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/229039/0779.pdf
- Ley 600 (2000, julio 24) [C. P.]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 734 (2002, febrero 5 [C. P.]. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, agosto 31) [C. P.]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Locke, J. (2001). *Carta sobre la Tolerancia*. Madrid: Mesetas.
- Locke, J. (2014). *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil. Un Ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Madrid: Alianza.
- Malo, P. (2017, septiembre 21). *Indignación moral en la era digital. Evolución y Neurociencias* [Blog]. <https://evolucionyneurociencias.blogspot.com/2017/09/la-indignacion-moral-en-la-era-digital.html>
- McElroy, W. (2007. Enero 10). En el caso de violación de la Duke University, los acusados contraatacan. *El Instituto Independiente* [Blog]. <http://www.elindependent.org/articulos/article.asp?id=1890>
- Montalvo, J. C. (2012). Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿Anomalía democrática o mal necesario? *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (16), 105-125.
- Morelli, S. (2017, mayo 8). Las mentiras oficiales y los medios de comunicación en Colombia. *Razón Pública*. <https://razonpublica.com/las-mentiras-oficiales-y-los-medios-de-comunicacion-en-colombia/>
- Perea, V. (26 de octubre de 2018). Ciudad Bolívar, sacudida dos veces en hechos de violencia. *Diario El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/bogota/linchan-a-hombre-por-cadena-de-whatsapp-en-ciudad-bolivar-286242>
- Phillipson, G. (2008). Trial by Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose. *Law and Contemporary Problems*, (71), 15-29.
- Popper, K. (2002). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós.
- Posada, R. (2011). Los juicios paralelos, el derecho a la honra y al debido proceso penal: ¿quis custodiet custodes? *Revista General de Derecho Penal*, (16), 1-34. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=410931&d=1
- Quiroga, H. (1995). *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Bogotá: Temis.

- Restrepo, J. D. (2018). La doble moral en Antioquia frente a Pablo Escobar. *Revista Semana*. <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-doble-moral-antioquia-frente-pablo-escobar-gaviria/260541-3>
- Rodríguez, N. (2002). Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: Una lucha desigual. *Revista jurídica Galega*, (37), 37-77.
- Rodríguez, J. A., & Quinde, M. (2016). Miedo al delito y medios de comunicación tradicionales. *Espacio Abierto: Cuaderno Venezolano de Sociología*, 25 (2), 145-166.
- Rose, M., & Fox, R. L. (2014). Public Engagement with the Criminal Justice System in the Age of Social Media. *Oñati Socio-Legal Series*, 4 (4), 771-798.
- Semana (18 de marzo de 1996). El verdadero fugitivo. *Revista Semana*. <https://www.semana.com/gente/articulo/el-verdadero-fugitivo/28104-3>
- Sentencia (2001, marzo 14). Caso Barrios Altos vs. Perú (Fondo). Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf
- Sentencia (1989, mayo 24). Caso Hauschildt contra Dinamarca. Demanda individual [N.º 10486/83]. Corte Europea de Derechos Humanos TEDH [Grievés, Reino Unido]. <https://www.legal-tools.org/doc/ee1c41/pdf/>
- Sentencia (2002, octubre 11). Caso Fleury vs. Haití. Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH [Ciudad de San José, Costa Rica]. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha= 365
- Sentencia (2005, noviembre 22). Caso Paramana Iribarne vs. Chile (Fondo Reparaciones y Costas). Denuncia No. 11.571. Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH [Ciudad de San José, Costa Rica]. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf
- Sentencia C-037 (1996, febrero 5). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente PE-008]. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-095 (2003, febrero 11). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-4172]. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1114 (2003, noviembre 25). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-4585]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-154 (2016, marzo 31). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente PE-044]. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-288 (2012, abril 18). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8690]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-600 (2011, agosto 10). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8384]. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-641 (2002, agosto 13). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3865]. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-881 (2011, agosto 10). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8537]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-176 (2008, febrero 21). Acción de tutela [Expediente T-1.717.726]. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (1982, octubre 1). Caso Piersack contra Bélgica. Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH. <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>
- Thury, V. (2016). Medidas cautelares y nuevas funciones del juez en la formulación de políticas públicas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49 (147), 245-276.
- Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General* [3.ª ed.] Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch.

La acusación y el principio acusatorio en Colombia

*Carlos Hernán Escobar Ramírez**

Resumen: El modelo acusatorio, que data de la antigua Grecia, llegó a Colombia en el 2002 a través de una reforma constitucional; se trata de un método de procesamiento en el cual se privilegian las garantías de las partes. Por ello, la responsabilidad de impulsar la averiguación de los hechos y la petición del castigo recae sobre el ente acusador; esta obligación se materializa en el acto de acusar que incorpora toda una serie de características y exigencias sin las cuales el mismo quedaría incompleto y se vulnerarían garantías. El acto de acusar es, entonces, el eje central del proceso y demanda el cumplimiento de estándares jurídicos para que se satisfaga el principio que lo oriente, el acusatorio. Este trabajo busca establecer si en el modelo acogido entre nosotros, al realizar el acto de acusar, se respetan o no las garantías de las cuales dice partir el sistema adoptado; la respuesta es negativa y por ello se propone introducir un control material al acto de acusación.

Palabras claves: Acusación, garantías judiciales, proceso, principio acusatorio, sistema adversarial.

Abstract: The prosecutorial model, which dates back to ancient Greece, arrived in Colombia in 2002 through a constitutional reform; it is a method of prosecution in which the guarantees of the parties are privileged. Therefore, the responsibility to promote fact-finding and the sentencing request falls on the prosecutor; this obligation materializes during the arraignment, incorporating an entire series of characteristics and requirements without which it would be incomplete and guarantees would be violated. The arraignment is, therefore, the central axis of the process, requiring the fulfillment of legal standards so that the principle that guides it, the prosecutorial one, is satisfied. This paper seeks to establish whether the model we have adopted respects the guarantees on which the adopted system claims to be based at the arraignment; the answer

* Abogado especialista en Derecho Procesal Penal y Criminalística, candidato a Magíster en Derecho, Universidad Sergio Arboleda. Trabajo presentado como requisito de grado, asesorado por la Dra. Andrea Planchadell Gargallo. Correo de contacto: carloshescobarrr@hotmail.com

is no, and therefore the introduction of material control over the arraignment is proposed.

Keywords: Arraignment, guarantees, process, prosecutorial principle, judicial-adversarial system.

Introducción

El procedimiento penal existente ha sido llamado como *de tendencia* acusatoria, porque –pese a que guarda semejanza con aquellos que lo son en su estado más puro– es un sistema adaptado y, por ello, no logra esa característica plenamente (Bernal & Montealegre, 2013, p. 235); no obstante, la condición adversarial está en las venas de este modelo de enjuiciamiento y es a partir de ella que se deben analizar sus ventajas, beneficios y defectos que lo tornan más o menos eficiente. A grandes rasgos, en la Ley 906 y en sus respectivas reformas se traza una línea general que indica cuáles son las etapas procesales y el tipo de actos judiciales que se llevan a cabo en cada una de ellas.

Así, las etapas básicas son dos: La investigación y el juzgamiento (Solórzano, 2013, p. 64). En la primera, a su vez, pueden diferenciarse dos fases: La preliminar (que ocurre antes de imputar los cargos) y la de instrucción (que se presenta antes de formular acusación). En la preliminar únicamente actúa la fiscalía y excepcionalmente la defensa; es el momento en el cual se ejecutan las tareas de investigación y verificación del hecho jurídicamente relevante para el derecho penal. La parte final del proceso es el juzgamiento que comienza con la formulación de la acusación y termina con la sentencia definitiva; sobre esta última fase versa este estudio y, más concretamente, sobre el acto complejo de acusar.

En el procedimiento penal existente el sumario se califica cuando, habiendo agotado la etapa de investigación y luego de entender que se cuenta con la totalidad de los elementos de prueba suficientes para sostener la hipótesis delictiva, el fiscal presenta ante el juez competente un escrito de acusación que permita iniciar la etapa de juzgamiento (Martínez, 2006, p.

423). En esa actuación el fiscal delegado califica la indagación que hasta ese momento se despliega y lo decide así porque ha resuelto hacer el llamado a juicio. Este acto se compone de dos momentos: El primero, es la presentación del mencionado escrito con toda la información del llamado a juicio; el segundo, es un acto público y oral que se surte con la asistencia de todos los sujetos procesales e intervinientes y se adelanta ante el juez que conoce del juicio.

En este contexto, entonces, esta exploración académica busca responder a la siguiente doble pregunta: ¿En el actual sistema de enjuiciamiento el acto de acusación está diseñado para preservar, realmente, los derechos de los sujetos procesales? Y cabe añadir: ¿Si no lo está, es necesario introducir un control material sobre la acusación? Para dar respuesta a ese doble interrogante este trabajo persigue como objetivo general revisar y estudiar la estructura del proceso penal de tendencia acusatoria a la luz de la jurisprudencia y el derecho comparado, específicamente respecto del acto de acusar a cuyo efecto se analizan su eficacia y utilidad frente a la necesidad de garantizar los derechos a los sujetos procesales y asegurar la eficiencia del proceso en todos los aspectos. Y, como objetivos específicos se persiguen dos: Uno, demostrar que en el diseño actual el acto de acusar no es eficaz de cara a velar por los fines del proceso y asegurar las garantías fundamentales propios del sistema adversarial; y otro: Proponer una modificación de ese acto procesal de cara a habilitar la posibilidad de que el juez intervenga en aspectos sustanciales.

Para cumplir esos objetivos y responder a la pregunta de investigación que contiene el problema objeto de análisis, se emplea una metodología de búsqueda y análisis documental tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, a partir de la cual se emprende el estudio del derecho vigente. Con tales miras, pues, a continuación se estudian –en primer lugar– los antecedentes del proceso penal acusatorio existente; así mismo, en segundo lugar, se aborda la estructura del proceso penal. En tercer lugar, se examina el modelo acusatorio para precisar sus alcances y contenidos; en cuarto lugar, se expone el acto de acusar propiamente. Luego, en quinto lugar, se precisan los controles

existentes sobre el acto de acusar; al final, se plasman las conclusiones de esta incursión académica y se indican las referencias utilizadas.

Los antecedentes del proceso penal acusatorio vigente

Hablar de la historia de los procesos penales que han regido en Colombia escapa a los cometidos de este trabajo; sin embargo, para entender cuáles son los motivos que condujeron al constituyente y al legislador a introducir el sistema acusatorio, es necesario hacer algunas referencias a los sistemas penales implantados no solo en nuestro país sino también en otras naciones. De esta manera, aparecen dos grandes modelos de procesamiento criminal: Inquisitivo puro y acusatorio puro; aunque sin olvidar los sistemas mixtos.

El modelo inquisitivo puro y el modelo acusatorio puro.

Al momento de intentar explicar uno y otro diseño se debe precisar primero que lo «acusatorio» y lo «inquisitivo» son rótulos que sirven para denominar un sistema procesal penal concreto o un conjunto de sistemas procesales concretos pasados o presentes (Langer, 2001, p. 104). Sin embargo, en la historia reciente de la humanidad, al menos hacia este lado del mundo han sido muchas las páginas escritas por teóricos del derecho penal –y del proceso penal– acerca de uno y otro modelo o sistema de enjuiciamiento criminal. Al efecto, debe revisarse lo que es –en esencia– cada uno de ellos, concretamente como un obligado punto de partida desde el cual se debe iniciar la reflexión propuesta, si se pretende hablar del método acusatorio.

El modelo inquisitorio o inquisitivo.

Este diseño procesal tiene sus antecedentes en el método de enjuiciamiento que surgió con ocasión de las instrucciones eclesíásticas emitidas desde la Iglesia romana en el año 1184, cuando se promulgó el Concilio de Verona y, posteriormente, consolidado con el Concilio de Letrán de 1215. Este modelo

de procesamiento inició con la persecución de pecadores a quienes se les castigaba o perdonaba por el mismo encargado de acusarlos, es decir, la viva creación de la figura juez y parte característica del método de juzgamiento al que se hace referencia. Se denominó, entonces, inquisitivo porque surgió en el marco de la «santa» inquisición y todas sus aristas –hoy notoriamente conocidas– son consecuencia de aquellas figuras eclesiásticas que luego se convirtieron en seculares y perduraron hasta la constitucionalización del derecho penal ya avanzado el siglo XIX (Alvarado, 2006, p. 7).

Se ha dicho también que el *processus per inquisitionem*, nació en los siglos XII y XIII en la llamada Europa Medieval (Bachmaier, 2009, p. 176) gracias a la labor de expertos juristas de la Universidad de Bolonia y los intelectuales de la Escuela de París. Se sostiene, además, que el desarrollo de este método de enjuiciamiento viene acompañado de la necesidad de consolidar los poderes absolutos propios de las monarquías de la época, entre ellas la francesa. En cualquier caso, el inquisitivo tuvo una connotada modulación que lo llevó, desde esos oscuros capítulos en los cuales se produjeron torturas y muertes a miles de personas, en nombre de Dios o del Rey, a la implantación de medidas que, sin dejar de afectar a la persona misma, fueron modificadas debido a los cambios que surgían en el mundo respecto de la dignidad del hombre. Esta variación fue posible por el modelo de enjuiciamiento que, paralelamente, se originó en el Reino Unido, gracias a la promulgación de la Carta Magna (1215) siendo, como todos sabemos, el inicio de la constitucionalización de las sociedades. El sistema conocido como acusatorio influyó positivamente en el inquisitivo al punto de generar un nuevo método: El mixto.

De otro lado, a pesar de que ha sido prolífica la literatura jurídica que recoge como propio el concepto de «proceso inquisitivo», existen quienes consideran que no existe tal «proceso». Las razones que aducen, además de razonables, se muestran atinadas si se tiene en cuenta que se trata de confrontar las características de un proceso con las atribuidas al inquisitivo; por ello, pues, se señala que el denominado proceso inquisitivo es una *contradictio in terminis* dado que si por proceso se entiende *actus trium personarum en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales* el inquisitivo no puede

ser un verdadero proceso dadas sus características distintivas ya expuestas (Montero, 1998, p. 479).

En efecto, si se toma en cuenta lo que la doctrina por años ha concebido como proceso, puede aceptarse que resulta una completa contradicción sostener que el inquisitivo es tal y, al mismo tiempo, afirmar que proceso es un justo enfrentamiento entre pares ante un tercero imparcial, máxime si se tiene en cuenta que en el proceso inquisitivo no existía tal imparcialidad y eso es suficiente para, al menos, cuestionar la definición históricamente dada.

El modelo acusatorio o dispositivo.

El sistema acusatorio, por el contrario, reconoce su creación por el interés del Rey Juan Sin Tierra de apaciguar los barones y lores que por el año 1215 enervaban el deseo de un gobierno más justo, en especial, en materia de impuestos y equidad en la manera de conducir el reino inglés (Alvarado, 2006, p. 50). Por ello, se afirma que él

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida (Alvarado, 2006, p. 80).

También se ha sostenido, de manera un tanto más simplista, que si las tres funciones (la de acusar, la de defensa y la de decisión) son encomendadas a tres órganos independientes (un acusador, un defensor y un juez), el proceso será acusatorio (Levene, 1993, p. 105). Además, la mayor preocupación de este método procesal de juzgamiento fueron las garantías del acusado en cuya virtud se caracteriza por la separación de esas tres funciones principales, amén de la libertad de defensa y la libre apreciación de la prueba, entre otras, que buscaban un juicio público, oral y contradictorio. De allí que, en contra de lo que se suele sostener cuando se retoma este sistema en Grecia y Roma, esto es, en la época antigua (Alvarado, 2006, p. 50), se ubique el origen del modelo acusatorio en el Código de Manú que, luego, encontró sus desarrollos en la legislación mosaica, griega y romana (Levene, 1993, pp. 105-106).

De este modo, puede advertirse que el modelo acusatorio es una forma de procesar hechos delictivos y sobre los cuales habrá de adoptarse una decisión en torno a si se sanciona o no al presunto autor, lo cual supone –ya se dijo– un método bilateral que permite enfrentar en igualdad de condiciones al acusador y al acusado mediante el diálogo de las pruebas. Tal confrontación y la oportunidad de debatir sobre la responsabilidad y de aportar pruebas de defensa, se muestra en abierta diferenciación con el modelo inquisitivo donde ello era siempre impensable. Finalmente, la presencia de un tercero, imparcial, ecuánime, encargado de dirigir y sobre todo de regular el procedimiento, comporta como un rasgo muy propio del proceso acusatorio la imposibilidad de que las partes estén dotadas de facultades decisorias. Ese tercero imparcial era, entonces, quien debía resolver la controversia.

Ahora bien, si se va al fondo de la discusión sobre cuál de los dos antiguos modelos de proceso penal es capaz de suscribirse íntegramente en las definiciones doctrinarias comúnmente aceptadas, debe decirse que en el patrón acusatorio existe un verdadero proceso porque en él, efectivamente, se percibe a un juez imparcial y a dos partes parciales que se enfrentan en igualdad de condiciones. No obstante, bien se ha dicho, algunos de esos factores integradores y característicos de un proceso pueden suprimirse o modificarse sin que ello signifique que se deja de llamar proceso:

Algunos de esos caracteres podrían modificarse o suprimirse, sin que ello supusiera la desaparición del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la existencia del proceso el que el juez sea profesional o popular, o que el procedimiento sea oral o escrito, pero sí afecta a la esencia del proceso el que el juez sea al mismo tiempo el acusador o el que el acusado no sea sujeto sino objeto del proceso. Por tanto, decir proceso acusatorio es un pleonismo, pues no puede existir verdadero proceso si éste no es acusatorio (Montero, 1998, p. 479).

En consecuencia, en lo que todos los autores antiguos y modernos parecieran estar de acuerdo es en que el modelo acusatorio puro se caracteriza, principalmente, por la separación que hay entre el rol del acusador, del juzgador y el acusado y su defensa. Además, coinciden en que el acusatorio se muestra como un método de juzgamiento dotado de garantías, por lo

cual fue concebido desde sus orígenes para que el procesado no fuese sujeto de atropellos o excesos por parte de quien ostentaría el interés acusador. Sin duda, esta es la esencia del método acusatorio, la estricta separación que debe permanecer entre los principales actores que intervienen en el procedimiento a fin de sostener la diferencia en los roles que les corresponden. Esa división materializa las garantías otorgadas al procesado, siendo algunas de ellas la libre valoración de la prueba y la necesidad del impulso acusador.

Respecto de las características modernas del modelo acusatorio y las distintas variaciones que han conducido a que hoy se hable de modelos acusatorios con tendencia acusatoria, se hará referencia más adelante.

La estructura del proceso penal

El diseño de proceso penal nacional surge de una importación proveniente de sociedades diferentes a ésta. No obstante, desde el 2002 el legislador busca respetar para los procesos ordinario y especial abreviado un mismo principio general que oriente todo el trámite judicial: El acusatorio. En este sentido, como todo proceso (tanto el ordinario como el especial abreviado), se surte cumpliendo unas etapas perfectamente definidas. El ordinario requiere de indagación, investigación formal y juzgamiento. Esta última reúne tres actos públicos: La acusación, la audiencia preparatoria y el juicio oral (Avella, 2007). Para el abreviado se guardó la misma estructura con la diferencia de que la fase de juzgamiento ya no se cumple en tres audiencias distintas, pues, ellas quedaron refundidas en un solo acto público, la audiencia de acusación y la audiencia preparatoria, denominada acá, audiencia concentrada.

Las etapas del proceso ordinario.

Como en todos los modelos procesales el colombiano requiere la participación de, al menos, dos tipos de jueces que se distinguen según sus funciones: La de control de garantías y la de conocimiento. Estas funciones se desempeñan

y distinguen según la etapa procesal en que se encuentre y el acto público que se realice. La modificación constitucional que logró habilitar la implantación del modelo acusatorio en nuestro ordenamiento procedimental penal se encuentra en el artículo 250 de la Constitución; es en este cánón normativo, donde se incluyeron a través del bloque constitucional las figuras del juez de control de garantías, el juez de conocimiento y el principio de oportunidad como excepción al de legalidad; se le arrebató a la Fiscalía General de la Nación la facultad jurisdiccional, dejando solo para ciertos aspectos estrictamente definidos en la ley, algunas prerrogativas necesarias para cumplir su rol acusador pero siempre sometida al control judicial.

Se crearon, entonces, las figuras del juez de control de garantías y del juez de conocimiento, quienes adoptan las decisiones a partir de las solicitudes que fundadamente les hacen los representantes del ente acusador pero sometiéndolas siempre al principio de contradicción que, bien se ha dicho, está integrado por el llamado *derecho fundamental de audiencia* que consiste en *la necesidad de ser oído en el proceso penal* y, por ende, el de contradicción es un mandato que se establece como mecanismo de organización del proceso encaminado a respetar el derecho de defensa (Montero, 1998a, p. 405).

Por lo anterior, los jueces de control de garantías son los encargados de realizar un ejercicio de ponderación acorde con el principio de proporcionalidad en una multiplicidad de escenarios, en los cuales se presenta el ejercicio de la acción penal como un acto de verificación de la sospecha, la búsqueda de la verdad y la recolección de elementos de prueba; todo ello, adviértase, en procura de la protección de las garantías y derechos constitucionales (Aponte, 2008, p. 32). Y, por supuesto, en el escenario propio de un verdadero control material (Arango, 2010, pp. 231 y ss.), aunque no faltan críticos a la regulación de este instituto (Zuluaga, 2007, p. 133 y ss.).

De otra parte, al juez de conocimiento se le asignan otra serie de tareas inherentes a su función de ser el encargado de dar por terminado –sea cual sea la forma– el problema jurídico planteado. Entre esas otras potestades están la de verificar, negar o aprobar, las manifestaciones voluntarias o

acordadas de culpabilidad, que en el ordenamiento se llaman «allanamientos y preacuerdos» (CPP, art. 348 y ss.); revisar y decidir sobre las solicitudes de preclusión que eleven la fiscalía, la defensa o el ministerio público (entiéndase la procuraduría) (CPP, art. 331 y ss.). Con todo, la ley le atribuyó al juez de conocimiento la facultad de resolver de manera definitiva el asunto puesto a su consideración. En comparación con el juez de control de garantías, al de conocimiento le corresponde decidir sobre la responsabilidad del imputado/acusado y más relevante aún, determinar –en caso de condena– cuál será el monto de la sanción a imponer.

Ahora bien, la modificación introducida por el legislador para adoptar un proceso penal especial abreviado y la figura del acusador privado (Ley 1826 de 2017), no afectó la composición de los jueces que intervienen en dicho rito procesal; en efecto, para esta modalidad de procedimiento las audiencias preliminares también están en cabeza del juez de control de garantías y las decisiones de fondo –verificación de preacuerdos, allanamientos y juzgamiento– permanecen en manos del juez de conocimiento. En consecuencia, respecto de los jueces que participan en ambos modelos procesales no hay distinción.

Las etapas del proceso penal (ordinario).

Sabiendo, entonces, cuáles son los jueces que por ley intervienen en el proceso penal –el de control de garantías y el de conocimiento–, corresponde hablar de las fases en las que se distingue el proceso ordinario: La primera, se conoce como indagación preliminar, sucedida por la de investigación formal que termina con la acusación, acto con el cual se inicia la etapa de juzgamiento.

En las dos primeras se llevan a cabo todos los actos relativos a la averiguación de los hechos, la vinculación del sujeto al proceso, lo cual se hace a través de la audiencia de formulación de imputación (CPP, art. 286) y la construcción de las hipótesis de sospecha, afincándose para ello en los motivos fundados que surjan de los elementos probatorios recolectados (CPP, art. 221 CPP). Sobre esos mismos medios de convicción, el fiscal debe

adoptar la decisión de acusar (CPP, art. 336), precluir (CPP, art. 331) o aplicar el principio de oportunidad (CPP, art. 320), según se determine (CPP, art. 66).

Si la Fiscalía resuelve acusar a quien investiga se estructura un acto complejo que se puede denominar «*el acto de acusar*» y del que se trata más adelante, con el cual comienza la fase del juicio. Esta etapa se compone de tres grandes momentos: El primero, se denomina acusación y se desarrolla a través de la presentación de un escrito de acusación (CPP, art. 336) y la celebración de la audiencia de formulación de acusación (Art. 338 CPP). Un segundo momento previo al juicio en el cual se prepara el debate probatorio, es el de la audiencia preparatoria (CPP, art. 356), y, finalmente, se presenta la audiencia de juicio oral (CPP, art. 366) en la cual se produce el debate probatorio y se resuelve la *litis* por parte del juez de conocimiento.

El modelo acusatorio: Alcances y contenidos

Para referirse al acto de acusar es indispensable precisar qué se entiende por modelo acusatorio y cuál es su relación con el principio que orienta el proceso, o sea, el acusatorio, sobre lo cual se han derramado ríos de tinta. Históricamente, el principio acusatorio ha significado que el aparato estatal encargado de tomar decisiones sobre las confrontaciones penales (jurisdicción penal) solo esté facultado para intervenir en el caso, cuando preceda la petición concreta de parte del particular a quien se le haya confiado la función de acusar, que es el responsable de definir el objeto de discusión (Bovino, 2006, p. 11). No obstante, este significado se redefinió luego de la ilustración para dotarlo de un nuevo sentido al punto de considerar que la característica esencial del sistema acusatorio radicaba en la división de tareas asignadas; esto es, la labor del requirente (acusador) y la de quien debe adoptar las decisiones (juez/tribunal).

En similar sentido el modelo acusatorio se caracteriza porque la acusación recae en un órgano *ad hoc* distinto al juez quien encarna esa función; por ello,

no parece cierto que la característica más relevante del modelo acusatorio sea el hecho de que nadie pueda ser llevado a juicio sin acusación previa amén de que guarda similitud en muchos de sus componentes con otros modelos procesales (Pretone, 1994, p. 507). En tal virtud, las dos características más relevantes son aquellas que definen al modelo acusatorio como un sistema procesal en el cual el juez se distingue de la agencia acusadora y existe paridad entre los sujetos; la primera de ellas, es la más importante diferencia respecto de los otros métodos.

De manera más clara, el modelo acusatorio se puede definir a partir de tres características principales: Un juez separado de las partes, un juicio concebido como una disputa entre sujetos equivalentes; y, la existencia de la acusación en cabeza de un órgano específico, a quien le corresponde la carga de demostrar la responsabilidad en un juicio oral, en el cual el juez decidirá según su propio convencimiento. Con razón, dice la doctrina:

Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción (Ferrajoli, 1995, p. 564).

De la anterior definición son partidarios la gran mayoría de tratadistas que se ocupan del proceso penal acusatorio; sin embargo, es válida una precisión sobre el particular cuando se afirma que la esencia del acusatorio no radica tanto en la rígida separación de los roles (acusador, juez, defensor) como sí lo es que requiera la ineludible acusación previa (Armenta, 2003, p. 31). Pero aclárese que la imparcialidad o rigidez en la separación de los roles es un rasgo característico del modelo acusatorio. No obstante, se puede compartir la idea de que la esencialidad de este método de enjuiciamiento se ubica mejor en la necesidad constante de una parte que –podría decirse– motive la jurisdicción a través de la acusación. Y es obvio que, como se requiere una parte que soporte el deber de acusar, este debe ser diferente a quien juzga. Es ahí, entonces, donde conjugan ambos conceptos sin que uno desdiga del otro.

Al respecto, debe destacarse que existen conceptos ordinariamente usados para referirse al proceso acusatorio así ellos no puedan contener un mismo significado. Es común encontrar, por ejemplo, que de manera indiscriminada se diga proceso adversarial para hacer alusión al procedimiento basado en el principio acusatorio. Igualmente, suele confundirse la definición de principio acusatorio con la de modelo –o sistema– acusatorio. En consecuencia, es necesario aclarar (Rodríguez, 2013, p. 648), que el primero –el principio acusatorio– no es más que uno de los postulados configuradores del proceso que regula aspectos bien específicos de éste, cuyo contenido se ciñe a la separación entre la función de acusación y la de enjuiciamiento. Es que, a no dudarlo, la función de acusar debe distinguirse de la de juzgar y esta última solo puede darse una vez se plantee el objeto del proceso por la parte que acusa.

Se sostiene, entonces, que la diferencia entre ambas definiciones está dada en el sentido que cuando se alude al sistema acusatorio, se indica que este implica la vigencia de principios procesales y la aplicación de reglas relativas tanto a la sustancia como a la configuración externa del proceso penal, y no se conforma con la separación acusador-juzgador, ni la imparcialidad en el enjuiciamiento a que éste atiende (Rodríguez, 2013, p. 648). Es decir, el principio acusatorio es uno más de los muchos axiomas y garantías –se agrega– que integran todo lo que puede denominarse el proceso adversarial, el cual se define como el conjunto de normas, principios, garantías, reglas y subreglas diseñadas para hacer efectivo el procedimiento entre iguales, con exigencia de un pretendiente –acusador– y la presencia constante de un árbitro, quien es el responsable de dirimir la controversia.

A la sazón de lo que se ha dicho, deben agregarse dos conceptos que han sido destacados como integradores del modelo acusatorio. Para ello, es necesario hacer alusión al derecho procesal alemán en cuyo interior se albergan raíces de los demás modelos de enjuiciamiento. En primer lugar, tanto allá como acá, el proceso acusatorio se identifica en puntos comunes: La división de roles, un tercero imparcial llamado a resolver la controversia y la exigencia inamovible de una acusación por parte de quien está obligado a

ejercitar la acción penal, es decir, la clásica definición de principio acusatorio. No obstante, ese sistema no puede asimilarse al norteamericano y adscribirlo a la definición del modelo de partes que, por las notables similitudes, encuentra cabal expresión en el proceso colombiano.

Por ello, dice un censor de ese sistema, no es posible hablar de proceso entre partes iguales debido a que el empleo de este concepto sería viable únicamente si existieran entre las partes los mismos deberes y derechos (Baumann, 1986, p. 55). Y es que, en efecto, no existen los mismos deberes –en el proceso penal alemán–, por cuanto el imputado no está obligado a contribuir probando el hecho punible. El ministerio público, como se le conoce en varios ordenamientos al órgano acusador, es el llamado a realizar todas las averiguaciones –inclusive las favorables– al imputado y es el encargado de clausurar el debate a favor del procesado (precluir); en fin, todas esas tareas que no son exigibles al imputado. Por otra parte, la desigualdad existe en las facultades y los recursos técnicos de investigación con los que cuentan los sujetos procesales. Detrás del ministerio público está el dispositivo integrado por los funcionarios policiales a cargo de la investigación, y a todos ellos puede exigirles información. Y detrás del imputado está su defensor, a lo sumo, tal vez, un policía privado remunerado (Baumann, 1986, p. 55). Sobre el particular, encuentra coincidencia con el proceso colombiano en algunos aspectos, especialmente en este último punto en cuanto tiene que ver con las posibilidades reales y efectivas de equiparar el poder investigativo del Estado persecutor con las de la defensa (Bernal, 2014, p. 322). Basta revisar el contenido de algunas normas procedimentales incluidas en la Ley 906 de 2004, para recordar que la defensa se encuentra sometida al querer del aparato estatal en cuanto a la obtención de evidencias probatorias de descargo se refiere.

Se comparte, entonces, esta precisión de no poder clasificar o definir el procedimiento penal vigente como un estricto sistema de partes y por ello equipararlo, en este punto, más con el alemán que con el estadounidense. Y se dice que se coincide en este punto por cuanto después de hacer una revisión desprevenida de normas y providencias judiciales que desarrollan el sistema

procesal, se puede destacar que lo de «partes en igualdad de condiciones» en muchos aspectos es un mero enunciado. Sin ocuparse de las facultades que, por obvias razones, reposan en cabeza del órgano de persecución penal como la de archivar la investigación, «cuando no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito» (L. 906/04, art. 79); o la de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en virtud de la aplicación del principio de oportunidad (CN, art. 250; L. 906/04, art. 323), solo por nombrar algunos ejemplos de atribuciones que, desde la Carta Política, se quiso delegar de forma exclusiva al sujeto procesal que ejercita la acción penal. No obstante, se confeccionaron otras prerrogativas a favor de la fiscalía que desequilibran el proceso penal e impiden llamarlo, de forma categórica, como un sistema procesal de partes en igualdad de condiciones.

Al respecto, vale revisar –por ejemplo– las facultades investigativas que se atribuyen al órgano acusador. Empiécese por decir que la fiscalía es la encargada de dirigir las funciones de policía judicial, esto es, coordinar todos los órganos que se ocupan de estas labores (L. 906/04, art. 200). Entre estas entidades se encuentra el Instituto Nacional de Medicina Legal que depende directamente de la Fiscalía y es el órgano encargado de ejercer labores investigativas de carácter forense, tales como necropsias, exámenes de laboratorio y análisis de evidencias documentales, grafológicas, dactiloscópicas, lofoscópicas, etc.

El desequilibrio al que se hace referencia se muestra en el artículo 204 de la Ley 906 de 2004, según el cual dicho instituto «[...] prestará auxilio técnico-científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación y los organismos con funciones de policía judicial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten». Desde luego, la explicación del contraste se encuentra en la contrariedad de que el órgano técnico-científico responsable de adelantar las labores que pueden definir la suerte de un asunto penal, desde lo probatorio, se encuentre bajo la dirección del Fiscal General de la Nación y que a éste deban acudir el imputado y la defensa para que se les preste el auxilio en asuntos técnicos.

Continuando con los privilegios que la ley otorgó a una de las partes en el proceso penal, se encuentra –a modo de ejemplo– la posibilidad de que «el fiscal encargado» con el fin de «obtener elementos materiales probatorios y evidencia física» pueda «ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave» (L. 906/04, art. 219); concesión que no tiene el imputado, si de obtener medios de prueba favorables se trata. No obstante, la jurisprudencia constitucional busca orientar el sistema acusatorio hacia un equilibrio respecto de estas atribuciones. Se recuerdan pronunciamientos como aquel en cuya virtud se declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones consagradas en el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, según las cuales la defensa estaba obligada a remitir a los laboratorios del Instituto de Medicina Legal elementos de prueba que requieran examen científico, previa constancia de la Fiscalía (Sent. C-536/2008, CConst.). Si bien es cierto que la Corte Constitucional declaró inconstitucional la palabra «de la fiscalía», no es menos cierto que mantuvo en firme la norma con la claridad de que la defensa puede acudir a cualquier otro laboratorio público o privado, nacional o extranjero. Este es, pues, otro ejemplo del marcado sentido de desequilibrio que se expone en la esencia de la norma procedimental nacional y el cual la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, intenta mitigar.

Un último ejemplo de esta disparidad se encuentra en la figura de la preclusión de la investigación. Como bien se sabe, la decisión de acusar –que por evidentes razones corresponde en el procedimiento ordinario exclusivamente a la fiscalía y en el abreviado, además, a quien ejerza la acción penal privada– reposa en la fiscalía; pero ella también tiene la posibilidad de precluir la investigación por distintas razones consagradas de manera taxativa en la ley (CPP; art. 332), con lo cual se trata de una forma de terminación anticipada del proceso que termina, en cierto modo, exonerando al investigado. A esta figura se le conoce en otros ordenamientos (como el alemán, el español y el argentino) como sobreseimiento. Este instituto deriva en la terminación definitiva del procedimiento y, por ende, produce la clausura de la actuación de forma anormal y se adopta con base en los

suficientes motivos que se hayan recogido durante la misma investigación (Moras, 2004, p. 308). De ahí que, cuando no existan esos motivos, se debe producir –entre otras posibles opciones– el sobreseimiento (Ambos, 1997, p. 309 nota 16).

La contrariedad a la que se hace referencia en el ordenamiento penal, se evidencia desde la norma. El artículo 331 de la Ley procesal señala que «en cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión», lo cual indica que se adjudica de manera exclusiva y excluyente a fiscalía la posibilidad de requerir del juez una decisión de cesación del proceso en cualquier momento. Opuesto a esto, en el párrafo del artículo 332 de la misma norma, se precisa que «durante el juzgamiento», invocando únicamente las causales 1 y 3, la solicitud podrá hacerla –además del fiscal– la defensa y el ministerio público; con lo cual queda claro que la defensa no cuenta con las mismas oportunidades de acudir al juez a solicitar la preclusión, así existan en su concepto motivos suficientes para exigirla. En suma, con estos claros ejemplos queda demostrado que la equidad entre las partes (defensa-fiscalía), se ve menguada a partir de varias disposiciones que restringen a la defensa el rango de movilidad, al tiempo que la fiscalía sí ostenta un ámbito de maniobra dentro del proceso significativamente más amplio.

Ahora bien, algún sector doctrinario al hacer referencia a este principio –el acusatorio– sostiene que este modelo es una derivación de la posibilidad que tiene el Estado de perseguir penalmente y que dicha modalidad de proceso es alternativa al inquisitivo. En consecuencia, se define el inquisitivo, tal cual lo hacen todos los demás autores, como ese método de enjuiciamiento en el cual el juez interviene por sí mismo: Él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador ni acusado; solamente el juez. Sin embargo, se considera como principio acusatorio aquel en cuya virtud se conforma el proceso penal manteniendo el principio de oficalidad y uniendo las ventajas de la persecución penal estatal con las del proceso acusatorio cuya característica principal es que juez y acusador no sean la misma persona (Roxin, 2000, p. 86).

No obstante, la característica principal del acusatorio no es que sea un proceso de partes porque solo si se introduce la acción privada se tendría la forma ideal de un proceso entre iguales (Baumann, 1986, p. 47), pero, en el derecho vigente, la posibilidad de que el afectado con el hecho punible ejercite de manera directa la acción penal, lejos de ser un rasgo distintivo del principio acusatorio, es al contrario una excepción. Y lo es en el sentido que el principio acusatorio no puede desconocer otros principios naturales del proceso penal, tales como el de oficialidad y el de legalidad.

El acto de acusar.

Concepto.

Acusar es ejercitar la acción penal. Esta premisa responde a una noción aún más abstracta: La acusación es, en sí misma, la materialización de la acción punitiva que ostenta el Estado. De tal manera, la acción penal se encuentra relacionada con la función judicial y su rasgo más característico: La imparcialidad del juzgador. Por ello se afirma:

El juez, por serlo y mientras lo sea, no puede actuar de oficio, sino a instancia y por iniciativa de las partes procesales (*nemo iudex sine actore; actio non est iurisdictio*); esto es lo que le puede permitir colocarse en la posición de un tercero imparcial (Moreno, Cortés & Gimeno, 2003, p. 185).

La acción es conocida también como el derecho de tutela judicial efectiva, es decir, la posibilidad de acudir a la jurisdicción con el fin de obtener una solución judicial frente a un conflicto. Por ello, desde un enfoque general el acceso a la justicia es la garantía con la que cuentan los asociados de que el Estado resolverá sus conflictos, lo cual se traduce en la negación de un derecho de autotutela que podría definirse como la prohibición de hacer justicia por mano propia (Gómez *et al.*, 2010, p. 109). En materia penal, esta acción la ejercita –por regla general– un órgano estatal y, salvo algunas excepciones, lo pueden hacer particulares (acusador privado) o, como en el caso español –por dar un ejemplo–, un grupo de personas (el acusador popular).

En un modelo procesal acusatorio o con tendencia a éste, el acto de acusar siempre estará en medio de todo debido a que es el fin de la investigación y el punto de partida del juzgamiento. Dicho de otro modo, el esfuerzo del órgano investigativo está encaminado a llamar a juicio al procesado y, de otro lado, solo a partir de la acusación es que puede actuar el juez con el fin de resolver de fondo el conflicto planteado. De ahí que no exista condena sin acusación y, en consecuencia, nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Maier, 2002, p. 478). Pero esta acusación constituye, en sí misma, un acto complejo que materializa los más importantes principios rectores del procedimiento regentado por esta modalidad: El primero y más importante es el acusatorio, siguiendo con otros de notable importancia como los de inmediación, contradicción y congruencia, entre otros.

Ahora, la condición acusatoria como ingrediente principal del procedimiento –esto es una obviedad– no es exclusiva del modelo nacional. Por el contrario, todas las naciones que adoptan como propio el procedimiento acusatorio son coincidentes en afirmar que la característica primordial de este método de juzgamiento penal es, precisamente, la exigencia de la acusación. De este modo, para dar un primer ejemplo, en Argentina se ha dicho que el postulado acusatorio es condición *sine qua non* del sistema e implica, esencialmente, la doble connotación de ser garantía y principio que se funden en la máxima procesal de que «no se puede proceder a juicio oral sin que exista previa acusación fiscal» (Frank, 1986, p. 25).

No obstante, es necesario destacar que responde a la esencia del principio acusatorio el hecho de que no puede haber proceso sin acusación y que esta última es presupuesto del juicio y de la condena, lo cual –se insiste– se proyecta sobre el derecho de defensa. Por esta razón, se afirma que la acusación reúne un doble ámbito: De contenido y de forma (Armenta, 2004, p. 56). El primero, implica que la acusación es el objeto del proceso y por ello es el evento procesal que fija los linderos dentro de los cuales se desarrolla la misma, aspecto que demanda la condición de correlación entre la acusación y la sentencia. El segundo, el de forma, hace alusión a que la efectividad de

la acusación está marcada por el hecho de tener que ser comunicada al sujeto pasivo del proceso, según se determine en cada legislación.

Un aspecto importante para resaltar, y que es objeto de largas discusiones, es la cuestión sobre si solo con la acusación se ejercita la acción penal. Para algunos, especialmente en Norteamérica, el hecho de que la etapa o fase de investigación se encuentre despojada de exigentes rigores legales, jurisprudenciales y en especial debido a la escasa intervención de la judicatura, es indicador claro que la acción penal solo se ejercita cuando se acusa. Por ello, se sostiene que son varios los factores según los cuales con la acusación es que se ejercita la acción penal, no antes; uno de ellos es no juzgar la prueba hasta que no se presente la investigación ante un juez (Lindquist, 2015, p. 24).

Otra característica, de la cual se extracta que durante la investigación no se ejercita la acción penal, es la desformalización de la investigación lo que invita a pensar que, efectivamente, solo cuando lo indagado se formaliza es que se ejerce la acción penal. Vale anotar que se hace referencia al modelo de enjuiciamiento de los Estados Unidos, donde la fase de investigación se encuentra desprovista de rigores protocolarios. Es por esto que esta etapa no hace parte del ejercicio de la acción penal. No obstante, a pesar de ser una manera lógica de concebir el ejercicio de la acción penal, desde ya se debe advertir que no se puede estar de acuerdo con esa postura por cuanto, desde el instante mismo en que se pone en funcionamiento el aparato estatal de persecución penal –de investigación o jurisdiccional–, el sujeto está atado a un asunto judicial en materia criminal y, sin dudarlo, el Estado puede ejercer su facultad punitiva como prerrogativa constitucional de un Estado de derecho por cuanto, incluso cuando se abstiene de perseguir penalmente, está ejerciendo la acción penal. Al respecto, basta solo revisar lo establecido en el Libro II del Código de Procedimiento Penal (2004), en el cual se encuentran las «técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio».

Según este Código, luego de la noticia criminal, el Estado y en especial la fiscalía quedan facultados para desplegar actos invasivos de la

persona, tales como registros domiciliarios (CPP, art. 219), interceptación de comunicaciones (CPP, art. 235), vigilancia y seguimiento de personas (CPP, art. 239), infiltración de organizaciones criminales (CPP, art. 241) y la búsqueda de información en bases de datos confidenciales (CPP, art. 244). Todos estos actos –sin lugar a duda– resultan del ejercicio punitivo del Estado como prerrogativa constitucionalmente dispuesta al órgano de persecución penal, los cuales ocurren en el marco de un proceso penal. En tal condición, se debe insistir, acusar es un acto formal con el cual se da inicio a la fase de juzgamiento. Sin embargo, desde el momento en que la fiscalía despliega sus actividades investigativas, ejerce esa facultad persecutora; es decir, practica su prerrogativa punitiva, por ejemplo, cuando ella fundamenta una medida de aseguramiento debe exponer de manera razonada, soportada con medios de prueba, los motivos por los que debe restringirse la libertad de una persona. Por ello, no se comparte la afirmación de que solo cuando se presenta la acusación se ejerce la acción penal, pues el ciudadano investigado padece los rigores del procesamiento penal desde cuando es denunciado.

Ahora bien, la importancia del acto acusatorio radica en que en todo proceso penal está inmiscuido el interés público dada la relevancia de los hechos punitivos en la comunidad y el consecuente deseo de encontrar una respuesta por parte la justicia. Por ello, se afirma, ese legítimo interés debe ser tutelado por el ministerio fiscal, a quien se le delega el ejercicio de la acción penal; mismo que desempeña material y formalmente cuando acusa y cuando se dispone a demostrar la culpabilidad del individuo investigado (Jauchen, 2015). En esta misma línea de pensamiento se afirma que la presencia del principio acusatorio es garantía de imparcialidad, en el entendido de que hace efectiva la distancia que debe tener el juez, a quien se le exige sujetarse a las iniciativas de las partes que participan en el proceso, esto es, el juez carece de postulación en todo sentido y son ellas las que exteriorizan su intención investigativa y de incorporación al juicio (Ferrajoli, 1995, p. 580).

Este acto de acusar exige un presupuesto probatorio en cuya virtud sea posible sustentar la probabilidad del hecho y de la responsabilidad del inculpatado. Ese pronóstico respecto del resultado de su actuación

acusadora, corresponde de manera exclusiva al fiscal y él actúa según su propia convicción, independientemente de lo que considere el juez sobre el hecho, pues la decisión de acusar no se define por la probable decisión del fallador sino por el convencimiento que tenga el acusador acerca de la ocurrencia del delito (Roxin, 2007, p. 20). Por ello, se sostiene que durante la fase previa el acusador debe recolectar la cantidad de evidencias necesarias para sustentar su pretensión, que –se ha dicho ya– no es otra que la de lograr una condena. En tal virtud, se puede afirmar que la etapa anterior al acto de acusación es una preparación de la etapa que continúa, la del juzgamiento. En el acto de acusar, entonces, se recoge ese convencimiento previo pero contundente que debe tener el acusador –no así el fallador– acerca de los extremos subjetivo y objetivo, respecto de los componentes de la conducta penal que indagó y ahora pretende debatir en juicio (Cafferata & Arocena, 2001, p. 181).

Objetivos y propósitos del acto de acusar.

Acusar tiene un fin claramente definido en la ley y proviene del esquema procesal que se rige bajo el principio arriba aludido. La acusación –que es una manifestación del ejercicio de la acción penal– constituye el punto de partida para la *litis* que se busca. Dicho de otra manera, para que sea posible aplicar en un caso concreto el derecho penal es imprescindible acudir al proceso penal y dicho trámite procesal –que busca la aplicación de la ley penal– necesita del concepto de acción (Vásquez, 1995, p. 316).

Con la acusación se cumple la primera responsabilidad del órgano de persecución penal, su pretensión es la de llevar a juicio a una persona, porque debe estructurar debidamente los cargos a partir de la presentación de los hechos jurídicamente relevantes, enmarcándolos en una denominación jurídica conocida como conducta penal. En tal sentido, la acusación marca el inicio de la fase de juzgamiento que se encuentra alinderada por aquello que se defina por parte del ministerio fiscal. Los extremos establecidos en la acusación son –en consecuencia–, los que delimitan la actividad del juez al

momento de decidir, por ello no podrá condenar por hechos distintos a los endilgados en la acusación, acorde con el llamado principio de la congruencia. Dicho de otra manera:

[...] el tribunal solo puede investigar y juzgar un hecho penal cuando ha sido puesto en conocimiento mediante una acusación. Donde no hay acusador no hay juez y más adelante agrega el principio acusatorio se garantiza mediante una actuación del tribunal únicamente dentro de los límites del hecho acusado (Volk, 2016, p. 253).

En Chile –para tomar un primer ejemplo que no dista de lo que ocurre o debería ocurrir en Colombia–, la acusación debe contener en forma clara, precisa y circunstanciada, los hechos que se atribuyen al acusado y su significación jurídica. Esto como manera de cumplir con la exigencia permanente de una imputación que es, a su vez, base y presupuesto necesario del derecho a ser oído (Horvitz & López, 2004, p. 24). Valga agregar que el acto de acusar, en abstracto, se encuentra íntimamente ligado con el derecho del procesado a ser oído; este último compone el derecho de defensa, rigurosamente protegido en el sistema de enjuiciamiento con tendencia acusatoria. Por eso, es inherente al defenderse el derecho a ser oído; esto es, la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación (Maier, 2002, p. 554).

En consecuencia, se entiende que la facultad de defenderse implica que exista algo de lo cual deba ejercerse tal acto de defensa. Por ello, se sostiene que la imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente. Por último, se añade, que esa imputación «debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona» (Maier, 2002, p. 554); al respecto, vale la pena aclarar que cuando se hace referencia a la imputación se usa el término genérico con el cual se conoce la formulación de los cargos y no es exclusivo del citado acto procesal.

De esta forma, si se está de acuerdo en que el acto acusar es el insumo necesario para que el funcionario judicial pueda interactuar con el proceso –es decir, para que quien está en la obligación de administrar justicia en

el caso concreto pueda dirimir el conflicto generado con el delito—, uno de los objetivos del acto de acusar será buscar la verdad dentro del proceso penal. Esta afirmación lleva a dos escenarios teóricos complejos, pero de importancia relevante para este estudio, a saber: ¿Cuál verdad se busca en el proceso penal? ¿Cuánto vincula al juez la pretensión punitiva del órgano acusador? A continuación, se pretende responder ambos interrogantes.

La primera pregunta bien podría dar para un ensayo, incluso para un tratado completo; no obstante, circunscribiendo el interrogante a este propósito académico y ceñidos al carácter vinculante de la acusación y al alcance de la intervención del juez sobre el hecho acusado frente al probado, se debe indicar —en primer lugar— que el objetivo del proceso sea cual sea, pero en específico el penal, no es conducir a una decisión sustentada en la verdad absoluta o la certeza. Así las cosas, al no ser el proceso una empresa científica o filosófica, «no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión» (Taruffo, 2011, p. 171). Es obligatorio concluir, pues, que al proceso se debe llegar en condiciones de igualdad para ofrecer esa verdad relativa, motivo por el cual no resulta válido, y mucho menos justo que una de las partes —la acusación— llegase dotada de ciertas prerrogativas en cuanto a la corroboración de los hechos.

Por eso, son acertados los planteamientos de quienes sostienen que con la llegada del modelo acusatorio lo que se busca es quitar al aparato estatal el privilegio de ser el único capaz de conducir, o producir la verdad procesal:

De este modo, el problema de la verdad en el proceso penal ha de abordarse a partir de una definición de las posiciones de los distintos participantes que se acerque, en la medida de lo posible, a esa situación ideal de habla para que la decisión sea la que habría de adoptarse en un discurso libre de dominación (Vives, 2014, p. 875).

Como se advirtió al comienzo, en el modelo inquisitivo o con tendencia a éste, el procesado se encuentra en una absoluta desigualdad frente a su acusador porque aquel posee la ventaja de ser el «dueño de la verdad» y,

por lo tanto, se le conceden sendos privilegios probatorios. Por el contrario –también se dijo ya– en el modelo acusatorio que tiene como premisa la equivalencia de las capacidades probatorias entre los adversarios, la igualdad conduce –necesariamente– a la posibilidad de que ambos –acusación y defensa– puedan trasladar al juez –imparcial y sin vocación probatoria– a un convencimiento más allá de toda duda.

Dicho de otro modo: En el acusatorio es dable que la decisión judicial no corresponda meramente a una especie de registro notarial según el cual se acoge o no a la verdad que ofrece la acusación. Esta decisión puede incluso no ser la verdad verdadera, si lo demostrado por la acusación con sus pruebas condujo a un «conocimiento más allá de toda duda», como lo dispone la ley (L. 906/04, art. 381) o porque, a través de las pruebas que aportó la defensa, se pudo configurar o hacer más notable la duda razonable de la que trata el axioma legal conocido como *in dubio pro-reo*. Este ejercicio de convencimiento, puede decirse, corresponde a un enfoque persuasivo que es fruto de la dialéctica propia de la práctica probatoria que se surte de manera oral a través del método de interrogatorio cruzado y es la razón por la cual algunos, con acierto, afirman (Taruffo, 2011, p. 350) que la prueba sirve para persuadir al juez; lo que, aunado a lo dicho, explica por qué la verdad del proceso no necesariamente es la verdad absoluta.

En esas condiciones, pues, se puede afirmar con claridad que el modelo acusatorio persigue una verdad racional; y, por lo tanto, el equilibrio que existe entre acusación y defensa en materia probatoria influye en qué tipo de verdad se busca o consigue en un proceso bajo el modelo acusatorio.

Los controles judiciales sobre el acto de acusar

El juez, y en especial el penal, es o debe ser un servidor de la justicia independiente; esto es, ha de gozar de plena autonomía y ser capaz de solucionar la totalidad de asuntos que se le presenten a su consideración, con absoluta independencia e imparcialidad. En materia del proceso acusatorio

una dimensión de esa imparcialidad es asegurar la rígida separación entre la acusación y el juez fallador. Sin embargo, vale la pena adicionar que, para que el juez pueda intervenir en el acto de acusar, se debe primero establecer qué tipo de juez es el que participa en el mismo.

Para ello, se debe reconocer que el ejercicio de la jurisdicción constituye «una actividad de naturaleza esencialmente cognoscitiva, no política, no representativa, tampoco de participación, sujeta exclusivamente a la ley, garante de derechos fundamentales y, en esa medida, connotada por una incuestionable dimensión de contrapoder» (Andrés, 2015, p. 140). Esto posibilita entender que su misión se da en torno a la protección de injustas injerencias que puedan sufrir aquellos que, por su condición, resultan en algún grado de inferioridad o sometimiento, frente a quienes ostentan alguna calidad de poder o superioridad. De esta manera, «la independencia judicial es una garantía que sienta las bases, las condiciones de posibilidad, de todas las demás que configuran el estatuto del juez» (Andrés, 2015, p. 140). En cualquier proceso, la independencia del operador judicial es una «metagarantía», por cuanto con ella se aseguran las demás que le han sido conferidas. Este concepto de independencia está ligado a las posibles interferencias o intromisiones que pueda llegar a tener el juez penal, especialmente, del proceso penal acusatorio.

En materia de independencia, el padre del garantismo penal ha sostenido que debe existir un juez capaz, por su independencia, de absolver a un ciudadano a falta de pruebas de su culpabilidad, incluso cuando el soberano o la opinión pública piden su condena. En tales condiciones debe haber, por las mismas razones, una acusación pública igualmente independiente, aunque a su vez separada de la función de juzgar, en situación que le permita valorar, sin condicionamientos de poder, la existencia de los presupuestos de la acción penal. Por ello, pues, se afirma que «[e]l poder judicial es un poder saber: Tanto más legítimo cuando mayor es el saber y tanto más ilegítimo cuando mayor es el poder» (Ferrajoli, 2011, vol. 2, p. 210).

Finalmente, la imparcialidad es la garantía de ajenidad del órgano judicial respecto de la controversia que debe resolver, la cual deberá realizar sin que confluyan en él presiones o influencias; es decir, debe ser independiente interna y externamente (Andrés, 2015), pues únicamente el juez imparcial puede garantizar el derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva (Asencio, 2013). En el anterior orden de cosas, para ocuparse del control que puede o debe hacer el juez al acto de acusar, es imperioso primero puntualizar que él –por encima de todo–, es imparcial, independiente y ajeno a las pretensiones de las partes. En consecuencia, el control que haga no necesariamente influirá en el resultado de la decisión que se tome al final del camino dado que, en virtud de la Constitución y la ley (CN, art. 230; L. 906 de 2004, art. 138), su función es resolver el asunto sometido a su consideración estrictamente apegado a lo que dicta la ley y a las evidencias; además debe hacerlo actuando con estricta objetividad.

Tal y como ya se dijo, es un proceso que se divide en etapas perfectamente diferenciables: Indagación, investigación o instrucción (en la que participa el juez de control de garantías) y juzgamiento que comporta la acusación, la audiencia preparatoria y el juicio oral (todas ellas regentadas por el juez de conocimiento). La fase de juzgamiento se inicia con la presentación del escrito de acusación y la materialización de esta a través de la formulación de la acusación, que se practica ante el juez que deberá conocer del juicio oral. Al respecto, bien vale la pena traer a colación algunos pronunciamientos emitidos por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en nuestro país, a partir de los cuales se establece el ámbito de maniobra que tiene el operador judicial de cara al acto de acusar, en los cuales se ha dicho que el funcionario judicial solo puede ejercer un control formal mas no material o sustancial.

En efecto, en primer lugar, en sendos pronunciamientos la jurisprudencia ha dicho que el juez no puede hacer más que un control formal en la fase de la acusación puesto que, materialmente, únicamente podrá efectuarlo cuando de forma excepcional constate de forma objetiva que se presentan violaciones groseras y manifiestas de garantías constitucionales fundamentales (Sent.

SP14191/2016, CSJ y Sent. SP8666/2017, CSJ). En efecto, se entiende que el juez de conocimiento no puede imponer su particular tesis respecto de la acusación ni de los acuerdos, sino que debe ser exclusivamente el fiscal quien asuma la tarea de adecuar correctamente los hechos a la hipótesis normativa correspondiente. Por ello, en la Sent. SP-14191 de 2016 –en la cual se hizo un preciso recuento de las posturas del alto tribunal sobre el particular–, quedó claro que históricamente se ha manejado esa tesis respecto del control judicial a la acusación; allí se explica que son tres las alternativas para dicho control:

- (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales.

En la segunda decisión mencionada se expresa:

En atención de la estricta separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como de la garantía de imparcialidad judicial, el legislador no previó la posibilidad de que el juez efectúe un control material sobre la acusación. En un esquema adversarial, donde la fiscalía ostenta la calidad de parte que presenta una hipótesis inculpativa, al juez le está vedado examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica) (Sent. SP8666/2017, CSJ).

Esta postura, como lo reafirma la misma jurisprudencia, tiene cabida tanto para la acusación como para los acuerdos que celebren la fiscalía y el imputado; es decir, la restricción que presupone esa «estricta separación» de funciones entre acusador y juez, tan propias de los modelos adversariales, impide que el juez se entrometa en la acusación –en todas sus dimensiones– o en las transacciones que celebren las partes en busca de terminaciones anticipadas del proceso. No obstante, el precedente jurisprudencial señala que la única excepción en la cual cabe dicha intrusión es cuando se afecten de manera grave las garantías fundamentales.

Sin embargo, téngase en cuenta que los fallos en cita –y muchos más– manejan esta postura en discusiones relacionadas con los acuerdos pero no ha

sido posible definir el mecanismo de control en materia de la acusación, con vocación de llevar a juzgamiento y no de materializar un acuerdo previo, porque los fallos aluden a que el juez no puede «sugerir» modificaciones a la adecuación típica de cara a la aprobación o negación de una negociación. La dificultad se presenta cuando las dilaciones ocurren en la presentación del caso para juicio.

Ahora bien, la autorización restrictiva de la cual habla la jurisprudencia sobre las posibilidades de intervención por parte del juez en la acusación, esto es, permitir que se haga un control material de manera exclusiva en casos de manifiestas vulneraciones de garantías fundamentales, genera dificultades desde el punto de vista práctico. El interrogante que subyace es ¿cómo se podría realizar ese control material restringido? Pues bien, para intentar resolver esa pregunta, se deben recordar dos premisas ya expuestas:

En primer lugar, la acusación es un acto complejo que se compone de dos actuaciones perfectamente distinguibles: La presentación del escrito y la formulación oral de la misma ante el juez de conocimiento; dichas actuaciones son consideradas como postulaciones de parte, es decir, no constituyen decisiones judiciales. Y, en segundo lugar, en la ejecución de ese acto complejo, el único momento en el cual el juez puede intervenir es en la audiencia de formulación *oral* de la acusación, en la cual se sana el proceso. Inicialmente, se corrige todo lo concerniente a la competencia del operador judicial y, con posterioridad, se le concede el uso de la palabra a las partes (es decir fiscalía y defensa) pero también el ministerio público y a la víctima, para que manifiesten oralmente sus observaciones «al escrito» de acusación y propongan –si son procedentes– las nulidades que hasta ese momento se hayan podido producir, pues no pueden anticipar las que se cometerán. Luego de esto, el juez debe decidir.

Hechas las precisiones anteriores, para intentar resolver la pregunta que se hace (¿cómo efectuar el control material restringido a la acusación?), lo primero que se debe advertir es que dentro de la audiencia de formulación de acusación –se insiste– el único momento en el cual es posible que intervenga

un juez frente al acto de parte que es la postulación de los cargos, solo existen dos posibles debates –si se permite la expresión– en los cuales es viable «cuestionar» la acusación planteada por la fiscalía: Cuando se interroga por las observaciones al escrito de acusación y cuando se pregunta si existen causales de nulidades.

Es decir, durante la formulación oral de la acusación las partes e intervinientes pueden hacer reparos al escrito y solicitar nulidades. No obstante, las censuras que se pueden hacer al escrito de acusación pueden versar solo sobre si dicho documento «reúne los requisitos establecidos en el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato» (Ley 906 de 2004, art. 339), con la salvedad de que las observaciones son, exclusivamente, acerca de los requisitos formales del escrito. Sin embargo, como indica la norma, estas «observaciones» tienen por objeto que «el fiscal» aclare, adicione o corrija dicho escrito de acusación, pues aquello no es otra cosa que un acto de parte, es decir, una pretensión de uno de los sujetos procesales sobre la cual al juez no se le dio ninguna facultad de decisión. No obstante, el legislador dispuso, dentro del trámite de dicha audiencia, que los sujetos procesales pueden proponer al juez nulidades cuando se configura alguna de las causales previstas en la ley. Solicitud que, indiscutiblemente, debe concluir con un pronunciamiento judicial y, debido al mismo, se pone en movimiento el aparato jurisdiccional en relación con el objeto de controversia.

Sin embargo, existe otra posibilidad: Proponer una nulidad en relación con el acto de acusación, es decir, en ese instante procesal que ocurre entre la presentación del escrito y la formalización oral de la acusación; con ello, y en virtud de una verdadera maniobra judicial, la parte interesada podría procurar enderezar la acusación que hasta ese momento se podría llamar imperfecta por carecer de su complemento: La verbalización de ésta. Esa posibilidad ha sido, sin embargo, descartada por la jurisprudencia en el entendido que no es posible solicitar nulidades de actos incompletos (Auto AP5563/2016, CSJ).

En consecuencia, aquel control restringido que puede plantearse por las partes, y en casos taxativamente definidos por la jurisprudencia –vulneración

flagrante de garantías fundamentales—, solo se podrá proponer una vez el acto haya alcanzado su formalización, es decir, luego de que el acusador haya verbalizado los cargos que habría plasmado previamente en el escrito de acusación. No podría ser de otra manera si se acepta la postura de la jurisprudencia en cuanto a que el escrito de acusación no puede ser anulado, pues aún no ha alcanzado su materialización, porque depende —se insiste— de la formulación oral. Ahora bien, el problema implícito es: ¿Cómo se puede proponer tal control? Sobre este asunto versa el acápite siguiente.

El control de la acusación: Realidad o espejismo

Para determinar qué tipo de control puede efectuar el juez de conocimiento en el proceso penal se debe profundizar primero en dos asuntos necesarios para estos efectos: La acusación penal como pretensión procesal; y el tipo de relación procesal que se crea en virtud de la acusación. En el derecho vigente, según lo definido por el artículo 250 de la Constitución Política que es desarrollado por el 66 de la Ley 906 de 2004, el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación, tiene la obligación de ejercitar la acción penal. Por esta razón, se sostiene que entre sus facultades está la de investigar los hechos que revistan las características de delito y que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio. En virtud de ello, el Estado tiene el deber de presentar el escrito de acusación (CN, art. 250 núm. 4.º). También, en el artículo 66 del Código de Procedimiento Penal, se indica que la fiscalía no puede «suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal» salvo que se trate de la aplicación del principio de oportunidad. No obstante, la ley no distingue entre los conceptos de «acción penal», «pretensión penal» y «acusación», por lo cual pareciera que el legislador concibe esa actividad como ejercicio de la acción penal desde el momento en que se inicia la indagación por parte del órgano acusador.

En razón de lo expuesto vale la pena destacar que la acción penal es un concepto puramente formal; su objeto se reduce, exclusivamente, al «poder

de acusar» a alguien por la comisión de hechos con características de delito; si se quiere, es el poder de pedir un proceso. De ahí que se concluya que es más conveniente hablar de acusación y no de acción penal (Moreno & Cortés, 2011, p. 136). Quizá por esta razón algunos afirman (Bernal, 2014, p. 55) que, en el modelo acusatorio nacional, solo se puede hablar de proceso propiamente dicho cuando el Estado acusador, a través de la fiscalía, formula la correspondiente acusación; ello en razón a que la fase anterior a ésta, en la que la Fiscalía investiga y recauda evidencia, puede ser considerada una etapa preprocesal. Ahora bien, sea la acción penal únicamente la posibilidad de investigar o sea que esta se materialice a través de la acusación como la pretensión del proceso, lo cierto es que resulta necesario establecer cuál es el control que puede ejercitar el juez sobre tal acusación.

Según se ha dicho, en virtud del principio de indisponibilidad de la acción penal se excluye cualquier posibilidad de que las partes puedan determinar la suerte del proceso luego de que se da inicio a éste (Leone, 1963, p. 176). Ello, en el entendido de que en el proceso, si bien hay conflicto entre dos posturas, para el Estado –como titular del derecho público de castigarlo– lo que interesa es únicamente establecer esa condición de culpabilidad; por ello, se entiende que la demanda en el proceso penal –la cual ejercita de manera exclusiva y excluyente el ministerio fiscal– consiste únicamente en la pretensión de castigar un hecho con características de delito. A las partes, pues, no se les confiere otro poder que el de activar el proceso y determinar su objeto en el solo aspecto de la deducción del material del hecho, y les está vedado disponer del proceso; incluso, ni siquiera el ministerio público (fiscal) puede retirar o desistir de su acusación, la cual puede ser condenada por el juez, a pesar de una solicitud de absolución que haga quien ejercitó la acción penal. La explicación –simple si se quiere– es que tras el ministerio público está siempre el interés punitivo del Estado.

Dicho en otras palabras, el juez podría llegar a tener amplias facultades de intervención –o intromisión– en lo que tiene que ver con la acusación, desde su presentación hasta la decisión definitiva pasando incluso por las eventuales modificaciones que aquella deba tener. Si se acepta, entonces, que el acusador

no puede disponer de la acusación, pero el juez sí, se impone admitir que en cabeza del fallador reside una absoluta discrecionalidad sobre la acusación como reflejo de la pretensión en el procedimiento penal. Ahora bien, la anterior forma de entender la pretensión en el proceso penal es «explicable» si se concibe en modelos con tendencia inquisitiva.

Por ello, tiene razón la doctrina (Asencio, 2017, p. 46) cuando, sin desconocer el carácter oficial de la acción penal, indica que la misma debe ser ejercida en todos los momentos del proceso penal; de esta forma, en virtud del desdoblamiento del cual habla el expositor citado, que para otros es la rígida separación (Ferrajoli, 1995, p. 561) que existe entre acusador y fallador, a este último (al juez) le es restringido condenar cuando el primero no solicita tal cosa. De ahí que la pretensión penal, como declaración de voluntad tendente a la imposición de una pena sea, pues, presupuesto ineludible para la punición; es decir, siempre que el órgano de acusación busque que un procesado sea castigado, debe –en todo momento– mantener su pretensión (Asencio, 2017, p. 46). La simpleza de esta conclusión radica, puntualmente, en esa condición de desdoblamiento entre acusador y juzgador; ello surge, evidentemente, de lo que se reconoce como una característica propia del principio acusatorio. Así lo enseña el profesor español apoyado en Almagro Nosete:

[...] si la acusación se cualifica como derecho constitucional (art. 125 CE), su falta impide la condena, no solo el proceso, de manera que una vez iniciado este, su retirada debe dar lugar a la pérdida del objeto por el mismo. Lo contrario sería admitir la posibilidad de que los Jueces y Tribunales detentaran un poder de acusación que la ley le ha conferido en régimen de exclusiva a otros órganos del Estado o a los particulares más o menos extensamente (Asencio, 2017, p. 46).

Esta postura es la que recoge este trabajo acorde con el concepto asumido en lo atinente al principio acusatorio; la acusación, entonces, como manifestación expresa de la pretensión procesal de quien ostenta la acción penal, es el acto que marca el inicio del proceso y proyecta los límites por los que habrá de transitar hasta el momento en que el juez tome su decisión final. Además, la acusación es ese acto que además de posibilitar el justo combate entre contendientes, implica un claro límite para el tribunal, el cual

en ningún caso puede actuar de oficio (Chaia, 2010, p. 352). Teniendo en cuenta esto, solo será posible condenar al acusado, si en el alegato de clausura se ha solicitado en su contra la aplicación de una pena. Ahora bien, está claro que si se habla de un proceso penal acusatorio o con tendencia a este, resulta natural que se demande por parte del juez que el acusador desempeñe debidamente su rol durante toda la actuación y que, por ende, exteriorice en todo momento la acusación a través de sus pretensiones a la judicatura.

Conclusiones

Una vez desarrolladas las diversas problemáticas propuestas, se pueden sentar las siguientes premisas para el debate.

En efecto, en primer lugar, en atención a la histórica dualidad de sistemas de enjuiciamiento penal existentes, es evidente que se ha impuesto el modelo acusatorio que responde a los dictados propios de un Estado de Derecho basado en el respeto por el hombre, como sujeto de derechos fundamentales como la vida y la libertad; ese es, pues, el modelo que empoderó al juez por encima del acusador, separó en sus funciones y permitió al investigado contar con las mismas condiciones para ejercer su defensa. En la actualidad, son muchos los países que se inclinan –en todo o en parte– por este método de procesamiento criminal a fin de procurar juicios más justos y conseguir sanciones que se correspondan con la verdad que surge del proceso, dejando atrás las confesiones obtenidas mediante tortura, las sentencias proferidas por el mismo órgano que acusó y los castigos desproporcionados que recaen sobre el cuerpo del investigado.

Así mismo, en segundo lugar, el acto de acusar se constituye en el eje central de todo el procedimiento con el respeto absoluto del principio acusatorio como nervio de este modelo procesal. Al respecto se ha dicho que el principio acusatorio supone, únicamente, la estricta separación de roles entre quien debe acusar, defender y decidir; no obstante, el principio acusatorio responde además a la obligación que ostenta cada una de las

partes de siempre ejercer el ánimo acusatorio. Por ello, acusar es señalar y perseguir a los presuntos responsables de hechos que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos por la ley y pretender que se imponga una sanción (pena) a quien cometa esos hechos por parte de un juez. Asimismo, acusar implica que quien ostenta esa condición pueda realizar actividades de investigación y elevar peticiones relacionadas con su intención persecutoria; por último, el acto de acusar como pilar fundamental del proceso delimita el tema del debate procesal, entendiendo por ello los hechos y el delito que se investiga, juzga, y por el cual se pretende la condena.

En tercer lugar, se ha dicho que la acusación se compone de dos núcleos básicos: El fáctico y el jurídico los cuales deben ser presentados respetando unas formalidades. Por ello, al juez solo se le permite revisar la acusación cuando esta incumpla con los aspectos estrictamente formales, es decir, cuando no respete los aspectos de forma o procedimentales (aspectos como la competencia, la presentación del anexo de pruebas, etc.). No obstante, en lo que corresponde a los dos núcleos básicos, es decir, los hechos jurídicamente relevantes que deben responder a cuestiones de derecho penal y no de derecho procesal penal, al juez se le ha negado la posibilidad de cuestionar e incluso de rechazar la acusación; y ello se explica a partir del irrestricto cumplimiento de la separación de roles.

En consecuencia, en cuarto lugar, el juez no puede cuestionar la relevancia jurídica de los hechos que se le presentan a su conocimiento y queda sometido a lo que se pruebe en el juicio para pronunciarse acerca de esa relevancia únicamente en la sentencia. Esto ha expuesto a un desgaste inusitado a todos los participantes en el proceso penal vigente, porque solo en el juicio se puede cuestionar la correspondencia de los hechos acusados frente al derecho penal. En suma: La eficiencia del proceso se puede afectar por acusaciones que, sin cuestionamiento previo, someten al procesado a un juicio oral por hechos sin importancia para el derecho penal, asunto que pudo ser previsto e impedido si el juez pudiera desestimar la acusación antes del juicio oral.

En quinto lugar, el control material de la acusación, esto es la posibilidad de cuestionar aspectos sustanciales sobre la pretensión acusadora de la fiscalía permitiría tener juicios ajustados a derecho. Dicho de otra manera: Poder controlar en lo sustancial la acusación evitaría que las personas fueran juzgadas sin fundamento, que los casos llevados a juicio correspondieran explícitamente a los hechos con características de delito y que son desvalorados en forma negativa por la ley. No obstante, si bien es cierto que en virtud del principio de objetividad este criterio de relevancia jurídica de los hechos debería ser un trabajo del órgano acusador, es el juez quien debe regular en qué momento un hecho reviste importancia para el derecho penal y señalar si es admisible o no la acusación.

También, en sexto lugar, en el ordenamiento procesal este control se encuentra vedado para el juez quien, pese a no entender o compartir la relevancia de los hechos que le presentan como acusación, queda sujeto a lo que haga de ella quien ostenta la función de acusar cuando se ajusta a las exigencias formales. Solo en la sentencia puede pronunciarse sobre la idoneidad jurídica de esos hechos, sobre si correspondían o no a un delito objetivamente hablando y esto luego de todo un periodo de juicio oral. Por eso, este trabajo propone que se introduzca un momento intermedio en el cual un juez diferente al del juzgamiento se ocupe de avalar o calificar como admisibles para su juzgamiento los hechos que el ente acusador califique como jurídicamente relevantes para el derecho penal. Hacer esto último es imperioso porque, para volver sobre el problema de investigación que motiva esta reflexión académica, con el diseño procesal actual peligran las garantías al momento de formular la acusación; se impone, pues, un control material sobre la acusación y en ese sentido se debería introducir una modificación a la legislación procesal penal vigente.

Referencias

Alvarado, A. (2006). Los Sistemas Procesales. En A. Alvarado Velloso y O. Zorzoli: *El Debido Proceso* (pp. 1-90). Buenos Aires: Editorial Ediar.

- Ambos, K. (1997). Procedimientos Abreviados en el Proceso Penal Alemán y en los Proyectos de Reforma Sudamericanos. *Boletín de la Facultad de Derecho*, (12), 305-362.
- Andrés, P. (2015). *Tercero en Discordia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Aponte, A. D. (2008). *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal* [2.ª ed.]. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Arango, M. I. (2010). A Propósito del Papel del Juez de Control de Garantías en la audiencia de formulación de imputación. *Nuevo Foro Penal*, 6 (75), 231-242.
- Armenta, T. (2003). *Principio Acusatorio y Derecho Penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S. A.
- Armenta, T. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Asencio, J. M. (2013). *Principio Acusatorio e Imparcialidad*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Asencio, J. M. (2017). *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal: Lineamientos Fundamentales de Dogmática Procesal Penal aplicable al Nuevo Proceso Penal*. México: Global Editores.
- Auto AP5563 (2016, agosto 24). Admisión de la demanda [Radicado N° 48573]. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Avella, P. O. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá: Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas Forenses.
- Bachmaier, L. (2009). Sistemas Procesales: La Hora de Superar la Dicotomía Acusatorio-Inquisitivo. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, 1 (24), 172-198.
- Baumann, J. (1986). *Derecho Procesal Penal - Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*. Buenos Aires: Depalma.
- Bernal, G. (2014). *Manual del Sistema Acusatorio* [2.ª ed.]. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Bernal, J., & Montealegre E. (2013). *El Proceso Penal* [6.ª]. Bogotá: Universidad Externado.
- Bovino, A. (2006). *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Cafferata, J., & Arocena, G. (2001). *Temas de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Chaia, R. (2010). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi s. r. l.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta S. A.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. 2 Teoría de la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Frank, J. L. (1986). *Sistema Acusatorio Criminal y Juicio Oral*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados.

- Gómez, J. L., Planchadell, A., Pérez, M., Beltrán, A., & Montesinos, A. (2010). *Introducción al Derecho Procesal - Parte General del Derecho Jurisdiccional*. Castellón: Publicaciones Universidad Jaume I.
- Horvitz, M., & Lopéz, J. (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno*, Vol. II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Jauchen, E. (2015). *Proceso Penal –Sistema Acusatorio Adversarial–*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Langer, M. (2001). La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. En J. Maier, & A. Bovino, *El Procedimiento Abreviado* (pp. 97-133). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Leone, G. (1963). *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Levene, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Vol. I), 2.^a ed. Buenos Aires: Depalma.
- Lindquist, K. (2015). *Lo Inquisitivo hacia lo Acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Maier, J. B. J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*, Vol. I [2.^a ed.]. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L.
- Maier, J. B. J. (2002). *Derecho Procesal Penal*, Vol. I [2.^a ed.]. Buenos Aires: Editores Del Puerto s.r.l.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento Penal Colombiano* [13.^a ed.]. Bogotá: Temis.
- Montero, J. (1998). El derecho procesal en el siglo XX. En *La Ciencia del Derecho durante el Siglo XX* (pp. 437-499). México: Universidad Autónoma de México.
- Montero, J. (1998a). Los principios del Proceso Penal, un intento de explicación doctrina basada en la razón. En *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (pp. 375-412). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Moras, J. (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal* [6.^a ed.]. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
- Moreno, V., Cortés, V., & Gimeno, V. (2003). *Introducción al Derecho Procesal* [4.^a ed.]. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno, V., & Cortes, V. (2011). *Derecho Procesal Penal* [5.^a ed.]. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pretone, M. (1994). El Principio Acusatorio. En *Justicia y Sociedad* (pp. 503-525). México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Rodríguez, M. (2013). Sistema Acusatorio de Justicia Penal y Principio de Obligatoriedad de la Acción Penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, 643-686.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Roxin, C. (2007). *Pasado, Presente y Futuro de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Sentencia C-536 (2008, mayo 28). Acción de inconstitucionalidad [Expediente D-6907]. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia]
- Sentencia SP-14191 (2016, octubre 5) Recurso de Casación [Radicado N° 45594]. Magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP-8666 (2017, junio 14) Recurso de Casación [Radicado 47630]. Magistrado ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Solórzano, C. R. (2013). *Sistema Acusatorio y Técnicas de Juicio Oral* [4.ª ed.]. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Vásquez, J. (1995). *Derecho Procesal Penal - Conceptos Generales* (Vol. I). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Vives, T. S. (2014). *Fundamentos del Sistema Penal* [2.ª ed.]. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Volk, K. (2016). *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zuluaga, J. E. (2007). Comentarios a la Función de Control de Garantías. *Co-Herencia*, IV (6), 133-165.

La constitucionalidad de las prebendas legales en el ámbito de la violencia sexual contra niños y adolescentes

*Julián Hernando Vera Díaz**

Resumen: El modelo de Estado que ahora emerge representa un paradigma marcado por la constitucionalización del derecho, por lo que múltiples normas jurídicas entran en conflicto al analizar casos concretos; en este contexto, los principios se convierten en los moduladores del derecho y hay lugar para el uso del análisis y la ponderación jurisprudencial, que adquieren mayor fuerza para realizar ejercicios hermenéuticos. Un ejemplo de ello se presenta en el ámbito de la violencia sexual contra niños y adolescentes, que gracias al artículo 199 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006, restringe la reducción de penas a quienes acepten cargos o hagan acuerdos con la Fiscalía. Por lo tanto, con la ayuda de la propuesta de Guastini este trabajo muestra cómo la interpretación puede ayudar a entender este texto legal, para verificar si él ayuda o no a proteger los derechos de aquellas víctimas de violencia sexual.

Palabras claves: Principios constitucionales, justicia premial, violencia sexual contra niños y adolescentes, interpretación constitucional, ponderación de principios.

Abstract: The State model that is now emerging represents a paradigm marked by the constitutionalization of law, which is why multiple legal norms come into conflict when analyzing specific cases; in this context, principles become the modulators of law and there is room for the use of jurisprudential analysis and deliberation, which take on greater strength to carry out hermeneutical exercises. An example of this is presented in the area of sexual violence against adolescents and children, which, thanks to article 199, number 7 of Law 1098 of 2006, limits sentence reduction to those who admit charges or accept pleas

* Magíster en Derecho y especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses; juez penal. Este trabajo fue presentado como artículo de investigación para optar al título de Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, con la asesoría de la maestra Yeli Catherine Ávila Lozano. Correo de contacto: julianveradiaz2004@hotmail.com.

with the Prosecutor's Office. Therefore, with the help of Guastini's proposal, this work shows how interpretation can help to understand this legal text, to verify if it helps or not to protect the rights of juvenile victims of sexual violence.

Keywords: Constitutional principles, Reward justice, sexual violence against children and adolescents, constitutional interpretation, principle of deliberation.

Introducción

El presente artículo aborda desde una perspectiva analítica el tema de la justicia premial penal en relación con los casos de violencia sexual cuando la víctima es un niño o un adolescente (Ley 1098/2006, art. 3.º), que permita determinar si la declaratoria de constitucionalidad del numeral 7.º del artículo 199 de la Ley de Infancia y Adolescencia es o no pertinente para promover el acceso a la justicia y la protección de los derechos de los niños y adolescentes, a partir de los presupuestos de una construcción jurídica que se ensaya.

Así las cosas, si bien la Constitución Política consagra en su artículo 44 la prevalencia de los derechos de los niños y los adolescentes, también lo es que en virtud del mismo bloque de constitucionalidad que refuerza y sirve como valor axiomático a este fin de proteger a los niños y adolescentes surge el principio del acceso igualitario y libre a la administración de justicia. No obstante, a partir de ciertos criterios interpretativos es dable admitir que ello colisiona con otros principios y con la finalidad armonizadora del derecho penal, a la vez que pueden tender a desconocerse algunos derechos del procesado sin que ello represente una garantía *per se* para los derechos de la víctima o, agréguese, una prerrogativa en beneficio de la sociedad.

Por lo tanto, en el escenario propio de una justicia negocial como la existente en el marco propio de los principios propios del Estado social y democrático de Derecho, cabe preguntarse –a título de pregunta que consigna el problema de investigación– cómo puede justificarse la excepción introducida por el citado num. 7.º del artículo 199, en tanto el mismo condiciona y limita mecanismos para acceder a la justicia que operan en

pro de la víctima y que, en todo caso, no garantizan derechos al imputado o procesado. Esa disposición, recuérdese, prohíbe «[...] las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004».

Desde luego, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional definió los acuerdos en materia penal como el camino judicial hacia la simplificación del proceso penal mediante la sustracción de la controversia probatoria con ocasión del arreglo entre las partes involucradas, que implica un juicio expedito a cambio de un beneficio punitivo, esa herramienta tiene un objeto y unas finalidades muy precisas: Lograr un consenso sobre la imputación y la pena, de cara al logro de las finalidades buscadas entre las cuales están la humanización del proceso y la participación del imputado en la resolución del caso (Sent. C-516/2007, con. 3.5.1., CConst.). Lo mencionado en precedencia ubica el asunto en un espacio de indeterminación bastante problemático, dado que desdibuja la finalidad constitucional perseguida por la justicia consensual para la cual el procesado no deja ser un sujeto de derechos, algo determinante en el marco del modelo de Estado ya señalado, amén de que los niños y adolescentes son sujetos de especial protección con lo cual se hace latente que se debe garantizar el máximo de derechos para cada uno.

Como es apenas entendible acudir a ese tipo de procesos supone brindar una garantía plena de sus derechos a las víctimas y, con su aquiescencia, lograr que este tipo de herramientas de la justicia premial descongestione el sistema de justicia penal con un mínimo impacto para los derechos de los intervinientes. Sin embargo, como demuestra el trabajo, la implicación de lo acordado debe calar directamente en un verdadero ejercicio de sanción del delito, en la reivindicación de los derechos de las víctimas y en la manera de impartir justicia, todo lo cual envuelve la idea misma de justicia.

Así las cosas, en plan de dar respuesta a la pregunta planteada y con base en una metodología analítica –de corte crítico– y a partir de las herramientas hermenéuticas que brinda el principio de ponderación, este trabajo muestra como el texto legal mencionado puede desconocer diversos principios

constitucionales en atención a la ambigüedad normativa existente en la materia examinada. De esta forma, la prohibición de otorgar rebajas de penas a quienes incurrir en las conductas ya señaladas es una verdadera limitante al derecho a ejercer el libre acceso a la justicia, al desarrollo de una política criminal restaurativa y resocializadora llamada a garantizar el imperio del Derecho y de las garantías y, por ende, al cabal ejercicio de los derechos de las mismas víctimas.

Con tales miras, a continuación –en primer lugar– se abordan los institutos de los acuerdos y la aceptación de cargos como manifestaciones de la justicia premial en tratándose de los casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, a la luz del principio *pro infans* y se estudia la colisión de derechos fundamentales en tratándose de ese tipo de delitos sexuales. Así mismo, en segundo lugar, se examinan las construcciones jurídicas como posible acercamiento interpretativo al problema planteado; en tercer lugar, se hace un estudio analítico sobre el asunto en concreto. Al final, se plasman las conclusiones de esta incursión académica y se consignan las referencias bibliográficas utilizadas.

La justicia premial y la violencia sexual contra niños y adolescentes

Aspectos generales.

Hablar de un análisis constitucional sobre la materia en sentido estricto no es posible, toda vez que el mismo se agota en varias instancias; no obstante, la propuesta que defiende este trabajo es la problematización de la temática tanto por medio del uso y adaptación del modelo analítico expuesto por Guastini (2015a), como a través de los criterios defendidos por la Corte Constitucional para el análisis de casos complejos. Al respecto, recuérdese que el artículo 44 de la Constitución Política consagra la prevalencia de los derechos de la niñez ubicándolos como sujetos de especial protección ante la ley; en este marco, el amparo de los niños y adolescentes respecto del

abuso sexual aparece exaltado como uno de los elementos esenciales para la protección de los infantes, a la vez que se ocupa también de dejar en claro que el bloque de constitucionalidad es parte importante del control de estas garantías.

Sobre el particular, se entiende este último instituto a partir de aquella tesis según la cual existen normas constitucionales que —a pesar de no aparecer de manera expresa o taxativa en la Carta Política— hacen parte integral de la misma o se articulan a esta (Uprimny, 2006). Lo anterior tiene especial relevancia debido a que a partir del desarrollo del bloque de constitucionalidad se fortalece, como garantía fundamental, el derecho a acceder de forma libre e igual a la administración de justicia en condiciones de igualdad, lo que implica que opera tanto para los adultos como para los niños y adolescentes, en especial cuando tal acción se emprende para buscar la tutela de derechos fundamentales legal o constitucionalmente adquiridos, con plena observancia de los procedimientos previstos y las garantías establecidas (Sent. C-426/2002, CConst., con. 6.1.).

Además, conviene señalar que la referida corporación ha sido reiterativa al manifestar que este derecho tiene la doble finalidad de propugnar por la integridad del orden jurídico y proteger o restablecer derechos e intereses legítimos, con absoluta observancia de las garantías sustanciales y procesales previstas con antelación en la ley (Sent. T-283/2013, con. 2.4.2, CConst.). Con ello, se puede afirmar que el efecto de las previsiones legales constituidas por esta vía pretende atender a la garantía de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, también del niño o adolescente, al tiempo que propende por incluir y exaltar sus derechos como se evidencia a continuación.

En efecto, el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño (1989) suscrita por Colombia (Ley 12/1991), además de referirse al principio *pro infans*, alude a «[...] la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento» para los niños (1989); igualmente, en los artículos 19 y 34 especifica la obligación expresa de prestar protección legal a los derechos

de los niños y adolescentes en lo referente al abuso sexual. Empero, cabe resaltar que el país se ha enfrentado a un cambio importante relacionado con la constitucionalización del derecho, por lo cual la carta superior incorpora una serie de principios, valores y preceptos que inciden en la dogmática jurídico penal que le constriñe a estar alineada con los principios y fines constitucionalmente admitidos, en especial en lo atinente a los derechos fundamentales y a las garantías procesales del justiciable.

De allí que el escenario penal actual tenga como eje el principio de necesidad que se puede resumir en la idea de que el derecho penal debe operar como *ultima ratio* y con el mínimo de intervención, buscando una exigua afectación a los derechos de las partes, con lo cual se limita notoriamente la acción sancionatoria criminal (Sent. C-387/2014, VI, 3, CConst.; Sent. C-091/2017, CConst., con. 13; Sent. C-365/2012, CConst., con. 3.3.1.), lo que redundaría en la necesidad de buscar alternativas para la conservación del orden legal y preservación de los derechos, en especial, de las víctimas. Y, como dice el máximo teórico del garantismo penal, este axioma se denomina también de economía de las prohibiciones penales, porque se traduce no solo en la pena mínima necesaria sino también en la máxima economía en la configuración de los delitos (Ferrajoli, 1995, p. 465).

En ese contexto, entonces, las Leyes 906 de 2004 y 599 de 2000, que nacieron como respuesta a la necesidad alinear el derecho penal con el escenario al que se ha referido, traen consigo un cambio que se convierte en elemento fundante del mismo: El tránsito de una justicia penal sancionatoria que busca la acusación y el castigo de los actos contrarios a la ley a una negociada, mediante la cual se privilegian mecanismos alternativos que permiten –como ha dicho la doctrina foránea– reivindicar los derechos con mayor celeridad y eficiencia para conseguir un acercamiento a la justicia (Galain, 2005, p. 164). En palabras de Del Moral (2008), el desarrollo de un sistema basado en la justicia penal negociada no obedece como tal al interés de fortalecer las garantías procesales que se relacionan con un modelo de derecho penal garantista, sino que se enfoca en una serie de objetivos más prácticos buscando enfrentar los problemas producidos en la práctica judicial.

De esta manera, lo que se busca es descongestionar a la administración de la justicia a través de un enfoque eficientista que aspira a reducir, como lo señala González (2012), los indicadores estadísticos asociados a la reducción de procesos y al aumento de las condenas. Por supuesto esta problemática genera una profunda transformación en el objetivo del proceso penal, pues ya no es como tal la búsqueda de la justicia basada en el cuidado, respeto y afirmación de las garantías del infractor, sino más bien la indagación continua de eficiencia mediante un único objetivo: La obtención de la verdad y su castigo (Restrepo, 2007). Por ello, se ha dicho:

Esta solución que se ofrece a la problemática de la administración de justicia repercute de manera negativa en la vigencia de las garantías de los procesados, cuyos derechos procesales son vistos como obstáculos por superar en aras de la consecución de una justicia pronta y eficaz, llegándose incluso al punto de acuñarse el término de hipergarantismo para significar un supuesto exceso de garantías procesales nocivo para los fines pragmáticos perseguidos (Castaño, 2013, p. 167).

Desde luego, el asunto presenta matices más complejos si se tiene en cuenta la realidad del país en el cual la criminalidad es creciente mientras que la capacidad operativa del sistema judicial y sancionatorio, parece insuficiente para atender eficazmente las necesidades que demanda la realidad; por ende, la justicia premial entendida como una rebaja de penas condicionada (Sent. C-108/2017, CConst., con. 3.2.) aparece como una manera no de generar un desconocimiento de la relación causal del derecho en cuya virtud la gravedad del actuar criminal deba verse reflejado en la pena imponible sino, más bien, como una forma de solventar los retos que presenta la realidad.

En vista de ello, el tema que motiva este análisis se enmarca en un escenario en el cual aparecen en pugna no solo dos derechos fundamentales, sino una serie de principios que problematizan el análisis de los casos concretos en razón de la nueva realidad jurídico penal premial, cuya base de aplicación es la comprensión «de que, a mayor colaboración y mayor economía procesal, más significativa ha de ser la respuesta premial» (Sent. 11/7/2012, Rad.: 38285, CSJ, p. 23). Así las cosas, la flexibilización de la pena se establece como un mecanismo eficiente y necesario teniendo en cuenta

la congestión judicial que se relaciona con la enorme cantidad de procesos y su larga duración, donde ha «prevalecido el fin de la verdad material sobre la eficacia y la eficiencia» (Castaño, 2013, p. 175).

En este sentido se puede decir que figuras propias de la justicia premial penal como las negociaciones y las aceptaciones de cargos –aquí llamadas preacuerdos y allanamientos– obedecen, en todo caso, a los principios de racionalidad y proporcionalidad y a la necesidad de encontrar pronta resolución a los conflictos, por lo cual se entiende que se puede flexibilizar la pena, es decir, hacer menos gravoso el castigo para quien lleva a cabo un acto delictual si con ello se consigue un acercamiento más eficaz a la administración de justicia.

Los fines de las figuras acabadas de mencionar aparecen plasmados en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal y son entendidos, dentro del marco propio de la política criminal, como la posibilidad de humanizar la actuación procesal, lograr la participación del imputado y definir el proceso, tópicos con los cuales se concibe que el objeto de la acción penal se entiende cumplido. Sin embargo, pese a que esas figuras tienen un núcleo común y persiguen fines similares, ellas no son iguales porque si bien desembocan en una terminación anticipada del proceso, en el allanamiento (aceptación de cargos) es el imputado quien admite de manera voluntaria su responsabilidad, con plena autonomía y de manera libre y en el momento procesal preciso, sin necesidad de que exista consenso entre su decisión y las posibles propuestas de la fiscalía (Sent. 08/04/2008, Rad.: 25306, CSJ, p. 32; Sent. 08/07/2009, Rad.: 31063, CSJ).

Consecuentemente, cuando el imputado se allana a cargos corresponde únicamente al juez emitir su aceptación y evaluar la reducción de pena que corresponda como medida premial dentro del rango de movilidad en materia de penalización del acto criminal, es decir, aplica la dosimetría penal según lo previsto en la ley para el delito imputado con la correspondiente reducción de penas conforme al momento procesal en el cual se presenta el allanamiento (Sent. 08/04/2008, Rad.: 25306, CSJ, p. 33; Sent. 08/07/2009, Rad.: 31063,

CSJ). Ahora bien, en tratándose de los preacuerdos o negociaciones ellos se tienen que referir a una relación consensuada entre fiscal e imputado y es el primero quien propone cuál es el estímulo a otorgar por la colaboración prestada por el segundo (Sent. 08/04/2008, Rad.: 25306, CSJ; Sent. 08/07/2009, Rad.: 31063, CSJ); así las cosas, la variación en este segundo evento no se presenta en relación con las rebajas de la penalidad como en el caso anterior sino en materia de imputación, es decir, el fiscal define la tipicidad objetiva o subjetiva para que el *quantum* de la pena sea reducido ello, claro está, dentro de las potestades que le otorga la ley al fiscal (Sent. 08/04/2008, Rad.: 25306, CSJ; Sent. 08/07/2009, Rad.: 31063, CSJ).

Sin embargo, como bien lo expresa la doctrina, el derecho premial no puede establecerse como la solución a la ineficiencia de la administración de la justicia puesto que en este sentido la crisis en lugar de aminarse se agudizaría (Castaño, 2013, p. 167); es más, no se puede olvidar que, como añade Aponte (1999), la eficacia de la justicia penal en el país se ha medido con la proliferación de condenas en lugar de la justicia y el respeto de las garantías básicas (pp. 11-12). Esto quiere decir, entonces, que centrar el desarrollo del proceso penal en el más puro eficientismo no representa otra cosa más que una manifestación de la misma crisis de legitimidad del sistema penal, la cual, como lo recuerda Urbano (2006), proviene no solo de la formalidad legal sino del sistema de valores, principios, derechos y deberes consagrados la Carta Política (p. 113). Sin embargo, con independencia de ello, Ruiz (2012) expresa que esta situación va más allá de una mayor deficiencia en el sistema penal porque ello afecta la estructura misma del Estado de derecho liberal (p. 158).

No obstante, hablar de justicia premial en casos de violencia sexual cuando la víctima es un adolescente o un niño presenta múltiples retos sobre todo cuando se toma en cuenta que, además de la especial protección sobre la que se habló líneas atrás, la propia Ley 1098 de 2006 instituyó numerosas figuras que limitan la aplicación de la justicia premial penal en esos casos, con el pretexto de maximizar esa protección en relación con sujetos a quienes se debe asegurar la prevalencia de sus derechos, todo ello de cara a hacer efectivo

el compromiso estatal de reforzar la protección de estos derechos y articular las normas con los principios constitucionales y los tratados internacionales.

Esa es la razón por la cual Rojas (2016) dice que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 es una norma controvertida y polémica, amén de «una muestra de populismo punitivo y de la expansión del derecho penal, en la medida en que imposibilita la aplicación de una justicia premial propia de un sistema penal de tendencia acusatoria» (p. 2); se plantea, por tanto, que este texto legal demuestra la irracionalidad del legislador en atención a que se afecta en gran medida no solo el acceso a la justicia por parte de los niños y adolescentes víctimas sino que, también, se afectan las demandas de seguridad y satisfacción por parte de la sociedad. Esa disposición, en su numeral 7.º –recuérdese– dispone que no proceden «[...] las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004» cuando se tratare de delitos sexuales contra niños y adolescentes.

Con lo anterior, pues, se hace evidente que en esos casos no es posible hablar de allanamientos o preacuerdos por lo cual si el asunto se redujera a un tema netamente de aplicación de derecho positivo se zanjaría la discusión de un plumazo; sin embargo, son diversos los principios que entran en pugna y dejan abiertos muchos aspectos por analizar como se muestra a lo largo del texto. En particular, se quiere resaltar que este tipo de incoherencias del sistema penal van de la mano de lo que se conoce como la expansión del derecho penal, esto es,

Una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la creación de nuevos tipos penales, así como a la agravación de los ya existentes, (...) flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía (...), que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal (Silva, 2006, p. 5).

El caso en concreto del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 respondería a un proceso en el cual las tensiones sociales impulsan a realizar acciones arbitrarias en contra del derecho (Rojas, 2016). En efecto, esa disposición

surge en el contexto de una serie de situaciones graves en las cuales se generaban, de manera continua, violaciones a los derechos de los niños y adolescentes observándose –además– que los agresores no eran sancionados con las penas que la comunidad reclamaba. Sin embargo, en cumplimiento de los objetivos sociales propios de la justicia penal, resulta fundamental que los jueces mantengan una distancia de las tensiones sociales con la finalidad de evitar aplicaciones arbitrarias del derecho.

La colisión de derechos fundamentales y las restricciones para los autores de delitos sexuales contra niños y adolescentes.

Como se mencionó en el apartado anterior, el tema objeto de estudio se problematiza en primera instancia por el tipo de derechos y principios que colisionan al hablar de justicia premial en el contexto en el que se ha presentado; con ello, se debe entender entonces que si bien la función de la Constitución es –también o incluso esencialmente– la de modelar las relaciones sociales entre los ciudadanos, «[...] las reglas constitucionales deben ser aplicadas directamente por cualquier juez en cualquier controversia (lo que en la dogmática alemana se denomina “Drittwirkung”）」 (Guastini, 2015a, p. 37). O *Drittwirkung der Grundrechte* (doctrina del efecto de terceros en materia de derechos fundamentales) en cuya virtud la constitución implica obligaciones legales de derecho privado sobre los particulares en las relaciones que se establecen entre ellos, por lo cual –en caso de vulneración de esos derechos fundamentales recogidos en la constitución–, el particular puede accionar en contra de otro particular o contra la misma Administración por la violación de esos derechos.

En ese marco, pues, se deben evaluar las dificultades a las que se hizo alusión en el acápite anterior del trabajo respecto a la capacidad legal y constitucional de sopesar los derechos que se proponen en pugna en razón del problema de investigación: Los resultantes del derecho premial penal y los de las niños y adolescentes víctimas de violencia sexual. A su vez y pese a estas dificultades que se evidencian en la manera como se debe –a falta de una

mejor expresión— impartir justicia, se observan otras mucho más profundas que calan en el sustrato de lo que es el derecho. Por ejemplo, aquella según la cual el derecho —tal como lo señala Guastini (2015a)— es doblemente indeterminado a causa de que tanto el sistema jurídico en sí mismo como cada uno de sus componentes, cada norma, carecen de determinación (p. 15). De allí que el análisis constitucional en casos como el que se presenta tenga tantos asuntos por esclarecer y elucidar.

Esta problemática es todavía más evidente cuando, como en Colombia, se ha desarrollado la aplicación de un sistema mixto en virtud del cual se genera la combinación de un control concentrando en cabeza de la Corte Constitucional, además de uno difuso de constitucionalidad por medio del cual cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica, siempre y cuando considere que dicha ley pueda resultar contraria a la Constitución (Brewer-Carías, 1995, p. 6). Esto último, justo es decirlo, es lo que sucede en el caso particular del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; con razón, pues se afirma:

Esto puede generar que se presenten casos en los que un juez declare la excepción de inconstitucionalidad de una norma que considere contraria a la Carta Política, y posteriormente la Corte Constitucional lo contradiga al manifestar que la disposición sí se ajusta al ordenamiento superior (Rojas, 2016, p. 4).

En Colombia todas las autoridades de cualquier orden, sea nacional, regional o local, se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y de la ley; así las cosas, ante cualquier incompatibilidad que exista entre cualquier norma y la Carta Política siempre, las autoridades jurisdiccionales e incluso las administrativas, tienen que aplicar preferiblemente las disposiciones constitucionales en virtud de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad o control de constitucionalidad por vía de excepción, consagrada en el artículo 4º del Estatuto Superior:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar

la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 4.º).

Sin embargo, debe advertirse, la inaplicación de tal disposición jurídica solo puede efectuarse dentro de un contexto en particular, es decir, para el caso concreto. Por tanto, por ser el sistema de control de constitucionalidad nacional de carácter mixto, esto es, que combina un control concentrado ejercido por la Corte Constitucional y otro de carácter difuso efectuado por cualquier autoridad, ello la faculta para dejar de aplicar aquellas disposiciones que sean contrarias a la Constitución. A este respecto, es importante aclarar cuáles son las diferencias entre el control concreto y el control difuso: De un lado, el concreto permite analizar la constitucionalidad de las normas que se deben aplicar en el desarrollo de distintos casos, de tal manera que los jueces pueden negarse a aplicarlas si encuentran que por algún motivo dichas normas resultan ser inconstitucionales. Por otro lado, en el control difuso se faculta a los jueces para que definan la inconstitucionalidad de las normas, desligándose de los casos concretos; bien se ha dicho:

La diferencia entre uno y otro tipo de control constitucional es, según lo dicho, que en el control concreto se define si en determinado caso se está desconociendo una norma constitucional, mientras que en el abstracto se realiza una constatación de compatibilidad lógica entre una norma infra-constitucional y una norma constitucional (Pulido, 2011, p. 69).

Ello es producto de que, en atención a la finalidad que persigue el derecho, para resolver los casos de la vida real es necesario arribar a una resolución para lo cual la potestad decisoria está en cabeza del juez a quien le es exigible una correcta interpretación o una construcción jurídica munida de las herramientas para reducir los límites de ambigüedad en las normas (Guastini, 2015a, p. 20), lo cual no impide que queden dudas sobre la capacidad de inmediación y de discrecionalidad que se debe otorgar a cada servidor judicial, sobre todo en cuestiones constitucionalmente definidas. De hecho, pese a que hablar de la obligación del juez de interpretar las normas y los elementos fácticos –bien mediante interpretación ora por intermedio de las construcciones jurídicas– parece una simple obviedad, ello trae de suyo

una enorme dificultad que supera la escueta diferencia conceptual entre la interpretación y la construcción jurídica, porque si se hace una interpretación el juez se ve compelido a fallar en concordancia con el contenido normativo, lo que para casos complejos como el objeto de estudio dejaría por fuera múltiples variables y posibles detrimentos de derechos.

Sin embargo, si se hace una construcción jurídica el juez debe hacer un trabajo de análisis mucho más profundo adecuando las herramientas a su alcance con el fin único de concluir razonablemente, más allá de lo admitido en el ámbito legal, pero sin exceder las potestades a él atribuidas en un sentido determinado con lo cual variarán los efectos (Schünemann, 2007, pp. 191 y ss.). Igualmente, para el servidor judicial también constituye una obligación la de razonar sus decisiones, es decir, demostrar lógicamente desde el derecho por qué se concluye con tal providencia (Guastini, 2015a, p. 25). Entonces, a él le corresponde enlazar el supuesto fáctico con la norma y determinar de todas las opciones posibles cuál es la adecuación más apropiada, y la resolución más precisa de todas cuantas puedan existir para que el efecto jurídico del accionar ordenado sea el esperado.

Ahora bien, al acercarse al tema objeto de investigación se tiene que hablar de la construcción jurídica como mecanismo para dotar de claridad la problemática propuesta porque, evidentemente, con una interpretación en sentido estricto no basta, pues en el caso concreto la ambigüedad interpretativa no es el resultado de la manera como se plantean las normas, dado que el significado atribuible a estas es claro por lo cual no existe la necesidad ni de crear un significado adecuado a la realidad (interpretación en abstracto) ni elegir el más aproximado al caso definido (interpretación en concreto) (Guastini, 2015a, p. 25). La dificultad en la interpretación desde la perspectiva constitucional de las disposiciones contenidas en la Ley 1098 de 2006, respecto de la prohibición de conceder o disminuir beneficios en los allanamientos a cargos o en los preacuerdos en casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, es más el resultado de la igualdad que existen entre las categorías en pugna: Todos derechos fundamentales y todos principios de arraigo constitucional (Rojas, 2016).

En el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 se presenta un caso en el cual si el juez aplica la excepción de inconstitucionalidad de la norma, ella –al ser estudiada por la Corte Constitucional– puede resultar ajustada a la Constitución contrario a lo manifestado por dicho juez; al respecto, recuérdese que ese organismo se ha inhibido de pronunciarse sobre demandas que cobijaban el N.º 7 del art. 199: Sents. C-738/2008 y C-055/2010, CConst.). El problema, como lo explica Rojas (2016), es que en el desarrollo de los estudios desarrollados por la Corte se han presentado falencias en el examen de constitucionalidad del artículo 199, porque no se consideraron las bases orientadoras del desarrollo adecuado de un proceso penal y que deben ser sus bases fundamentales. En este sentido, como lo plantean Guzmán y Jiménez (2011), es claro que si bien el legislador cuenta con una serie de conocimientos, potestades y experiencia que le permiten orientar y diseñar la política criminal del Estado, también es lo cierto que su poder no es limitado dado que prima la protección de los derechos fundamentales tanto de los acusados como de las víctimas que intervienen en el proceso, lo cual se establece como el requisito más básico para generar la eficiencia en la justicia.

Así las cosas, frente a lo expuesto se debe advertir que las reglas –en este caso toman forma de derechos fundamentales– generan una relación causal entre una acción y su consecuencia jurídica, constituyéndose en un *antecedente cerrado* porque aclaran en qué eventos se está ante un determinado caso de derecho (Guastini, 2015b, pp. 2028-2032). De esta forma lo hace la normatividad en cita al advertir que, si los actos sexuales viciados o violentos vulneran los derechos de un niño o adolescente, la consecuencia jurídica admisible es una muestra mayor de repudio al actuar por medio de la negativa de conceder las prebendas contenidas en la ley penal adjetiva para este tipo de actos delictivos, en otros escenarios.

Como es obvio, esta regla que genera un antecedente cerrado se opone a aquella que garantiza a quienes hagan uso de la aceptación de cargos unilateral o consensuada, el acceso a una serie de beneficios que harían menos gravosa su pena por el hecho de cumplir unas condiciones, mismas que si se aceptan en procesos donde las víctimas son niños y adolescentes

no surtirían efecto alguno en relación con las garantías de los imputados o procesados. Por su parte, el concepto de principio no se entiende como fundamental por el arraigo constitucional del que goce o no, sino porque tal caracterización es inmanente a su naturaleza, pues son normas fundantes y no fundadas que no se sustentan en otras y se convierten en elemento axiológico de distintas normas (Guastini, 2015b, p. 2030); para decirlo en palabras de la jurisprudencia constitucional: «Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Éstas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad concreta o eficacia» (Sent. C-1287/2001, CConst., con. 1.1.2.).

Asimismo, también es propia de su naturaleza la indeterminación pues se relacionan con los valores, caracterización o postura política que se debe reflejar en un ramo particular del derecho y la justicia, para adecuarse a los fines del Estado por lo cual se equipara a un *antecedente abierto*, porque no se explicita en qué casos opera (Guastini, 2015b, p. 2036). En este último tipo normativo se encuentran tanto el principio de igualdad en el acceso a la justicia, que se entienden como elementos procesales necesarios para la garantía de derechos sustanciales de los intervinientes en los procesos judiciales, como el principio *pro infans* que eleva los derechos de los niños y adolescentes a una categoría superior a la de otros sujetos que no gozan de especial protección.

También se debe tener en cuenta que los principios admiten excepciones de aplicación por lo que requieren un sustento adicional, pues no se pueden aplicar por sí mismos como única medida de juzgamiento lo que no ocurre con las reglas que plantean sus propias excepciones; ello lleva a la tercera diferencia entre reglas y principios. Así, las reglas gozan de una precisión tal que no requieren para su concreción de otros elementos de juicio, mientras que los principios son genéricos, se concretan en la medida en que se puedan ajustar no solo a los elementos fácticos sino a los demás elementos de juzgamiento (Guastini, 2015b, p. 2034).

Por consiguiente, se puede afirmar con sustento en lo expuesto que los principios son el resultado de la interpretación y de la valoración que el

servidor judicial les brinda ubicándolos a un ámbito marginal, es decir, como una coadyuvancia para dirigir el razonamiento dentro de los principios y fines que, en este caso, requiere el Estado social y democrático de Derecho y con él la política criminal en la administración de justicia. Sin embargo, los principios que se fijan en la Constitución del país como derrotero para la toma de decisiones judiciales tienen una especial relevancia que, si bien no los releva de su carácter auxiliar, sí les eleva a tal punto que constantemente son estos los que terminan por disipar las diferencias en casos de ponderación.

Asimismo, en el asunto bajo estudio se debe tener en cuenta que además de los principios en pugna también existe una colisión entre reglas porque, precisamente, la ley procesal penal se encargó de cristalizar en sus normas los principios de celeridad, igualdad, eficiente administración de justicia, derecho penal mínimo, entre otros, si bien no de manera expresa y taxativa sí por medio de la promulgación de normas que se sustentan casi que integralmente en los ya referidos principios.

Las construcciones jurídicas como posible acercamiento interpretativo al problema desde la perspectiva constitucional

Apuntes generales.

Así las cosas, una vez expuesto el marco conceptual correspondiente, se deben retomar algunos elementos señalados con el fin de encauzar la discusión, pues podría resultar irrefutable afirmar que si lo buscado –tanto con la expedición de la Ley 906 de 2004 como con la puesta en vigencia de la Ley 1098 de 2006– era su articulación con los fines y presupuestos constitucionales, entonces no habría cabida para hablar de una posible inconstitucionalidad en su estructura máxime cuando el artículo 199 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia ya superó –solo en parte, porque el N.º 7 no ha sido objeto de pronunciamiento de fondo– el estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y, en varios escenarios, incluso ha sido objeto de un control difuso de constitucionalidad.

También, si se entiende la precitada norma como la manifestación de una excepción reglada con sustento constitucional –por tanto, axiológico–, la discusión sobre la constitucionalidad de sus disposiciones no tendría lugar; pero si se hace un análisis en similar sentido en relación con las normas que conforman la justicia premial en cuanto a la rebaja de penas por aceptación de cargos, el escenario ante el que se encuentra el análisis es muy diferente. Ello debido a que en el campo de la interpretación normativa como se ha previsto, hay otros aspectos que van más allá de un simple análisis textual en virtud del cual la dimensión premial (entiéndase la reducción de penas) en el caso de los delitos sexuales que afecten a niños y adolescentes son incompatibles con el acceso a la justicia de estos como sujetos de especial protección, por ende, se trataría de disposiciones inconstitucionales. Sin embargo, para hacer este tipo de análisis es necesario profundizar y, con ello, interpretar los textos.

Para profundizar este examen es preciso entender las apreciaciones de Castaño (2013), para quien la existencia de una justicia penal premial se justifica en el entendido de que no existe ningún sistema penal en el mundo que tenga la capacidad para abarcar todas las violaciones a la ley penal ni tampoco todos los recursos necesarios para llevar a juicio a todas las personas investigadas, razón por la cual la negociación se establece como un mecanismo ideal en la solución rápida de los conflictos. Esta visión enlaza con las palabras de Chiesa (1992) cuando califica las negociaciones como «un mal necesario» (p. 425), entendiéndose con ello que sería un mal mayor su completa prescindencia; sin embargo, de acuerdo con Bovino (2001, pp. 53 y ss.), al promover el desarrollo de una justicia premial basada en la negociación el juicio deja de ser el elemento central en el proceso penal y se convierte, principalmente, en un instrumento de tipo simbólico.

Ahora bien, como lo explica Guastini (2015a) hablar de interpretación en el ámbito jurídico es un trabajo que requiere atención a diversos aspectos: Primero, es indispensable entender que en el ámbito de la interpretación jurídica existen dos líneas que deben coexistir para lograr la significación y comprensión de la norma, porque si bien estos ejercicios en la cotidianeidad se hacen de manera mancomunada y casi imperceptible en el ámbito

jurídico, es preciso dividir tales actividades. La línea inicial corresponde a la interpretación cognitiva, que se encarga de identificar en un texto normativo los diversos posibles significados (partiendo de las reglas de la lengua, técnicas interpretativas en uso, las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina, etc.) sin escoger ninguno (Guastini, 2015a, p. 17).

Y la otra es la llamada «interpretación decisoria [que] consiste en escoger un significado determinado, que se pretende “correcto”, descartando los restantes» (Guastini, 2015a, p. 17) de lo cual se colige que no basta para realizar un análisis entender qué pretende la norma sino, además, determinar cuál es la decisión interpretativa correcta incluso si para ello se debe dotar de nuevos significados a dicha norma (Guastini, 2015a, p. 19). Dicho en otras palabras: Elegir una postura que se sustente en la completa interpretación. Ahora bien, estas interpretaciones se pueden realizar en abstracto sobre el texto normativo o en concreto cuando se analizan los hechos y ellos se enlazan con las normas aplicables por medio de procesos de subsunción individuales o generales (Guastini, 2015a, p. 16); no obstante, el alcance de la interpretación parece ser bastante limitado para los casos que presentan mayores dificultades, por ejemplo, el estudiado con ocasión del debate que propicia este artículo.

Por lo tanto, el análisis de constitucionalidad de las prohibiciones objeto de estudio deben enmarcarse en el ámbito de las construcciones jurídicas debido a que estas, mediante algunas operaciones inferenciales, permiten «crear» axiomas y jerarquías útiles para dilucidar un tema de estudio concreto, además de presentar utilidad para resolver conflictos entre principios. Lo anterior no significa, como lo manifiesta Guastini (2015a), que el derecho constitucional tenga una especificidad interpretativa, pues el acercamiento a los textos constitucionales se debe hacer aplicando los mismos métodos, con excepción de la interpretación *adecuadora* dado que, al ser la norma superior, esta no debe subsumirse en una de carácter dominante (p. 2027). Lo cierto es que en el ámbito constitucional existen técnicas características, tanto a nivel de interpretación y concretización de principios como de construcción jurídica y su ponderación (p. 2028).

Así las cosas, las técnicas a las que se acude en principio para hacer un análisis constitucional pasan por las mismas etapas que las demás normas: 1. Comprender la norma de acuerdo con el alcance de su significado textual; 2. identificar la intencionalidad de la autoridad normativa con la finalidad principal de descartar posibles interpretaciones erradas; 3. ubicar el fin de la ley –teleología–: Cuál es resultado fáctico que se pretende hacer valer; 4. las construcciones sociales; 5. determinar el sistema de derecho –elegir una decisión que no genere antinomias– una desarmonización del régimen legal y político–; 6. hacer uso de la razonabilidad; y, 7. entender si el resultado que producirá la aplicación de la norma es razonable en el contexto específico (Guastini, 2015a, pp. 26-29).

En teoría, la mayoría de las normas deberán ser suficientemente claras como para evitar superar este estadio del análisis, pero lo cierto es que en casos regidos por principios o donde la cuestión jurídica se resuelve más a partir de lo fáctico por la necesidad de contemplar diversas cuestiones a profundidad, ello se dificulta. De suerte que, una vez realizado el análisis enunciado, si aún existen dificultades interpretativas se deberán realizar inferencias lógicas bajo criterios jurídicos bien definidos. Estas operaciones inferenciales, señala Guastini (2015a), pueden clasificarse en cuatro categorías básicas: En primer lugar, *la construcción de lagunas normativas y axiológicas* que se dan ante la falta de existencia de una norma explícitamente llamada a regular un asunto concreto, o cuando la regulación parece inadecuada para el decisor, es decir, los vacíos legislativos no son reales sino resultado de la manera como se interpretó la ley o la norma (pp. 31-32).

En segundo lugar, se puede referir a *la construcción de jerarquías axiológicas* como una manera inferencial de resolver conflictos entre principios por medio de la creación de normas implícitas y jerarquías, ya no normativas sino valorativas en cabeza del intérprete (p. 33). Así mismo, en tercer lugar, aparece *la construcción de excepciones implícitas* que sirve para crear una suerte de vacíos axiológicos mediante la elaboración de singularidades que el intérprete de la norma contempla como implícitas por cuenta de un análisis lógico; y, por último, en cuarto lugar, la construcción de normas implícitas

cuya utilidad es resolver lagunas axiológicas y normativas –así como para concretar principios– (p. 35).

De esta forma, lo expuesto en relación con las construcciones jurídicas como métodos interpretativos más amplios tiene todo que ver con la ponderación, que no es otra cosa distinta que lograr en un caso concreto y mediante un ejercicio de comparación, la escogencia de un determinado valor en un contexto de jerarquización axiológica que permita de modo consecuente la interpretación decisoria.

Una construcción jurídica para el caso concreto.

Dicho lo anterior, debe decirse que del contraste entre el contenido del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia y las restricciones a las que refiere su numeral 7.º, surge un asunto que supera el análisis legislativo ordinario porque tal como se ha expuesto los dos textos en pugna pese a no tener arraigo en la carta fundamental, sí se sustentan en principios constitucionales; de allí que, en principio, se pueda hablar de un análisis de constitucionalidad. En consecuencia, el conflicto que nace de las restricciones a los derechos fundamentales resultante de la aplicación o inaplicación de ciertos principios, dependiendo de la perspectiva desde la cual se observe, no puede ser resuelto utilizando los criterios básicos enumerados en el apartado anterior. Ello, máxime cuando el criterio de la ley superior no es aplicable, dado que como los principios en pugna tienen la misma jerarquía legal se torna imperante realizar un ejercicio de ponderación y análisis más profundo. Para ello se tendrán en cuenta: Los derechos fundamentales, los sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico, el principio *pro infans*, la necesidad de la pena, la política criminal, y la victimización del niño o adolescente, por ser los elementos que dificultan la interpretación normativa.

Los derechos fundamentales.

Ellos se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana concretándose en forma de derechos subjetivos, además encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su carácter de fundamental; por lo tanto, se deduce que tiene un contenido prestacional con la correspondiente obligación estatal de garantizarlos (Sent. T-428/2012, CConst, con. 1.5.1.). Con la Constitución Política de 1991 se instauró en Colombia el Estado social y democrático de Derecho, que tiene por compromiso fundamental garantizar los derechos esenciales de los ciudadanos con fundamento en la dignidad humana (art. 1º C.P.). En primera instancia, los derechos que se encuentran expresamente enunciados en el Título II, Capítulo 1 de la Carta son de carácter fundamental, porque están considerados como inherentes a la calidad de persona.

En este sentido, el concepto de derecho fundamental resulta ser uno de los pilares del Estado social y democrático de Derecho por cuanto presenta una dimensión objetiva, es decir, porque trasciende del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado, que adquiere su sentido en tanto mecanismo que se encamina a la realización de los derechos (Morillas, 2013). De esta manera, señala la Corte Constitucional en la sentencia aludida que un derecho adquiere la calidad de fundamental cuando reúne varios requisitos esenciales, a saber: 1) conexión directa con los principios constitucionales, 2) eficacia directa y, 3) contenido esencial. Por lo tanto, es lógico entender que

[...] el Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance (Sent. T-571/1992, CConst, p. 10).

Por eso, se entiende que ninguna norma o institución del sistema puede ir en contravía de los postulados expuestos en tales principios los cuales

—a su vez— son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. Igualmente, toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe fundamentarse en estos principios de modo que los derechos fundamentales son, al igual que todas las normas de rango constitucional, producto de los valores y principios constitucionales pero su vinculación con estos llega a ser más directa, más inmediata y más evidente. Para que un derecho constitucional pueda ser declarado como fundamental, requiere tener una aplicación directa en el texto de la carta política sin que sea necesaria una intermediación normativa. Debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir de la Constitución, por lo que un derecho cuya eficacia esté condicionada por las decisiones políticas eventuales no puede considerarse fundamental (Morillas, 2013). Finalmente, el contenido esencial del derecho hace alusión a que debe existir un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, independientemente de las modalidades que asuma o de las formas en que se manifieste; es el núcleo básico del derecho fundamental no susceptible de interpretación u opinión sometida a la dinámica de ideas o coyunturas políticas (Silva, 2006).

Así las cosas, cuando se trata de los derechos humanos es el Estado el llamado a garantizarlos y, añádase, su protección está limitada por factores externos como son las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 1993, p. 91) y, por extensión, las económicas (Arango *et al.*, 2002, p. 12). Por eso, a partir del modelo dogmático del primer teórico se puede afirmar que estos derechos actúan como criterios orientadores de todo el sistema jurídico al que ellos pertenezcan debido no solo a que estos, al gozar de un estatus especial conferido por expreso mandato de la constitución política deben ser vistos así, sino también por el carácter de textura abierta que ostentan las normas de principios, y en últimas, los derechos fundamentales en sí mismos. De esa manera, los derechos fundamentales no pueden ser limitados en su propia interpretación, pues deben adecuarse a las necesidades que tienen sus destinatarios principales, es decir, los ciudadanos (Bechara, 2011, p. 76).

Así entendidos, los derechos fundamentales están configurados como una forma superior de reclamación moral que se extiende a todos los poderes del Estado; ellos son la perfecta conciliación existente entre las posturas universales de un derecho superior a los hombres y aquel que los mismos hombres producen, pero que están recogidos en una norma de carácter fundamental denominada Constitución. Además, se puede deducir a partir de allí y sin necesidad de polemizar que los derechos de los niños, en especial los concernientes con su desarrollo integral, son fundamentales, pues son inherentes a su condición humana, su formación y su dignidad. En el mismo sentido, los derechos a un juicio justo, proporcional y ajustado a las necesidades sociales, también lo son junto con la indemnidad de las garantías procesales –derecho a la igualdad, proporcionalidad–, etc. en los juicios.

Ahora bien, en tratándose de los niños y adolescentes que como víctimas reclaman en un proceso de este talante, se entiende por derechos *específicos* aquellos que ya no son de todos, sino que «exigen un trato desigual para conseguir la igualdad y la equiparación con las personas que gozan de plenitud de derechos, de aquellos colectivos que se encuentran en la vida social en inferioridad de condiciones (Peces-Barba, 2009, p. 91). De hecho, estos derechos son

[...] para minorías desfavorecidas y necesitadas de protección, pero, a diferencia de los privilegios medievales –otorgados a algún lugar o algún home para hacerle bien e merced–, no pretenden mantener las diferencias sino superarlas. Por eso, ante la desigualdad en el punto de partida, pretenden la igualación en el punto de llegada (Peces-Barba, 2009, pp. 91-92).

Así las cosas, conviene advertir en este punto que en uno y en otro caso los derechos implícitos en pugna, aunque fundamentales, ciertamente tienen diferencias sustanciales y se encuentran apoyados por principios fundantes que –si bien tienen el mismo sustrato– varían en atención a la calidad del sujeto titular de los mismos.

Los sujetos de especial protección en el ordenamiento.

Como se ha dicho en el apartado anterior, existen grupos de individuos al interior de la sociedad que tienen un carácter de debilidad inherente a su condición y –por lo tanto– sus derechos requieren de un blindaje mayor para obtener la igualdad legal. En consecuencia, se emplean en el campo axiológico del derecho múltiples acciones político-legales para equiparar estos derechos, entre las cuales aparece la figura de los sujetos de especial protección que, para el caso del derecho positivo, aparece como un medio de reforzar derechos para grupos determinados de la sociedad.

De hecho, la Corte Constitucional habla no solo de la protección reforzada sino de la obligación sancionadora que deviene de la convención implícita de cara a los derechos de los sujetos de especial protección, por lo cual los adolescentes y los niños al igual que otros individuos en situación de debilidad manifiesta se engloban en esta categoría. Asimismo, se debe tener en cuenta que la pertenencia a estas poblaciones tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, pues su condición de debilidad manifiesta obliga a un tratamiento preferente sobre todo en lo relativo al acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos (Sent. T-736/2013, CConst., p. 20).

De esta manera, el acceso preferente a mecanismos judiciales y su priorización en la evaluación del perjuicio encuentra fundamento en la obligación del Estado de pasar de la igualdad legal a la igualdad material, razón por la cual se entiende que este precepto es un elemento esencial del análisis del caso propuesto.

El principio pro infans.

Más allá de la calificación de los niños y adolescentes como sujetos de especial protección, como ya se ha dicho, la defensa de sus derechos tiene connotaciones incluso supraleales, por lo cual no es extraño que exista un principio que precisamente sirva al funcionario judicial para procurar la

igualdad material en los casos en los cuales ellos son víctimas. De acuerdo con dichas apreciaciones, el principio *pro infans* permite entender que los niños y adolescentes son sujetos que deben recibir una protección especial por parte del Estado, más aún cuando son víctimas de diferentes abusos o atropellos mediante los cuales se vulneren sus derechos.

En este sentido, el rango especial de protección tiene como finalidad satisfacer y reivindicar el derecho que ha sido vulnerado por el desarrollo de una conducta lesiva; de esta manera, el principio *pro infans* tiene una enorme importancia en la protección de los derechos los niños y adolescentes, porque gracias a su aplicación tiene una jerarquía superior a los derechos y garantías que se asocian con el proceso penal (Álvarez, García & Osorio, 2018, p. 9). Tal postulado, que pretende salvaguardar el interés superior del niño o adolescente en relación con el de los demás sujetos de la sociedad no es, según manifiesta Torrecuadrada (2016) novedoso, pero sí ha demostrado un avance extraordinario en la historia contemporánea y guarda de suyo unas características específicas que dificultan su materialización, pero que proveen de movilidad la tutela de los derechos de los niños y adolescentes (p. 1).

Lo anterior, como se puede deducir de lo expresado en los párrafos introductorios, se hace evidente en el derecho nacional en atención a que la protección legal del niño o adolescente irradia el campo jurídico desde la misma Constitución hasta los interregnos de normas aparentemente inconexas, por lo cual cuando al decidir un caso concreto se deba aplicar una norma que cause detrimento a los derechos del niño o adolescente ella se debe interpretar conforme al principio *pro infans* (Torrecuadrada, 2016, p. 144). Hasta este momento se habla del principio *pro infans* en el sentido de regla, es decir, como la alteración material del ordenamiento jurídico por medio de normas que pretenden concretar la aplicabilidad de este derecho.

Sin embargo, como su nombre «*pro infans*» lo expresa, se trata de un principio dirigido a la protección del niño y adolescente; no obstante, según Torrecuadrada (2016), este fundamento jurídico-legal tiene un nivel superior, ya que es *un principio jurídico interpretativo fundamental* (p. 1340); en

consecuencia, en la aplicación de una norma que sugiera una afectación fáctica o potencial del interés de los niños y adolescentes, entre varias interpretaciones posibles, se debe preferir aquella que mejor privilegie los derechos de los niños y adolescentes. A su vez este principio, además de ser esencial es interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención de Derechos Humanos, es también dinámico porque funciona más como un marco que como un axioma dotado de contenido (Torrecuadrada, 2016, p. 140).

Ahora bien, para emplear el principio *pro infans* o de prelación de derechos existen unos criterios que determinan el curso de su aplicación; para ello se debe entender que dicho fundamento tiene, de acuerdo con la aproximación realizada en el título anterior, dos elementos constituyentes: La reglamentación –en específico y en abstracto–, y su espacio dentro de la principalística del derecho y la realidad. En este punto es importante recordar lo expresado por la Corte Constitucional:

«La aplicación del principio *pro infans* deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces» (Sent. C-177/2014, CConst., con. 7.3.).

Dicho lo anterior, huelga advertir que si bien en el ordenamiento jurídico existen leyes dispuestas para amparar los derechos de los niños y los adolescentes algunas de ellas, no dirigidas en específico a su protección por cuenta de la normalización de algunos aspectos procesales y sustanciales, han sufrido mutaciones de tal suerte que sin ser modificadas directamente terminan por alinearse con el principio *pro infans*. En tal sentido, la Corte Constitucional señala como uno de los parámetros de aplicación del principio del interés superior del niño y adolescente tanto las condiciones jurídicas como las fácticas (Sent. T-287/2018, CConst., con. 3.2.4.). Ello no es de extrañar, en la medida en que cualquier aspecto jurídico deviene de una realidad concreta por lo cual –en todo caso– es necesario contemplar este aspecto.

Empero, en el caso concreto este último presupuesto de aplicación es especialmente relevante; lo anterior en atención a que la indeterminación característica del principio requiere de una valoración fáctica precisa y amplia que permita al servidor judicial encontrar aquellas pequeñas diferencias que le permitan dilucidar el caso con la mayor observancia posible de este. Dentro de las condiciones jurídicas, indica la Corte Constitucional, se deben evaluar las garantías del desarrollo integral del niño y adolescente y las cauciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes (Sent. T-287/2018, CConst., con. 3.2.4.).

La intervención del Estado es subsidiaria a la protección de la familia sobre los niños y adolescentes y dentro de los principios de solidaridad y corresponsabilidad, debe diseñar políticas públicas destinadas al cuidado de ellos cuando la familia no cumple con tal obligación (Sent. T-287/2018, CConst., con. 3.2.12.). En cuanto a los llamados riesgos prohibidos, se debe resaltar que los padres tienen un deber de protección de agentes externos para evitar que caigan en el alcoholismo, la drogadicción o fenómenos similares que destruyen su libre desarrollo; sin embargo, este deber no es absoluto y debe ser objeto de ponderación frente a la libertad del niño o adolescente (Sent. T-900/2006, CConst., con. 5).

El Estado, entonces, entiende que no le es posible tener una intermediación en la protección de los niños y adolescentes de manera tal que se puedan garantizar sus derechos, pero sí puede utilizar medidas jurídico-legales como la referida para evitar que se cometan abusos y arbitrariedades sobre ellos, en especial todo lo que amenace su desarrollo armónico; por ejemplo, la violencia física o moral, o cualquier hecho que violente la dignidad humana. Igualmente, es menester que el servidor judicial para la determinación del interés superior del niño y adolescente tome en cuenta

[...] la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y a la educación. Esta evaluación, por supuesto, desde la garantía estatal del «pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo» (Torrecuadrada, 2016, p. 147).

Ello, claramente, ubica el principio de supremacía de los derechos de los niños y adolescentes en un estadio de indeterminación tal que el servidor judicial tiene un alto margen potestativo en su interpretación decisoria, guiado por el principio *pro infans*; por tanto, con respecto al desarrollo de este principio en el derecho nacional se puede decir que a pesar de la preocupación existente en el país por protegerlo las medidas no alcanzan a ser suficientes. Por eso, se generan vacíos normativos que limitan una efectiva protección de los niños y adolescentes. Sin embargo, cabe observar que en todo caso esta potestad está reglada y revestida de una carga de obligaciones tal que la discrecionalidad del juez se debe presentar dentro de unos márgenes de aplicabilidad, según la observación de una suerte de jerarquización implícita y tácitamente admitida entre principios que –como se verá– tienen el mismo peso teórico ante la ley.

Ahora bien, hasta esta altura de la exposición se señalan aspectos primordiales en torno a la aplicación del principio del interés superior de los niños y adolescentes, pues para iniciar se evidencia que ya existe una construcción jurídica enfocada a la protección de esos derechos y, además, se entiende que la potestad de protección del niño y adolescente recae primero en la familia y, subsidiariamente, en el Estado y la sociedad, pero aquél tiene la obligación de velar por el interés superior de ellos lo que al derecho se traduce en forma de prevalencia de derechos. Empero, la Corte Constitucional señala que este traslado de la obligación protectora de los niños y adolescentes no es ilimitado; en efecto, el Estado no puede salvar su responsabilidad bajo este supuesto. Por ello, pese a que en la interpretación de los derechos se deban sobreponer siempre los de los niños y adolescentes, procurando aplicar la norma más favorable a sus intereses, eso no implica la exclusión de los derechos de los padres o terceros y se debe acudir solo a la prevalencia cuando no es posible la armonización (Sent. T-900/2006, CConst., p. 15; Sent. C-438/2013, CConst., p. 50; Sent. C-179/1994, CConst., p. 70).

Lo anterior en virtud de que junto con el principio *pro infans* siempre es menester ponderar el principio *pro libertatis*, según el cual las restricciones al

derecho deben ser excepcionales –como en este caso la prevista en el numeral 7.º del artículo 199 de la Ley de Infancia y Adolescencia– y, por ende, deben justificarse, y *pro homine*, que obliga al decisor judicial a preferir la que más favorezca la dignidad humana, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición (Sent. C-438/2013, CConst., pp. 49-50; Sent. C-179/1994, CConst., p. 68). Con todo, a partir de las propuestas de instituciones internacionales, el principio de interés superior de los niños y adolescentes implica que el órgano encargado de la aplicación de una norma está obligado a considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que satisfaga en mayor medida los intereses de los mismos (Torrecuadrada, 2016, p. 146).

Ello presenta una doble dificultad porque como se evidencia el principio *pro homine* es también un postulado jurídico interpretativo fundamental (Drnas de Clément, 2015), con lo cual un ejercicio ponderatorio en los casos en los que la víctima de las acciones sexuales violatorias de derechos es un niño o adolescente, debe ser aún más riguroso. Y ello es así, porque si bien se identifica que incluso un principio que se usa ampliamente para justificar ciertas acciones favorables para los niños y adolescentes encuentra su límite en otros principios y en las obligaciones estatales, por lo mismo cualquier norma restrictiva como la prohibición de aplicar rebajas de penas para casos concretos debe tener una amplia justificación (Lascuraín, 1998).

En fin, por todo lo expuesto es dable afirmar que –en efecto– ya existe una construcción jurídica que es utilizada para la interpretación del tipo de casos objeto de análisis; no obstante, se debe repensar si las consideraciones realizadas son o no realmente reglas y principios ajustados a los fines constitucionales.

La necesidad de la pena.

La sanción penal es la consecuencia jurídica contenida en la ley para quien ha cometido un delito y ha de ser impuesta por el órgano jurisdiccional competente del Estado (Velásquez, 2020); el declarado culpable sufre la pérdida, suspensión, limitación o restricción de derechos subjetivos.

Históricamente, entre las más definiciones más destacadas se encuentra la teoría kantiana de la retribución ética, que la concibe como la imposición al criminal de un castigo equivalente al daño causado por el delito, visto como un «imperativo categórico» de exigencia de justicia y no como una expresión utilitaria (Sierra & Cántaro, 2005, p. 48).

La pena, se ha dicho, se rige por principios políticos de orden superior y es impuesta por el Estado de manera radical por lo cual precisa de una legitimación tangible no metafísica, como lo es la necesidad del control de la criminalidad que es una tarea oficial o pública esencial, y está gobernada –entre otros axiomas– por el de legalidad del cual se desprende dicha legitimación estatal (Roxin, 2003, p. 319). En cuanto a la proporcionalidad, ella se aborda –de un lado– a partir de su dimensión cualitativa según la cual los delitos más graves deben ser penados con penas igualmente intensas y los de diversa entidad deben ser reprendidos de forma diversa. Y, de otro lado, desde la cuantitativa consistente en que para cada delito la pena debe graduarse o modularse en su aplicación conforme a las especificidades que rodean al hecho criminoso (Cuello, 1943, p. 572).

Este último atributo es el que más dificultades entraña; con razón señala Ferrajoli (1995) este inconveniente al advertir que la *calibración* de mínimos y máximos de la pena implica tener en cuenta las variables del daño y la culpabilidad cuya problemática radica en el «peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro» porque «si la pena es cuantificable, no es cuantificable el delito» (p. 399). No obstante, pese a estas dificultades, la Corte Constitucional ha precisado que la calidad y la cantidad de la sanción no dependen de la discrecionalidad democrática (Sent. C-070/1996, con. 10, p. 11). Es decir, no están al albur de la libertad de configuración del órgano legislativo, sino sujetos a restricciones constitucionales. Es el caso, por ejemplo, de las prohibiciones de la pena capital, la prisión perpetua, la confiscación, el destierro y, en general, de las penas que contraríen la dignidad humana. Es este componente de vulneración de las dignidades humanas lo que justifica que estas penas deban ser vedadas o pierdan legitimación cuando

«no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables» (Sent. C-939/2002, con. 5.3, p. 35).

De esta forma, si bien se entiende que en un ordenamiento jurídico la pena es una de las herramientas instituidas para asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos y resguardar los límites de las potestades individuales mostrando así una dimensión ordenadora y otra limitadora, a su vez ella también tiene una labor ejemplificadora en los casos en los que se violentan bienes jurídicamente tutelados. En este sentido, se pueden considerar las palabras de Mir (1982):

Bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un «daño social» (p. 25).

De la misma manera, Feuerbach (1989) indica que el objeto de la pena es la intimidación hacia todos los individuos como potenciales lesionadores jurídicos y que esta función se logra cuando ella se hace efectiva; además, la pena responde a otros objetivos paralelos como son la seguridad del Estado y el mejoramiento de la situación jurídica del sancionado (p. 125). Razón de más para afirmar que la pena es un mecanismo de control social cuya funcionalidad es proteger el desarrollo de una convivencia pacífica entre los ciudadanos; es, por tanto, una necesidad que debe ser desarrollada con criterios claros y debe estar respaldada a la vez por el marco normativo y legislativo (Jakobs, 1997). Sin embargo, la manera como el Estado social y democrático de Derecho ha previsto sus fines y principios deja ver que, al ser la dignidad humana eje rector del desarrollo jurídico del país y al ser límite y fin de desarrollo, se entiende que la igualdad, la justicia y el respeto de los derechos de todos –en el sentido de igualdad dispuesto en el artículo 13 constitucional–, se sustenta en un trato no discriminatorio.

Lo sostenido permite fijar como punto de partida, además de un sistema jurídico legal garantista, unas premisas que llevan a comprender que la

garantía de derechos para todos es la norma general y que la suspensión o restricción de estos es la excepción. De esta forma, se tendrá que entender que si bien la aplicación de penalidades como sanción jurídica y social frente a hechos repudiables o que alteren el orden social son admisibles, lo es también que ella es una medida de protección y corrección a la luz del garantismo penal y no una sanción *per se*, porque tiene unos fines, límites y principios de aplicabilidad, siendo en todo caso necesaria.

No obstante, la necesidad de la pena exige que ella sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica desde una doble perspectiva: La de disuadir, intimidar y reducir la criminalidad; y la de demostrar y reafirmar el papel del Estado como ente ordenador y protector de derechos. Igualmente, se le atribuye una función resocializadora (Sent. C-647/2001, CConst., p. 16). En palabras de Mir (1982), si bien el derecho penal liberal orientaba el desarrollo de la pena tanto hacia una función retributiva como una función de prevención, en el Estado Social de Derecho el derecho penal solo podía conferirle a la pena una función de prevención y ello es producto de que:

El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social (p. 27).

Asimismo, se debe tener en cuenta que la necesidad social de la pena se evalúa a partir de la utilidad de la sanción (Poncela, 1982), porque si la imposición de la pena es inútil ella pierde su legitimidad y solo es la constancia de la manifestación del poder del Estado como venganza institucional, lo cual no es propio de un Estado social y democrático de Derecho (Sent. C-647/2001, CConst., pp. 16-17). No obstante, cabe aclarar que cuando se habla en el párrafo anterior de la necesidad social no se refiere al populismo punitivo –que tanto daño le hace al ordenamiento jurídico– sino que se relaciona con la convivencia social, es decir, la necesidad de armonizar la convivencia social en tanto sirve para alinear los intereses individuales a los intereses sociales.

En efecto, el populismo parte de la negación de la dignidad humana al concebir a la pena como mecanismo de expiación del cuerpo y la mente del infractor de la ley penal, lo que supone el retorno a los periodos más oscurantistas de la historia de la civilización occidental alegorizados por Foucault (1986) con el *panóptico*, esto es, aquella edificación carcelaria estratégicamente diseñada para materializar el poder omnímodo estatal instituido. Dicho confinamiento no solo sirve para vigilar y controlar los movimientos del reo día y noche, prevalido de una suerte de *ojo invisible* que todo lo ve pero al que nadie ve, sino para neutralizarlo a nivel físico y psicológico a través de un proceso *depurador* de su *peligrosidad* (pp. 130-134). Bajo esta lógica, tanto la línea divisoria entre la retribución justa y la sed de «justicia instintiva» que aflora en la animosidad como aquel sentimiento tan humano de querer responder el mal con otro mal para restaurar el equilibrio intersubjetivo que ha sido alterado, se difumina con facilidad en la escueta venganza; no en vano afirmaba Nietzsche (2016) «Una pequeña venganza es más humana que ninguna venganza. Y si el castigo no es también un derecho y un honor para el transgresor, entonces tampoco me gustan vuestros castigos» (p. 110).

En conclusión, la necesidad de la pena se evalúa desde tres puntos de vista: Su utilidad, su necesidad y su proporcionalidad, esta última porque de la evaluación del daño social causado depende la pena imponible de allí que pueda existir exclusión, extinción, atenuación o prescindencia como mecanismos para ajustar la punición. Lo anterior se puede concretar en que la necesidad de la pena se entiende justificada cuando en la aplicación de sanciones se equilibra con suficiencia las garantías con la prevención de los actos punitivos, ello siempre en un marco legal y de manera razonada.

La política criminal y la necesidad social.

Según Velásquez (2020) la política criminal es aquella disciplina que estudia cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección a la sociedad; para ello, trata de

desentrañar los orígenes del delito y la eficacia de las sanciones penales demarcando tanto los linderos al legislador respecto a las libertades y garantías públicas, como la materialización del derecho penal en el proceso (p. 23). Y no podía ser de otra manera porque ella ha sido estatuida para buscar la resolución adecuada de los conflictos y lograr una armonización del tríptico seguridad, justicia y eficacia (Calsamiglia, 2003, p. 60).

Desde luego, sin perjuicio de las facultades reconocidas al poder legislativo, la confección de la política criminal debe estar precedida del debate público y el consenso democrático; debe evitarse la ligereza correlativa a la hipertrofia normativista, pues «[...] la respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve» (Sent. C-559/1999, con. 21, p. 28). Estos límites inmanentes al sistema no son ajenos ni pueden soslayarse en la política criminal dirigida a la protección de los niños y adolescentes, sino que deben compaginarse con los principios fundantes del Estado social y democrático de Derecho, la dignidad humana como límite del ejercicio del *ius puniendi* y el elenco de garantías de toda persona; de lo contrario, se pasaría de un propósito legítimo a una conculcación de otros derechos que también gozan de rango constitucional (Sent. T-718/2015, con. 5.3, p. 54).

Es más, la constitucionalización del derecho penal ha redundado en una ineludible reciprocidad entre la política penal y los derechos humanos, dado que estos implican una movilización tanto constitucional como penal puesto que actúan como elemento limitador del poder punitivo del Estado (Sent. C-936/2010, con. 17). A ello se añade que el concepto de los derechos humanos tiene una función limitadora de la intervención penal y una función positiva según la cual el derecho penal es un límite más para la protección de derechos individuales; y, ambas, se tornan en un límite para la violencia punitiva (Baratta, 2004, p. 305). En consecuencia, la política criminal se traduce en la respuesta estatal para apaciguar conductas reprochables o causantes de perjuicio social y proteger los intereses esenciales del Estado y sus nacionales, por medio de una articulación entre las normas y las decisiones

políticas como estandarte para su aplicación y articulación normativa (Sent. C-936/2010, CConst., con. 14).

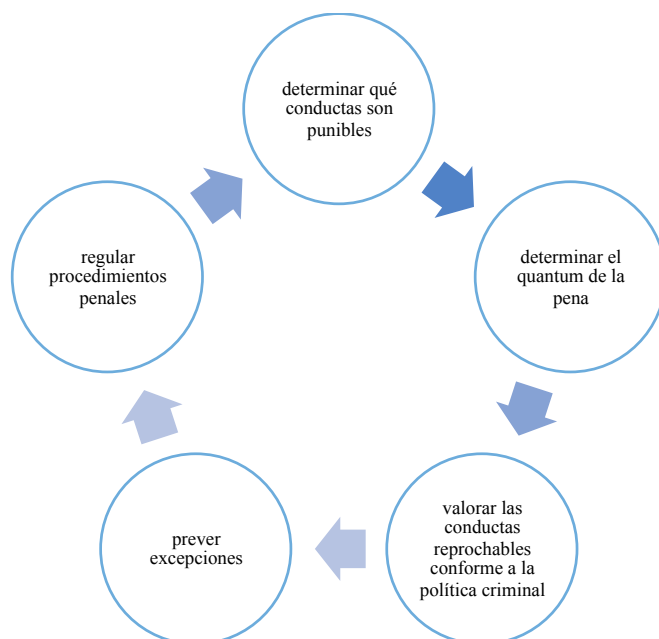
Tal vez por eso se afirma que «[e]l campo de acción de la política criminal, se cimienta en el control social del Estado para enfrentar el fenómeno de la criminalidad en todas sus manifestaciones a partir de estrategias preventivas, coactivas y resocializadoras» (Consejo Superior de Política criminal, 2019, p. 9); ello, en el caso objeto de estudio, permite evidenciar la función preventiva o persuasiva de la sanción con la idea de que una pena mayor podrá disuadir a un sujeto de no emprender una acción lesiva que vulnere los derechos de un niño o adolescente. Incluso, en cuanto a la función coactiva de la pena ella se hace notoria en el sentido de que pretende penalizar proporcionalmente al agresor, lo que para el caso concreto significa hacerlo sin ninguna prerrogativa.

Ahora bien, en lo relacionado con la resocialización se entiende que ella es uno de los fines legítimos de la pena, pues comprende la inclusión del sujeto que otrora cometiera actos delictuales para que forme parte integral de la comunidad; de no ser así, supondría imprimirle un estigma indeleble que lo degrada en su dignidad a la usanza de la *capitis diminutio* (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 132). En consecuencia, se tendrá que hablar de la idea de proporcionalidad como uno de los elementos esenciales de la relación entre política criminal y necesidad social, por lo cual debe entenderse que esta es «[...] la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que correlativamente el interés general se vea favorecido» (Sent. SP2196/2015, CSJ, p. 7).

Ello, como es obvio, suma otro punto de inflexión a la idea de proporcionalidad y es que ella también viene determinada por el beneficio general en relación con la desmejora de las condiciones individuales; ahora bien, se debe precaver que el principio de proporcionalidad se materializa en dos momentos jurídicos distintos: El primero, cuando se crean los tipos penales y se determina su marco punitivo abstracto adecuándolo a la importancia del bien jurídicamente tutelado, las condiciones de las víctimas

y el grado de lesividad (Sent. C-806/2002, CConst., con. p. 23). Para ello, adviértase, el legislador desarrolla un ciclo en el siguiente sentido:

Gráfica 1. Mecánica de la primera etapa del principio de oportunidad (Sentencia C-806 de 2002)



Fuente: Elaboración propia

Si bien ese asunto se presenta como un proceso, el ejercicio del legislador parte de determinar qué conductas son punibles y hacer la cuantificación de las penas, pero es claro que el mismo puede empezar en cualquier momento (Sent. C-806/2002, CConst.). Por ejemplo, en el caso objeto de estudio se modificó la política criminal por medio de normas y reglas empezando con la previsión de una excepción a la norma que pretendía regular el procedimiento penal, a la vez que socialmente se hacían múltiples esfuerzos por resaltar lo reprochable de la violencia sexual contra los niños y adolescentes y, a partir de allí, se empezó a reconfigurar la política criminal frente a estos casos concretos.

El segundo momento en el cual se materializa el principio –la proporcionalidad en concreto– es aquel en el cual el juez establece la sanción para un caso determinado, basándose en las deducciones resultantes del proceso antedicho y en la valoración de circunstancias con el fin de valorar e individualizar la sanción (Sent. C-806/2002, CConst., p. 16). En esta etapa, pues, es el juez quien realiza la valoración prevista en la gráfica uno, pero con mínimas modificaciones porque el juez no solo debe determinar si la conducta es punible y definir el *quantum* de la pena sino, además, valorar las conductas reprochables en relación con la política criminal que se adopta para así prever excepciones.

Por ello, mientras que en la primera etapa se ordena en la segunda se ejecuta; se trata, entonces, de dos tareas totalmente delimitadas. En consecuencia, la primera etapa es la que guarda más estrecha correspondencia con la construcción de una política criminal, pues –en atención a los límites explícitos e implícitos establecidos en la Constitución Política– la política criminal debe estar en todo caso en consonancia con los fines esenciales del Estado; esto en primera instancia. Y, en segunda instancia, la valoración de las conductas reprochables y, por ende, merecedoras de punición es un ejercicio que deviene de la necesidad social y de la idea de criminalidad que esta tenga; por lo tanto, tiene un grado de indeterminación que resulta lógico, pues es necesario que los tipos penales tengan un grado de movilidad para adaptarse a los cambios sociales.

Lo previsto para la primera etapa, obedece al ejercicio de la potestad de configuración normativa según la cual el legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, reconocer o negar beneficios procesales, entre otras actividades (Sent. C-806/2002, CConst., p. 16). Y es, precisamente, la justificación constitucional dada a la modificación introducida al Código de Procedimiento Penal en lo concerniente a la rebaja de penas por aceptación de cargos o acuerdos (allanamiento o preacuerdo), por medio de la regla descrita en el Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 199 num. 7.º, Ley 1098/2006). No obstante, y como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, por ser una realidad aplicable de manera específica a

múltiples casos «[...] el alcance de dicha regulación no puede comprometer la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución» (Sent. C-022/2015, CConst., con. 5.2.2). Sin embargo, bien se señala que:

Colombia no posee una política criminal estructurada y definida. Por el contrario, lo único que se encuentra con respecto al tema son variadas manifestaciones de la Corte Constitucional, que permiten dilucidar que todas aquellas medidas, materializadas especialmente en la legislación penal, procesal penal y carcelaria, tales como tipificación de delitos, modificación de conductas, aumento de penas, entre otros, son política criminal (Guzmán & Jiménez, p. 44).

Desde luego, en relación con lo expuesto vale la pena llamar la atención en torno a las prebendas jurídicas que se brindan en relación con las penas en el derecho penal; lo anterior porque si bien ellas pueden entenderse –según se ha presentado– como una manera de garantizar los fines del Estado, se debe tener en cuenta que estas también tienen un fin utilitarista en gran medida. Para dar mayor claridad a la afirmación basta decir que muchas decisiones en el campo del derecho se producen en atención a criterios supralegales, como las relaciones políticas o el aspecto económico del proceso judicial, como sucede sobre todo en el ámbito del penal.

Para ilustrar este aspecto puede traerse a colación un asunto similar al de la rebaja de penas por negociaciones y aceptaciones de cargos (preacuerdo o allanamiento), como el que se presenta en materia del principio de oportunidad y los subrogados penales que –para ser fieles a la verdad– surgen o se promueven como una manera de atender al estado de cosas inconstitucional por cuenta del hacinamiento carcelario. A su vez, si se entiende que la política criminal del Estado se rige por los principios de proporcionalidad, coherencia, previsión, prohibición del derecho penal simbólico y el populismo punitivo, evidencia empírica, seguridad jurídica, coordinación, respeto a los derechos fundamentales, responsabilidad penal para adolescentes y prevención (Consejo Superior de Política Criminal, 2019), tal como lo expresa la política criminal del Estado, se hace evidente –

entonces— que la pretensión es en todo caso mantener el orden constitucional y legal alineados y funcionando de manera armónica.

Estudio analítico del asunto concreto

De esta forma, si se observa que la finalidad de las reducciones de penas en el campo penal obedece en particular a una forma de administrar justicia de manera que sea más eficiente, es decir, que permita un acceso a la justicia más pronto para la víctima y una reducción del periodo de investigación y juzgamiento y todo lo que ello conlleva, procurando en todo caso el mínimo de afectación a los derechos de las víctimas y un restablecimiento de los mismos, entonces cabe preguntar: ¿Cómo podría ser esto contrario a la substancia de la determinación contenida en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuanto a la protección de los niños y adolescentes y sus derechos?

Esta pregunta es pertinente, máxime si se toma en cuenta que el principal argumento esgrimido por la Corte Suprema de Justicia para señalar que la prohibición contenida en el Código de Infancia y Adolescencia es constitucional, bajo la idea de que su concreción es muestra de la libertad de configuración legislativa que concierne al Congreso de la República (Sent. 17/9/2008, Rad.: 30299, CSJ, p. 15) y que, añádase, el interés superior del niño o adolescente permite modular garantías como la defensa, la intermediación y la contradicción dentro del proceso penal (Sent. C-177/2014, CConst., con. 8.2.1). Al respecto, debe decirse que esta situación es producto de una falencia en el sistema de control de constitucionalidad mixto, pues los magistrados que desarrollan estas funciones no son los mismos que trabajan y conocen de los procesos ordinarios en sus últimas instancias; y, como se afirma:

Ello, independientemente del área del derecho en la cual sean expertos los jueces, genera un vacío en el conocimiento de quienes se encargan de juzgar la exequibilidad de las normas, específicamente acerca de los problemas jurídicos frente a los cuales se tienen que enfrentar los operadores diariamente (Rojas, 2016, p. 33).

En el derecho penal, pues, las consecuencias de esta situación pueden ser muy negativas porque la legitimidad de la imposición de la pena no se fundamenta únicamente en su procedencia formal sino, también, en el desarrollo y el análisis de unos parámetros mínimos de racionalidad. En este sentido, el incumplimiento de ese requisito genera como resultado una deslegitimación del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. De esta manera, la política criminal del Estado que, si bien se sustenta en el derecho penal mínimo y en la pena como *última ratio*, también muestra una tendencia a endurecer las penas frente a ciertos delitos o a eliminar beneficios, acudiendo al populismo punitivo como solución y medio de control social a las conductas reprochables, por consiguiente con el desconocimiento de los fundamentos propios de un derecho penal mínimo que –se supone– es el propio del modelo de Estado imperante. Esto, desde luego, genera una dicotomía entre una política criminal acorde a un Estado constitucional y una política criminal reaccionaria y de soluciones puntuales y extremas, sobre todo en relación con aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia social.

Por otro lado, si bien la política criminal debe operar como una herramienta para prevenir y reprimir el delito a través de enfoques que permitan comprender desde una perspectiva social las causas que generan el crimen, además de tomar las medidas de prevención que sean necesarias, reprender al individuo de tal manera que se genere un proceso de reparación, para finalmente reinsertar positivamente al individuo a la sociedad, la realidad es que en el caso concreto sucede todo lo contrario (Bernal, 2005). Esto se debe, explica Morillas (2013), al hecho de que no se genera un abordaje de la política criminal desde lo social y tampoco se establecen criterios claros que permitan definir el concepto de lo que es lo político criminal.

Así las cosas, las sentencias de la Corte Constitucional permiten observar que la política criminal se despliega a través de una serie de modificaciones de códigos, aumentos de penas, alteraciones en los procesos de negociación y tipificación de delitos, a través de principios que dependen en cada caso del gobierno de turno. Lo anterior refleja una compleja situación de inseguridad jurídica que afecta no solo a los acusados y a las víctimas sino a toda la

sociedad (Guzmán & Jiménez, 2011). Al respecto, la judicatura advierte que la restricción de acceso a los beneficios resultantes de la aceptación de cargos no constituye en sí misma una circunstancia violatoria de los derechos y, por lo tanto, no es posible abstenerse de su aplicación por vía de la acción de inconstitucionalidad, porque la misma obedece a una manera de aplicar la política criminal del Estado (Sent. 17/9/2008, Rad.: 30299, CSJ, p. 15), es decir, una forma de demostrar lo expuesto en el párrafo anterior: Castigar con mayor fuerza aquellos delitos de alto impacto que afecten, sobre todo a sujetos en estado de debilidad, mismos que se han identificado ante la ley como sujetos de especial protección.

Lo anterior lleva a concluir, *a priori*, que en efecto no hay inconstitucionalidad en este aspecto; no obstante, es obvio que del otro lado donde se encuentra el procesado, imputado o acusado, también existen unos derechos fundamentales y principios básicos que igualmente tienen arraigo constitucional y están llamados a garantizar los derechos de las partes del proceso. Empero, cuando se entiende que este problema se resuelva sustentando la decisión adoptada en los principios, se entiende también la dificultad de hablar de una negativa tajante a la posibilidad de acceder a beneficios de rebaja de pena en favor de los imputados o procesados, en caso de presentarse una efectiva colaboración y una reducción en los tiempos y recursos procesales requeridos para la resolución de las disputas jurídicas.

Ahora bien, cabe advertir que en casos de violencia sexual contra niños y adolescentes ellos adquieren una doble y fundada calidad de especial protección, dado que –por un lado– tienen esa característica y, por el otro, son víctimas con lo cual detentan un papel trascendente en el proceso penal. Lo anterior debe llevar, por un lado, a entender que tal protección se otorga en aplicación del axioma de la dignidad humana de las víctimas y que se entiende como parte de ella; al respecto señala la jurisprudencia:

[...] el derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción

de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias (Sent. C-454/2006, CConst., con. 30).

De hecho, a partir de los supuestos expresados se tiene que el mismo acceso a la justicia, tal como se plantea, hace una referencia a la idoneidad en el sentido de que no basta con concederlo desde el punto de vista formal sino que el proceso judicial y de ajusticiamiento debe tener unas condiciones tales que permitan a la víctima transitar por el mismo en condiciones de dignidad y que concluya con un acto de justicia, es decir, no necesariamente con una pena sino con una actuación que le permita inferir que se establecieron sus derechos al máximo posible. En el caso de los niños y adolescentes la obligatoria protección contra cualquier tipo de vulneración de derechos no solo tiene arraigo constitucional y legal sino que se ha adaptado en el ordenamiento del país a manera de sistema de protección, lo cual quiere decir que irradian como deber social, familiar y estatal, por lo que en este caso –además del restablecimiento de derechos– proceden la rehabilitación y la obligatoriedad de que las medidas aplicables sean efectivas para la garantía de derechos de los niños.

Para ello tanto el legislador como el juez tienen la potestad de adoptar las medidas que conduzcan a la consecución de la protección y el bienestar de los niños y adolescentes usando el principio *pro infans* como eje del análisis constitucional y legal, con la obligación de precaver en el proceso la defensa del interés presente y futuro. Con ello la punibilidad puede decantar o no en pena privativa de la libertad, sin que un resultado u otro exprese mayor o menor grado de justicia por sí mismo, pues corresponde –como se ha mencionado– al análisis del caso concreto. Sin embargo, aparece en contraste los derechos de los procesados en el ámbito penal, quienes con todo gozan de derechos y garantías propias de un Estado social y democrático de derecho.

De hecho, pese a que en el proceso penal es dable hablar de suspensión y restricción de los derechos para los imputados, procesados y condenados, lo es también que los derechos fundamentales de aquellos no son negociables

y, por ende, no se les pueden ni restringir ni suspender. Lo anterior porque como se mencionó en antelación, confluye en el ordenamiento jurídico la idea de que la pena debe ser, útil, necesaria y proporcional, con lo cual la misma no obedece ni debe obedecer –tal como lo fija la política criminal del Estado– a modelos populistas o efectistas, pues una mayor penalidad no es proporcional a una reparación de los derechos para las víctimas, la reducción de la criminalidad, ni, añádase, a un proceso penal más corto. De hecho, ni siquiera se puede garantizar que sea más justo, con lo cual una aplicación rígida del derecho no garantiza una mayor efectividad o acercamiento a los fines de la pena.

Además, se debe prestar atención a que la observancia o aplicación de una norma produce normalmente varios efectos prácticos y cualquiera de ellos puede ser considerado como el fin de la norma en cuestión (Guastini, 2015a, p. 27); es más, cabe añadir:

A la indeterminación del sistema se suma la ulterior indeterminación de cada norma. Cada norma vigente es indeterminada, en el sentido que no se sabe exactamente qué casos recaigan en su campo de aplicación. Esto depende de la ineludible vaguedad de los predicados en cada lenguaje natural (Guastini, 2015a, p. 24).

Sobre el tema de análisis, se debe pensar que el alcance del significado textual de la norma que genera aquí la discusión no es demasiado polémico, pues cuando esta señala en el numeral 7.º del artículo 199 que «no procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004», se entiende con suficiente claridad que se trata de una prohibición a la aplicación de las previsiones de los artículos 348 a 351 del Código de Procedimiento Penal. Ahora bien, si hubiese que refutar algún vacío en la concreción textual del texto sería en lo atinente a la no inclusión del allanamiento como otra manera de aceptación de cargos anticipada; no obstante, más allá de que este tema se haya decantado por vía jurisprudencial, cuando el Código de Procedimiento Penal se refiere al «allanamiento» la misma norma lo hace de manera enunciativa aclarando que la idea se desarrolla en el entramado de artículos que discurre entre el 348 y el 351.

Ahora bien, si el asunto a estudiar es la intencionalidad de la autoridad normativa para poder comprender el alcance de la norma, se deben tomar en cuenta los dos artículos; por su parte, el precitado artículo 199 tiene como finalidad concretar y reforzar por vía legal y de manera expresa el principio *pro infans* en los casos de violencia sexual contra los niños y adolescentes, entre otros. A su vez, es una forma de proyectar la política criminal según la cual la proporcionalidad puede variar en atención a las necesidades sociales. Así, frente a lo abyecto de este tipo de acciones ilícitas, en concordancia con los bienes jurídicamente tutelados que vulnera –que están reforzados–, se tiene que es una forma de recalcar el repudio social que presentan tales delitos.

Igualmente, aparece como finalidad implícita apalancar el principio de que el Estado como garante de los derechos fundamentales en aplicación material del principio de igualdad, despliega una mayor protección a los derechos de los niños y adolescentes y con ello la idea de que refuerza su plan como rector del orden social y legal. Por su parte, también aparece con el fin de equiparar el derecho de los más vulnerables buscando fijar la penalidad como un medio disuasor. Por ello, como lo refiere el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, tiene como finalidad

[...] humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

Asimismo, se puede deducir que tiene como cometido alinear el derecho penal con la idea del derecho penal mínimo y con la necesidad de ordenar el derecho penal con la Constitución y los derechos fundamentales. Es más, en cuanto a la teleología de las normas estudiadas debe señalarse que ella está orientada a la reducción de la criminalidad, la condena social de los procesados y la comprensión de que los derechos de los niños y adolescentes son de orden superior y, por ende, deben ser protegidos por el Estado. Por su parte, las construcciones sociales implícitas son del todo razonables ante las cifras de violencia sexual sufridas por los niños y adolescentes y, por tanto,

compelen a que el repudio social sea mayor; asimismo, la baja credibilidad del sistema penal para el común de las personas implica la necesidad de hacer más notorio el actuar del brazo jurisdiccional, en casos de alto impacto social y criminal.

Además, en cuanto al sistema de derecho ya se ha explicitado con suficiencia que dicha responsabilidad corresponde a un Estado social y democrático de Derecho y las implicaciones que ello presenta para el asunto. Incluso, frente al análisis de razonabilidad exigido por el ejercicio aquí planteado, es evidente que en este caso la inaplicación de la norma contenida en el código procesal penal se entiende justificada frente al bien jurídico afectado y a la especial vulnerabilidad de la víctima por ser niños y adolescentes. De hecho, si se tiene en cuenta que la reducción de penas como elemento de la justicia consensuada obedece también al estado de cosas inconstitucional que resultó del abuso de la penalización por medio de la reclusión en centro carcelario, y, agréguese, a la necesidad de hacer más eficiente la administración de justicia, se evidencia que este no es el medio evidente para colaborar con esos fines.

En suma, si lo que se pretende es desestimular la comisión de otros delitos y en su lugar poder penar con mayor fortaleza crímenes especialmente delicados sería lógico acudir, no obstante, a la justificación presentada como se evidencia en varias de las sentencias tratadas, lo que no es casual. Ahora bien, tomando en cuenta que tras haber hecho este análisis y encontrar todo aparentemente encaminado y encuadrado en el orden jurídico legal, se hace evidente que aquí la única manera de comprender el fenómeno y las implicaciones menos obvias, de una manera más objetiva, es analizando los principios de fondo para lo cual se acoge la propuesta de Guastini (2015a). Es que en ocasiones un principio no expreso es, en cambio, el resultado de un procedimiento deductivo a partir de reglas particulares de la forma: R1: Si A y B, entonces Z; R2: Si A y C, entonces Z; R3: Si A y D, entonces Z (Guastini, 2015b, p. 2039).

En esa construcción todas las reglas resultan en una misma consecuencia jurídica (Z) y todas tienen un elemento en común (A), permitiendo una

generalización en el sentido de entender P: Si A, entonces Z (Guastini, 2015b, p. 2039), de donde se deduce bajo esta premisa un número indeterminado de reglas particulares. Lo anterior si se habla de principios sobre todo aquellos expresos de rango constitucional, utilizados para justificar un ordenamiento armonioso. Ello bajo el supuesto de que si una disposición admite dos interpretaciones contradictorias se opta por la más adecuada de acuerdo con su alineamiento con el principio expreso y constitucional (Guastini, 2015a).

Para el caso concreto, siguiendo los presupuestos del teórico mencionado, la no rebaja de penas por allanamiento (aceptación de cargos) conllevaría la plena consecución de los fines de la punibilidad y promovería, al mismo tiempo, el restablecimiento de los derechos de la víctima; en este sentido, en la excepción normativa del num. 7.º del artículo 199 la mayor punibilidad (A), en cualquier caso previsible conlleva a la misma consecuencia (Z), es decir, la plena consecución de los fines de la punibilidad y el restablecimiento de derechos de la víctima. Sin embargo, si se observa el manejo dado al tema de la rebaja de penas por la presencia de los dos institutos aquí denominados como allanamiento o preacuerdo, se evidencia que no se usa este principio. Sin duda, cuando se entiende que la reparación a la víctima y la reivindicación de sus derechos no depende de la pena impuesta al procesado, se admite en muchos de los casos la rebaja de penas.

Por tanto, a la luz de los elementos fácticos «Z» debería tomar formas diversas como: Restablecimiento de los derechos de las víctimas que son niños y adolescentes, consecución de los fines de la punibilidad, garantía de los derechos fundamentales para el procesado y garantías de los derechos de la víctima mayor de edad, entre otros. Con lo cual la relación causal usada de fondo para sustentar la no rebaja de penas es imprecisa e incluso inconstitucional, pues corresponde más a una decisión política en el sentido de dar a entender que existe un repudio social sobre el tema de la violencia sexual contra niños y adolescentes. De allí, que no se pueda hablar de constitucionalidad absoluta del texto legal en el caso concreto.

Ahora bien, si se hace un ejercicio que permita comparar los tres axiomas que se deben evaluar para determinar la constitucionalidad de una disposición

legal en un caso concreto, esto es, el principio *pro infans*, el principio *pro homine* y el principio *pro libertatis*, se podría concluir que en efecto la disposición es constitucional, pues el niño o adolescente goza también de la garantía de los principios *pro homine* y *pro libertatis*. Sin embargo, si el tema se examina con mayor precisión se advierte que si bien este es un asunto de principios y política criminal, en cuanto a ellos la diferencia es mínimamente más favorable para los niños y adolescentes.

En el mismo sentido, desconocer lo anterior sería desviar el eje de discusión real que recae en la relación causa efecto, es decir, la causa de impedir la rebaja de penas para los procesados en caso de violencia sexual contra los niños y adolescentes es, precisamente, la protección superior del niño o adolescente. Con ello, y como resultado de la obligación estatal precitada, el establecimiento como órgano superior, determina que ejercer justicia con el mayor peso posible será la solución para que las víctimas se entiendan reivindicadas y que ello se corresponde con la política criminal y los principios constitucionales, en tanto es una excepción válida. Empero, la justicia se debe manifestar en términos de proporcionalidad, pero ella también se debe expresar en el plano de la igualdad por lo cual no es concebible que –ante una aceptación de cargos (allanamiento)– en un determinado estadio del proceso un imputado, por ejemplo, reciba una rebaja de penas por su colaboración y otro, por lo contrario, reciba la penalidad completa.

Con ello la balanza de la ponderación vuelve a quedar nivelada. Ahora, es cierto que si se trata de aplicar justicia con celeridad nada impide que el procesado se allane a cargos con independencia de los beneficios que pueda o no recibir; sin embargo, es cierto también que en gran medida el peso de un proceso que se demora para su trámite y definición recae sobre la víctima y no tanto así sobre el procesado. Lo anterior es una realidad tan latente que existen lineamientos para la prevención de la revictimización lo que sucede, a decir de Roth (2002), cuando el decisor político evidencia la existencia de un problema (p. 73). Es así como se ha señalado que

[...] cuando dentro de una investigación penal se señalan como víctimas a menores de edad, las garantías del debido proceso adquieren un plus determinado por la necesidad de proteger al menor de edad y evitar su revictimización, en respeto de su dignidad humana (Sent. T-923/2013, CConst., con. 3.5.).

Por ello, si se habla de limitar el acceso a la reducción de penas como método para garantizar los derechos de las víctimas, se adopta un camino que no es necesariamente conducente. Con todo, es cierto que –para precaver esta posible revictimización– el legislador determina que las autoridades deben evitar todo acto de discriminación contra las víctimas y considerar la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño o adolescente que ha sido sujeto pasivo de ilícitos que afecten sus derechos sexuales –deber negativo–, y ha de garantizar la igualdad de los niños y adolescentes víctimas para el cumplimiento de sus deberes –deberes positivos– (Sent. T-923/2013, CConst., p. 22).

Así las cosas, la garantía del derecho a la igualdad de los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual conlleva tanto el cumplimiento de algunos deberes positivos por parte de los funcionarios encargados de la investigación y juzgamiento de tales delitos, como de aquellos que ejercen funciones de ministerio público, en particular si se toma en cuenta que entre enero y abril de 2019 hubo 8.230 casos reportados de violencia sexual contra niños y adolescentes, con un incremento del 15% de los casos (Redacción Judicial, 2019). Así, la ponderación de los intereses es diferente o por lo menos así debiera ser en función de la posición del niño o adolescente: Como víctima de un delito, pues según la construcción jerárquica existente ello significaría que los demás principios debieran supeditarse al de la prevalencia de los derechos del niño o adolescente. Ahora bien, existen elementos supralegales que también pesan al momento de ponderar los derechos, por ejemplo, la edad del niño o adolescente –por la diferencia en el consentimiento–, la madurez y el nivel de desarrollo en el que se encuentre.

Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición, deben señalarse los siguientes planteos para el debate.

Es indispensable partir del presupuesto de que la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se hace latente en el ordenamiento jurídico, tiene como elemento inmanente una recomposición del razonamiento jurídico, lo cual implica no solo un cambio de postura frente al valor de los principios en el plexo normativo sino una constitucionalización del derecho penal que irradia, por supuesto, la política criminal y la aplicación del derecho sustancial y procesal. Tal situación conlleva no solo a un aumento en la aplicación de lo que podría llamarse una discrecionalidad reglada, en el sentido de que otorga movilidad al servidor judicial siempre que se mantenga en los términos de la ley (Sent. C-031/1995, CConst., p. 11), sino a una mayor individualización de los casos.

Es decir, si bien el derecho penal se basa en la simplificación y la generalización de problemáticas sociales complejas para poderlas analizar de acuerdo al modelo de adecuación típica, en virtud de la prelación de derechos, al elevar los principios a un rango constitucional una de las funciones del juez es realizar un análisis racional enfocado a cada caso concreto, para lo cual el test de proporcionalidad y el principio de ponderación son un elemento indispensable de cara a la resolución de problemáticas como la planteada en el trabajo respecto a la pugna entre los derechos del procesado a la luz de la justicia premial en el derecho penal y el interés superior del niño y adolescente como principio constitucional y legal. Empero, el Estado social y democrático de Derecho como concepto y los límites impuestos por la política criminal del Estado dificultan el trabajo del servidor judicial respecto al reconocimiento de ciertos derechos, lo que deja abiertos vacíos que dan cabida a interpretaciones que pueden resultar violatorias de la ley.

Ello si se toma en cuenta que el modelo de Estado como se mencionó en el cuerpo del artículo afecta la manera como se concibe el derecho, los derechos y el análisis constitucional, pues corresponde no solo a un marco

legal y político sino a un proyecto con fines previstos, por el ejemplo, la defensa de la seguridad jurídica, la salvaguarda de los niños y adolescentes, la prevalencia de la dignidad humana como fin fundante del Estado, etc. Lo anterior deriva, si bien no en la inconstitucionalidad de normas como la contenida en el art. 199, num. 7.º de la Ley 1098 de 2006, sí en el desconocimiento de derechos constitucionales por causa precisamente de la indeterminación de los principios en pugna y de la ambigüedad normativa.

Lo anterior, toma dimensiones preocupantes cuando se hace evidente que en estas pugnas de derechos fundamentales de similar talante tienen que estar sometidos a una jerarquización axiológica, que en todo caso termina por tener un grado de discrecionalidad o está direccionada por el medio social puesto que –como se procuró demostrar en este trabajo– objetivamente tanto la víctima como el procesado son sujetos de derechos.

Asimismo, se debe entender que esos derechos a los que se refiere aparecen en cabeza de cada una de las partes del proceso y muchos de ellos gozan del carácter de fundamental, con lo cual son en sí mismos límites para la aplicación de estas prerrogativas excepcionales que por vía legal escinden casos de análisis objetivamente similares como los previstos en los preacuerdos o allanamientos a cargos (negociaciones y aceptaciones de cargos) y los dotan de consecuencias jurídicas totalmente opuestas. La observación precedente si bien puede parecer polémica no se expone con el fin de desconocer la calidad de sujetos de especial protección de los niños y adolescentes; de hecho es claro y totalmente razonable que el Estado presente fórmulas que garanticen la tutela de sus derechos.

Por lo contrario, el principio *pro infans*, es esencial para el desarrollo social; empero, la crítica se presenta es en relación con la resolución que se le brinda a la problemática, pues en principio la rebaja de penas por allanamiento a cargos o preacuerdo pese a que se entiendan como una «gratificación» en favor de un imputado o procesado que preste su colaboración a la justicia, deberían ser entendidas como un mecanismo que permite decantar un proceso penal con mayor celeridad y un menor impacto para las víctimas.

Ahora bien, la realidad ha demuestra que –en efecto– el derecho penal no cumple en la mayoría de los casos con su finalidad correctiva, ni persuasiva, con lo cual la ejemplificación por medio del fortalecimiento de las penas no resulta ser efectiva. Además, es preciso manifestar que en la actualidad y a la luz de los modelos de derecho penal mínimo, no solo la pena –sobre todo la pena privativa de la libertad en centro de reclusión carcelaria– es la única herramienta para luchar contra la criminalidad. De hecho, a nivel preventivo, vale reiterar que no tiene mayor impacto que una pena sea mayor o menor; por lo contrario, la desarticulación y comprensión de los *modus operandi* de quienes cometen estos delitos sí puede consistir en un elemento de análisis que permita generar políticas y normas que realmente impacten en la problemática.

En el mismo sentido, el endurecimiento de las penas por sí mismo no tiene ningún sustento si el aparato judicial no tiene la capacidad para investigar, procesar y penar de forma rápida, oportuna y correcta a quienes cometen un crimen; de hecho, la continuidad de procesos que se hacen largos y tediosos son formas de revictimizar a los niños y adolescentes, en todo caso con poca o nula garantía de llegar un resultado. Además, como la necesidad de la pena exige que esta sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica (Sent. C-647/2001, CConst., p. 15), tal como se ha manifestado líneas atrás, y se observa que precisamente la finalidad de la reducción de penas por cuenta del allanamiento a cargos y los preacuerdos o negociaciones se enlaza con esta idea, no se puede desconocer que el legislador peca en el sentido de ir en contra de lo que en apariencia ha predicado; esto es, que la pena permite la convivencia armónica y pacífica cuando ella es proporcional y justa.

Desde luego, en la medida en que la punibilidad se logre equilibrar con las garantías de las partes se podrá entender que la pena es necesaria; no obstante, plantear una barrera justo en frente del derecho a la igualdad en los casos de violencia sexual contra niños y adolescentes, exagera distinciones que alejan a la justicia de ese equilibrio. Para ampliar lo expresado se tendrá que admitir que el límite impuesto por el num. 7.º del artículo 199 desconoce,

por un lado, las finalidades propuestas por el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, y, por el otro, a la vez que se presenta formalmente como un mecanismo para reforzar el derecho de los niños y adolescentes víctimas y de penar al infractor, puede presentarse en sentido negativo según el contexto de la situación fáctica. Lo anterior significa que en casos concretos la inaplicabilidad de los beneficios puede redundar en el ámbito procesal en el desconocimiento de los derechos del niño y adolescente por la falta de celeridad judicial, por la revictimización de la que pueden ser objeto en el curso del proceso o porque, simplemente, por dilaciones injustificadas, por ejemplo, el procesado se puede sustraer de obligaciones que le correspondían.

Ello, visto desde la contera opuesta podrá significar que el procesado puede ver más afectados sus derechos en la búsqueda de una condena o puede, en caso de ser inocente, sufrir una mayor vulneración de los mismos, en virtud de un proceso que puede limitar sus posibilidades de defensa sobre todo en el caso de los preacuerdos (negociaciones). Igualmente, se entiende con amplitud en la literatura y en los mismos ordenamientos jurídicos que las penas excesivas son a todas luces incompatibles con un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, cuando se hace referencia a penas excesivas se alude a la desproporción de las mismas, pues si bien como se ha admitido la violencia sexual contra los niños y adolescentes es un hecho aberrante, lo es también que a la luz de la objetividad el exceso o proporcionalidad en las penas se mida de manera referencial. Es decir, se cuantifica en relación con la punibilidad de otras penas fijadas para delitos similares o en contraste con otros de menor identidad punitiva; a la vez que, como se explicitó anteriormente, las medidas punitivas deben favorecer el interés general en forma correlativa a la pena impuesta (Sent. C 806/2002, CConst., p. 15).

Por ello, el beneficio de la penalización sin rebajas de pena para quienes cometan delitos de violencia sexual contra niños y adolescentes debería ser –por lo menos– igual al que resultaría de aplicar justicia, incluso con rebajas de penas, a un sujeto que comete delitos relacionados con la violencia sexual

contra una persona de la tercera edad, un adulto discapacitado o una mujer embarazada, máxime si ellos también son sujetos de especial protección. No obstante, la ley nada señala sobre estos casos especiales respecto a la rebaja de pena, como sí lo ha hecho en el caso de los niños y adolescentes, por lo que esa restricción queda sometida al imperio decisorio del servidor judicial.

Además, como se ha dicho, pese a «que es al Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado y que desde esta perspectiva a él compete, por principio, efectuar una valoración en torno de los bienes jurídicos que ameritan protección penal» (Sent. C-334/2013, CConst., con. 3.4.2.2.), en realidad, la política criminal del Estado se alimenta de multiplicidad de factores legales y supraleales que la moldean. Lo anterior porque, aunque ciertamente el legislador tiene una libertad de configuración legislativa que le permite tomar decisiones en el sentido de proponer las normas, la punibilidad, entre otros, la realidad es la que termina por moldear el derecho con mayor facilidad a la que el derecho puede moldear la realidad.

Tal consideración se presenta en atención a que la mayor o menor punibilidad respecto de un asunto concreto va en directa correspondencia con el impacto social negativo que está presente, luego los delitos son acciones que tienen la identidad suficiente para alterar la realidad al punto de generar un problema que requiera la intervención del Estado para ordenar lo que corresponda e intentar corregir el problema que se presenta. Por lo tanto, la cuestión de la prohibición de la rebaja de penas en el caso concreto es un limitante al mismo acceso a la justicia, a la concreción de la política criminal restaurativa y resocializadora que pretende garantizar el Estado y las leyes y, por lo tanto, puede vulnerar también en el proceso derechos de las víctimas, a partir de su manejo.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez, D. A., García, J. A. & Osorio, D. A. (2018). La carga de la prueba en los delitos sexuales contra menores de edad. Cúcuta: Universidad Libre de Colombia-Tecnología

- en Investigación Criminal, 1-50. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/11543/Paper.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aponte, A. D. (1999). *Guerra y Derecho penal del enemigo: Aproximación teórica a la dinámica del Derecho Penal de emergencia en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Arango, R., Lemaitre, J., Burbano, C., Lamprea, E. & Rueda, P. (2002). *Jurisprudencia constitucional sobre el Derecho al Mínimo Vital*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Baratta, A. (2004). Principios del derecho penal mínimo. En A. Baratta, *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)* (pp. 299-333). Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bechara, A. Z. (2011). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Revista Saber, Ciencia y Libertad* 6 (2), 63-76.
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bovino, A. (2001). Procedimiento abreviado y juicio por jurado. En J. Maier y A. Bovino (Comp.), *El procedimiento abreviado* (pp. 53-96). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Brewer-Carías, A. R. (1995). El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. *Temas de Derecho Público*, (39), 1-79.
- Calsamiglia, A. (2003). *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. México: Fontamarrá.
- 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. *Nuevo Foro Penal*, 9 (80), 165-185.
- Consejo Superior de Política Criminal (2019). *Lineamientos de Política Criminal*. Bogotá: Ministerio de Justicia. http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Lineamientos_de_Pol%C3%ADtica_Criminal.pdf
- Constitución Política de Colombia (2016). Bogotá: Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura Centro de Documentación Judicial- CENDOJ Biblioteca Enrique Low Murtra-BELM. <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
- Chiesa, E. L. (1992). *Derecho procesal penal Puerto Rico y Estados Unidos* (Vol 2). Bogotá: Forum.
- Cuello, E. (1943). *Derecho Penal, Parte general* (Vol 1). Barcelona: Bosch.
- Del Moral García, A. (2008). La conformidad en el proceso penal (reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español). *Revista Autoritas Prudentium*, (1), 1-22.
- Drnas de Clément, Z. (2015, marzo 25). La complejidad del principio pro homine. *Revista Jurisprudencia Argentina (JA)* 2015-I, (12), 98-111.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón* (Trad. de P. Andrés Ibáñez et al.) Madrid: Trotta.

- Feuerbach, P. J. A. (1989). *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (trad. de Zaffaroni, E. R. & Hagemeyer, I.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Foucault, M. (1986). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Galain, P. (2005). La negociación en el proceso penal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* (7), 159-201.
- González, J. (2012). ¿Qué pasa con la pena hoy en día? *Revista electrónica Diálogos de Derecho y Política*, (9), 2-13. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/download/12318/11167/>.
- Guastini, R. (2015a). Interpretación y construcción jurídica. *ISONOMÍA N.º 43*, 11-48.
- Guastini, R. (2015b). La interpretación de la Constitución. En J. L. Fabra Zamora, & E. Spector, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Vol. III* (pp. 2011-2086). México: UNAM.
- Guzmán, L. L. & Jiménez, C. R. (2011). Principio de oportunidad y Política Criminal del Estado: inseguridad jurídica en Colombia. *Criterio Libre Jurídico*, 8 (1), 41-51.
- Lascuraín, J. A. (1998). La proporcionalidad de la norma penal. *Cuadernos de derecho público*, (5), 159-190.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de J. Cuello Contreras, 2.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Ley 12 (1991, enero 22). Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, «Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989». Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial No. 39640 de 22 de enero de 1991*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 890 (2004, julio 7). Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial No. 45.602 de 7 de julio de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, agosto 31) [C. P.P.]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 1098 (2006, noviembre 8) [C. I. A.]. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Congreso de la República de Colombia. *Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Mir, S. (1982). *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Bosch: Barcelona.

- Morillas, L. (2013). La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 4 (2), 1-26.
- Nietzsche, F. (2016). *Obras Completas, Volumen IV. Escritos de Madurez II y Complementos a la edición* (traducción, introducción y notas J. Aspiunza et al.). Madrid: Tecnos.
- ONU (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. *un.org*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Peces-Barba, G. (2009). Reflexiones sobre los derechos sociales. En R. García-Manrique (Coord.), *Derechos sociales y ponderación* (pp. 85-102). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Poncela, P. (1982). Por la pena, disuadir retribuir. *Nuevo Foro Penal*, (16), 905-916.
- Pulido, F. E. (2011): Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 4 (8), 165-180.
- Redacción Judicial (2019, mayo 27). Reportes de violencia sexual contra menores han aumentado 15% en 2019: Medicina Legal. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/reportes-de-violencia-sexual-contra-menores-han-aumentado-15-en-2019-medicina-legal-articulo-862894>
- Restrepo, H. A. (2007). Derecho penal internacional: entre eficientismo y garantismo. *Criterio Jurídico* (7), 427-451.
- Rojas, J. M. (2016). El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006: ¿Un desafío no superado por el sistema de control de constitucionalidad colombiano? *Revista de Derecho Público* (37) 1-34.
- Roth, A. N. (2002). *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora.
- Roxin, C. (2003). Informe final. En L. Arroyo Zapatero, U. Neumann, & A. Nieto Martín (Eds.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (pp. 317-330). Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha.
- Ruiz, A. (2012). 1991-2011: Reflexiones sobre 20 años de constitucionalización del derecho penal en Colombia. En *Estado y Derecho en clave Constitucional*. Tunja: Editorial Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Schünemann, B. (2007). El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. En R. Hefendehl, Andrew von Hirsch & Wolfgang Wohlers (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 191-220) Barcelona: Marcial Pons.
- Sentencia T-571 (1992, octubre 26). Acción de tutela [Expediente T-2635]. Magistrado Ponente: Jaime Sanin Greiffenstein. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-179 (1994, abril 13). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente P. E. 02]. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-031 (1995, febrero 2). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-676]. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-070 (1996, febrero 22). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-1021]. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-559 (1999, agosto 4). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-2297]. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-647 (2001, junio 20). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3292]. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1287 (2001, diciembre 5). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3549]. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-426 (2002, mayo 29). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3798]. Magistrada Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-806 (2002, octubre 3). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-3936]. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-939 (2002, octubre 31). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente RE 119]. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-454 (2006, junio 7). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5978]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-900 (2006, octubre 17). Acción de tutela [Expediente T-1412250]. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-738 (2008, julio 23). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-7003]. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-055 (2010, febrero 3). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-7807]. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2008, abril 8). Recurso de casación [Radicado: 25306]. Magistrado Ponente: Augusto José Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2008, septiembre 17). Recurso de casación [Radicado: 30299]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2009, julio 8). Recurso de casación [Radicado: 31063]. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia C-936 (2010, noviembre 23). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8131]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-365 (2012, mayo 16). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-8798]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-428 (2012, junio 8). Acción de tutela [Expediente T-3115240, T-3115241, T-3121736]. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2012, julio 11). Recurso de casación [Radicado: 38285]. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia T-283 (2013, mayo 16). Acción de tutela [Expediente T-3.567.368]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-334 (2013, junio 13). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-9371]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-438 (2013, julio 10). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-9389]. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-736 (2013, noviembre 3). Acción de tutela [Expediente T-3.938.570]. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-923 (2013, diciembre 6). Acción de tutela [Expediente T-3996.309]. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-177 (2014, marzo 26). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-9830 y D-9841]. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-387 (2014, junio 25). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-997]. Magistrado Ponente: Porge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-022 (2015, enero 21). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-10405]. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia T-718 (2015, noviembre 24). Acción de tutela [Expediente T-5.083.087]. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SP2196 (2015, marzo 4). Recurso de casación [Radicado: 37671]. Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia C-091 (2017, febrero 15). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-11506]. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-108 (2017, febrero 23). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-11528]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-287 (2018, julio 23). Acción de tutela [Expediente T-6.669.089]. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional [Colombia].
- Sierra, H. M., & Cántaro, A. S. (2005). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns.
- Silva, J. M. (2006). *La expansión del derecho penal*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F.
- Torre Cuadrada, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 131-157.
- UNICEF (1989, noviembre 20). Convención de los Derechos del Niño <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Uprimny, R. (2006). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. En *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal* (pp. 21-62). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Urbano, J. J. (2006). *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Velásquez, F. (2020). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General* [3.ª ed.]. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General* [2.ª ed.]. Buenos Aires: Ediar.

III Jurisprudencia

Las medidas cautelares como herramienta para la solución de situaciones de carácter estructural: La Jurisdicción Especial para la Paz y la protección de los comparecientes

*Andrés Sarmiento Lamus**

Resumen: Con el Auto 057 del 29 de abril de 2020, la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, de la Jurisdicción Especial para la Paz, decidió avocar el trámite oficioso de medidas cautelares de carácter colectivo, con el fin de proteger los derechos fundamentales del grupo de comparecientes ante este tribunal. La decisión reconoce la existencia de un fenómeno estructural y sistémico relacionado con las amenazas y muertes respecto de los comparecientes ante la Jurisdicción Especial para la Paz. El presente documento pretende analizar los aspectos más importantes que plantea esta decisión.

Palabras claves: Jurisdicción Especial para la Paz, Protección judicial, Medidas cautelares, Medidas cautelares colectivas.

Abstract: With Order 057 of April 29, 2020, the Absence of Acknowledgment of Truth and Responsibility of Facts and Conduct Section, of the Special Jurisdiction for Peace, decided to examine the processing of collective precautionary measures to protect the fundamental rights of the group of people who can appear before this tribunal. The decision admits the existence of a structural and systemic phenomenon related to the threats and deaths of those appearing before the Special Jurisdiction for Peace. This document seeks to analyze the most important aspects raised by this decision.

Keywords: Special Jurisdiction for Peace, Judicial protection, Precautionary measures, Collective precautionary measures.

* Profesor investigador de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; LLM (Adv.) en Derecho Internacional Público, Universidad de Leiden, Países Bajos. Correo de contacto: andres.sarmiento@usa.edu.co.

Apartes de la decisión

AUTO-057-2020 MC-FP-FARC

Bogotá D.C., 29 de abril de 2020.

Asunto: Avocar el trámite oficioso de medidas cautelares, vincular entidades y solicitar información.

Magistrada sustanciadora: Reinere Jaramillo Chaverra.

I. ASUNTO POR RESOLVER

La Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (en adelante SARV) de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, JEP) procede de oficio a avocar el trámite de medidas cautelares colectivas, con el fin de proteger los derechos fundamentales del grupo de comparecientes ante la JEP, mujeres y hombres de la Fuerza Pública y comparecientes de las antiguas FARC-EP, en situación de riesgo.

II. ANTECEDENTES

1. Entre el 13 de noviembre de 2016 y el 29 de marzo de 2020, se reportó la muerte de 193 excombatientes de las extintas FARC-EP, por presuntos hechos de violencia, sumados a amenazas y otras violaciones. El número de homicidios va en aumento desde 2016: 35 en el 2017, 64 en el 2018, 73 en el 2019 y 19 hasta el 29 de marzo de 2020¹.

2. Entre el 2017 y el 2019 se registró el mayor número de excombatientes muertos por homicidio. En Cauca y Nariño, alcanzan un 34%, mientras que en Antioquia, Caquetá, Norte de Santander y Putumayo, un 40%².

¹ Listado de asesinatos a los firmantes de la paz. Consejo Nacional de Reincorporación del componente FARC. Consultado 23/04/2020. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1hNaSx2fqamWjjGjahX2-4wO6kzceg-TC/view>. Asesinatos a la paz. Disponible en: <https://partidofarc.com.co/farc/2020/04/23/asesinatos-a-la-paz/>

² ¿Qué hay detrás de los asesinatos de los excombatientes de las Farc? Posconflicto. «Semana tuvo acceso a un dramático informe de la Comisión de la Verdad que pone en evidencia la violencia contra los desmovilizados y entrega datos inéditos de la arremetida contra la Farc que deja 194 muertos». En Revista Semana. 4/10/2020. Disponible en:

3. En el marco del caso 001, que adelanta la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas (en adelante Sala de Reconocimiento o SRVR) ante el riesgo extraordinario que arrojó el estudio de seguridad de 31 integrantes del Estado Mayor Central de las antiguas FARC-EP, sus familias y apoderados; ordenó el reforzamiento de medidas de protección de los comparecientes, a sus residencias, lugares de trabajo, ETCR, predios con proyectos productivos, sedes del partido político, «considerando la relación de esta garantía con sus derechos fundamentales a la vida, la integridad, la libertad, el debido proceso, las garantías de no repetición y el cumplimiento de su régimen de condicionalidad»³.

4. Con relación a los miembros de la Fuerza Pública, a la fecha 2663 personas han suscrito actas de sometimiento y compromiso con la JEP. Así mismo, ante la Sala de Reconocimiento, en el marco del caso 003, más del 90% de ese universo de comparecientes rinden cuentas, además, de la comparecencia en los macrocasos 002, 004, 005 y 006 y otras salas de justicia.

5. En la investigación del caso 003⁴ «se han identificado 4.439 víctimas de muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado entre 2002 y 2008», con un carácter nacional, y la priorización territorial de unidades militares con jurisdicción en los Departamentos de Antioquia, Casanare, Guajira, Huila, Meta, Norte de Santander y Cesar en «función al número de hechos, víctimas y del potencial ilustrativo de esas prácticas criminales». A la fecha, se han practicado más de 220 versiones voluntarias a ex miembros de la Fuerza Pública⁵.

6. En muchas de las versiones rendidas, los comparecientes de Fuerza Pública refieren casos de muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate, según información

<https://www.semana.com/nacion/articulo/que-hay-detras-de-los-asesinatos-de-los-excombatientes-de-las-farc/662409>

³ Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas. Auto del 18 de marzo de 2020. Medidas de protección para los exintegrantes del Estado Mayor Central de la Antigua guerrilla de las FARC, comparecientes del caso 001. Párr. 28.

⁴ Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas. Auto no. 005 de 2018. Caso 003. Avocar conocimiento del caso 003, a partir del Informe No. 5 presentado por la Fiscalía General de la Nación, denominado «Muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado».

⁵ Los grandes casos de la JEP. «03 muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate». Consultado el 22 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/03.html>

revelada por medios de comunicación, se ha filtrado información de algunos testimonios que «[...] ponen en riesgo los más de 1.750 comparecientes [...]»⁶.

III. CONSIDERACIONES

33. Para tomar la decisión de avocar las medidas cautelares colectivas, la SARV procede a identificar los instrumentos y fundamentos jurídicos que determinan y delimitan el derecho aplicable a la actuación, para garantizar los derechos fundamentales de mujeres y hombres comparecientes de Fuerza Pública y excombatientes de las FARC-EP, teniendo en cuenta los requisitos que se deben cumplir en esta actuación sobre la situación de gravedad y urgencia por riesgo de daño irreparable.

1.1. FUNDAMENTOS Y COMPETENCIA PARA AVOCAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

34. La Convención Americana de Derechos Humanos, vinculante para el Estado colombiano⁷ y en consecuencia para la JEP, entre las normas relacionadas con la garantía de los derechos fundamentales, dispone en el art. 2 el deber de adoptar medidas legislativas «[...] o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades reconocidos a toda persona sujeta a su jurisdicción [...]». Con relación a la protección judicial, el artículo 25 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CorteIDH), prescribe que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales⁸.

⁶ La JEP y el caso 003: muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del estado. En Revista Sur. 17 junio de 2019. By Albeiro Caro Leave a Comment. Disponible en:

<https://www.sur.org.co/la-jep-y-el-caso-003-muertes-ilegitimamente-presentadas-como-bajas-en-combate-por-agentes-del-estado/>

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-524 de 2005.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros v.s. Honduras. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 8 de octubre de 2015, Serie C, No. 30411.: «La Corte ha interpretado que el alcance de la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial, recogida en el texto del artículo 25 de la Convención, no se reduce a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales, sino que el Estado debe, además, adoptar medidas

35. En el deber de promover la observancia y defensa de los derechos humanos⁹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), conforme al artículo 25 de su Reglamento, puede solicitar la adopción de Medidas Cautelares, guarden o no conexidad con una petición o caso, cuando se relacionen con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano «[...]; para decidir, considerará la gravedad, la urgencia y el daño irreparable de la situación y la necesidad de proteger personas o grupos de personas, siempre que los beneficiarios puedan ser determinados o determinables por su pertenencia o vínculo a un grupo»; así como elementos identificativos, contexto, entre otros que estipula¹⁰.

36. Al resolver una solicitud de otorgamiento y adopción de medidas cautelares y al analizar los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad, la CIDH, reiteró que los hechos que motivan la solicitud, «no deben estar plenamente comprobados y que la información proporcionada debe ser apreciada desde una perspectiva *prima facie*»¹¹.

37. Sobre los condicionantes de gravedad y urgencia contenidos en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, tanto la Comisión como la CorteIDH, han insistido en el doble

positivas para garantizar que estos recursos sean efectivos para dirimir si ha habido una vulneración de derechos humanos y proporcionar la eventual reparación. En ese sentido, en los términos del citado artículo, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos». Ver párr. 232. En el mismo sentido: Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párr. 237; Caso Wong Ho Wing vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de junio de 2015, Serie C, No. 297, párr. 196; Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2015, Serie C, No. 309, párr. 239-240.

⁹ Carta de la Organización de los Estados Americanos. Art. 106.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Art. 25

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 47/2019. Decisión de Medida Cautelar No. 458-19. Miembros de la comunidad Guyraroká del Pueblo Indígena Guaraní Kaiowá respecto de Brasil. Del 29 de septiembre de 2019. Párr. 20. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2019/47-19MC458-19-BR.pdf>

carácter (cautelar y tutelar) de las medidas cautelares y provisionales. En su carácter tutelar, el propósito de las medidas es «evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos» mientras que en su carácter cautelar pretenden¹²:

[...] preservar una situación jurídica mientras está siendo considerada por la CIDH. El carácter cautelar tiene por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento en el Sistema Interamericano. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría hacer inoqua o desvirtuar el efecto útil (effet utile) de la decisión final. En tal sentido, las medidas cautelares o provisionales permiten que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, de ser necesario, cumplir con las reparaciones ordenadas. Para los efectos de tomar una decisión, y de acuerdo con el artículo 25.2 de su Reglamento, la Comisión considera que:

a. La «gravedad de la situación» implica el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;

b. La «urgencia de la situación» se determina por medio de la información aportada, indicando el riesgo o la amenaza que puedan ser inminentes y materializarse, requiriendo de esa manera una acción preventiva o tutelar;

c. El «daño irreparable» consiste en la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

38. Las medidas cautelares cuentan con amplio respaldo constitucional puesto que, «[d]esarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son instrumentos de naturaleza preventiva, dirigidos a proteger la integridad de un derecho, contribuyen a la igualdad procesal y garantizan de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso»¹³. [...]

42. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la JEP, Ley 1957 de 2019 (en adelante LEJEP o Ley Estatutaria), consagra una serie de previsiones dirigidas a garantizar la implementación del Acuerdo Final, entre ellas, artículo 2, disposiciones relativas a la protección de los derechos de las víctimas y de los comparecientes. En su artículo 6, dispone y autoriza al Estado para «adoptar los mecanismos de justicia y lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial el Derecho Internacional de los derechos humanos [...]» [...]

¹² Ver nota al pie. Párr. 19.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2004.

47. En el artículo 28 la Ley Estatutaria ordena al Estado que garantice la verdad, justicia, reparación y no repetición por medios razonables a su alcance y que:

[e]n cualquier caso, el Estado debe garantizar la no repetición de los delitos cometidos respecto a la Unión Patriótica, así como los falsos positivos, ejecuciones extrajudiciales, homicidios en personas protegidas, interceptaciones ilegales, desaparición forzada y creación, promoción, apoyo, tolerancia de grupos civiles armados organizados con fines ilegales de cualquier tipo.

48. En este marco, la competencia de la JEP para adoptar medidas cautelares que protejan a individuos y colectivos que intervienen ante la jurisdicción responde a los objetivos del Sistema Integral, como son el deber de respeto y protección de los derechos humanos¹⁴ y la obligación de garantizar la verdad, justicia, reparación y no repetición¹⁵, así lo destacó la Corte Constitucional:

Esta Corporación encuentra que la protección de los procesados, víctimas, testigos e intervinientes en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, tiene pleno sustento constitucional, tanto en el derecho primordial a la vida, a la integridad física y seguridad personal (art. 11 C.P.), que es el fundamento para la garantía de los demás derechos fundamentales, así como en los derechos fundamentales de las partes dentro de los procesos que se adelanten ante la JEP, particularmente el debido proceso (art. 29 C.P.), y los derechos de los testigos y de las víctimas del conflicto a ser protegidas (art. 250 C.P.), así como en la finalidad esencial de la justicia transicional de lograr la finalización del conflicto armado y la no repetición de hechos violentos para lograr la consolidación de una paz estable y duradera (art. 22 C.P.) y la máxima garantía posible de los derechos de las víctimas (Preámbulo y arts. 1, 2, 22, 67, 93, 95, 189, 218 C.P., entre otros; y, Actos Legislativos 01 y 02 de 2017)¹⁶. [...]

51. Para proteger a las víctimas y sujetos procesales (comparecientes), el artículo 22 de la Ley de Procedimiento de la JEP, establece que la Sala o Sección de conocimiento podrá, «[e]n todos los procesos que se adelanten ante la JEP, en cualquier estado del proceso, de oficio o por petición debidamente sustentada, (...) decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias relacionadas con situaciones de gravedad y urgencia», entre las cuales relaciona las siguientes:

1. Evitar daños irreparables a personas y colectivos.
2. Proteger y garantizar el acceso a la información que se encuentra en riesgo inminente de daño, destrucción y/o alteración.

¹⁴ Ley 1957 de 2019. Art. 27

¹⁵ Ley 1957 de 2019. Art. 28

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

3. Garantizar la efectividad de las decisiones.
4. La protección de las víctimas y el real restablecimiento de sus derechos.
5. Las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, su protección y el restablecimiento de sus derechos.

Estas medidas solo recaerán sobre los sujetos procesales de competencia de la JEP, sin perjuicio de los derechos de las víctimas, quienes tendrán prelación sobre los demás actores. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento¹⁷. [...]

52. Con relación a las medidas cautelares de que trata esta providencia, se tiene en cuenta que, dada su naturaleza preventiva, es un asunto de competencia de la JEP, en cumplimiento del deber de garantía de los derechos fundamentales de los comparecientes, en ese sentido se avoca como:

a. Un trámite de oficio de protección colectiva, dirigido al cumplimiento de los objetivos del SIVJRNR, sustentado en los principios de integralidad y transformación¹⁸ y las garantías de no repetición que caracterizan a la justicia transicional y restaurativa;

b. Tiene por objeto emitir órdenes y recomendaciones que protejan los derechos fundamentales a la vida, seguridad personal e integridad de los comparecientes de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP y en consecuencia asegurar su participación efectiva en la JEP y en el Sistema Integral¹⁹;

c. Se enfoca en examinar la situación victimizante frente a la garantía de los derechos fundamentales de los comparecientes en el marco del principio de seguridad humana; un componente del sistema de justicia que «[t]rasciende el ámbito de los casos particulares [...]» y que [c]omprende una transformación continua [...]»²⁰, conforme a los propósitos de la implementación del Acuerdo Final, consolidación de la paz y la reconciliación, por ende, con una finalidad propia y diferente a las que se adoptan por otras jurisdicciones. [...]

54. La Ley 1922 de 2018, en su artículo 23, consagra la competencia específica para proteger personas y **colectivos** que intervengan ante la jurisdicción al

¹⁷ Ley 1922 de 2018. Art. 22 (subrayado fuera de texto).

¹⁸ Beristain, Carlos Martín. Diálogos sobre la reparación. Ministerio de Justicia y derechos Humanos. Quito, Ecuador. 2009. Prólogo. p. 198.

¹⁹ Tribunal para la Paz. SRVR. Auto 175 de 2019. Párr. 137.

²⁰ Teitel, Ruti G. Justicia Transicional. Traducción de María José Viana Cleves. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2017. p. 510.

Disponer la protección de personas o **grupos de personas** que intervengan ante la JEP, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica, o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización.

55. Así mismo, la Ley 1957 de 2019, art. 19 le atribuye a la JEP la competencia para proteger a procesados, víctimas, testigos e intervinientes, función que no se limita a individuos, y la Ley 1922 de 2018, en su art. 18 establece que las medidas cautelares pueden **«evitar daños irreparables a personas y colectivos»**²¹.

56. Esta competencia se funda en la finalidad esencial de proteger los derechos humanos²² y el aporte de los comparecientes al SIVJRNR, pues un modelo de justicia restaurativa como el de la JEP «aboga por un proceso en el que la víctima y el victimario, y cuando lo amerite, la comunidad o los terceros afectados por el delito, participen de manera conjunta y activa en la resolución de los conflictos derivados de la comisión de dicho delito», así lo asegura la Sección de Apelación cuando asegura que²³:

Para reencontrar unos y otros el valor intrínseco de la vida que es la dignidad, la justicia transicional y el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición asumen que la verdad sobre lo sucedido y sus responsables es un objetivo prevalente y superior al castigo retributivo. Contribuir con la verdad de los hechos, del cómo, por qué y quién tomó decisiones incorrectas y acciones destructivas, tiene en las víctimas y en los infractores, unas y otros deseos de reconstruir sus vidas, un efecto reparador. Los jueces transicionales son solo un medio para ello, y su función debe combinar el conocimiento jurídico con sensibilidad y empatía hacia las víctimas²⁴. [...]

59. En virtud de esta función, el colectivo de comparecientes tiene un papel esencial en el SIVJRNR, materializado en la suscripción de un acta de compromiso²⁵ que les exige el cumplimiento de obligaciones derivadas del régimen de condicionalidad, pero también los hace destinatarios de medidas de protección como intervinientes ante la JEP, se encuentren o no, vinculados formalmente a un caso en particular.

²¹ Ley 1922 de 2018. Art. 21.1. (negrilla y subrayado fuera de texto)

²² Ley 1957 de 2019. Art. 27.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

²⁴ Tribunal para La Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 068 de 2018.

²⁵ Tribunal para La Paz Sección de Apelación. Auto TP-SA N.º 015 de 2018. En igual sentido: Tribunal para La Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 039 de 2018 y Auto 040 de 2018.

60. Las personas comparecientes ante la JEP adquieren derechos y obligaciones ante el Sistema Integral, un lugar fundamental le corresponde a la verdad²⁶, la garantía de la no repetición y el deber de no volver a las armas²⁷, los cuales se complementan con la restitución plena de la ciudadanía y la participación democrática, que solo es posible si se garantiza el libre ejercicio de sus derechos fundamentales y no ser víctimas de una violencia que decidieron abandonar.

61. Hasta el momento, la JEP ha enfocado la adopción de las medidas cautelares en la protección de personas individualizadas, lo cual es necesario pero insuficiente, pues la comparecencia responde a un régimen de condicionalidad que engloba y compromete al SIVJRNR con la construcción de paz y la reconciliación.

62. Por lo anterior, las medidas cautelares son una oportunidad para materializar el perfil restaurativo del trabajo de la Jurisdicción²⁸. En ese sentido, debe evaluarse la necesidad de adoptar la protección colectiva de quienes hicieron parte de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP, de lo contrario no solo se afectan gravemente sus derechos humanos, sino que se pone en riesgo el SIVJRNR, pues el rol de los comparecientes es esencial para el modelo de justicia restaurativa que desarrolla la JEP y su protección forma parte de la garantía de sus derechos²⁹.

63. Conforme al artículo 23 de la Ley de Procedimiento de la JEP, las medidas cautelares deben «tener relación necesaria con la protección de los derechos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición» y pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o suspensivas. En ese sentido, dispone que las Salas o Secciones decretarán las medidas que consideren pertinentes y adecuadas para proteger personas determinadas o determinables, con obligación de seguimiento e imposición de sanciones en caso de incumplimiento³⁰.

64. En su esfuerzo por construir una verdad judicial extensa y profunda, la JEP responde a la jurisprudencia nacional que entiende el esclarecimiento de los hechos del

²⁶ Tribunal para la Paz. SARV-Auto. AT-011 de 2020. Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado - MOVICE: «En su esfuerzo por construir una verdad judicial extensa y profunda, la JEP responde a la jurisprudencia nacional que entiende el esclarecimiento de los hechos del conflicto como un fin en sí mismo pero, a la vez, como una medida de reparación de las víctimas que tiene la vocación de prevenir la repetición de las conductas violatorias de sus derechos». Párr. 23

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017.

²⁸ Tribunal para la Paz. SARV. Auto AT-11 de 2019. Párr. 37.

²⁹ Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. Auto TP-SA 068 de 2018.

³⁰ Ley 1922 de 2018. Art. 25.

conflicto como un fin en sí mismo y como una medida de reparación de las víctimas con vocación de prevenir la repetición de las conductas violatorias de sus derechos y de la violencia en el país.

65. Así mismo, el Juez por su carácter constitucional, puede proceder de oficio cuando advierte que la vulneración o amenaza para los derechos fundamentales persiste, como en este caso, que las medidas de protección individual resultan insuficientes para impedir que el ciclo de violencias continúe con el riesgo inminente de daños irreparables³¹, de forma tal, que el Juez, si lo considera necesario proceda a acopiar «[l]os elementos que le permitan comprender a cabalidad cuál es la situación [...]»³².

66. Ante ese escenario, las medidas cautelares de tipo colectivo pueden contribuir a la solución con respuestas estructurales e integrales, en la medida en que las garantías de los derechos fundamentales reclaman ser aplicadas en su interdependencia, indivisibilidad y progresividad³³, junto al principio transformador que caracteriza a la justicia de transición y que obliga a la JEP a desarrollar en sus decisiones el paradigma restaurativo. En la SARV existen decisiones precedentes sobre la necesidad de adoptar medidas colectivas, cuando se valora que las de protección personal son insuficientes³⁴.

67. Con relación a la aplicación de medidas cautelares en *sentido colectivo*, también, se trae a colación la experiencia de la Sala de Reconocimiento, que para asegurar que comunidades víctimas pudieran continuar su participación en la Jurisdicción, señaló que: «las funciones y tipos de actividades [de la JEP] en todo momento se combinan y alternan con el fin de progresivamente alcanzar verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición»³⁵ y que su labor de:

³¹ Tribunal para la Paz. SARV-M.C. 002 de 2018, Autos AT-076 y AT-107 de 2019. «Adoptó de manera oficiosa una medida cautelar orientada a proteger cuerpos esqueletizados ubicados en el laboratorio de osteología de la Universidad de Antioquia».

³² Corte Constitucional. Sentencia SU 108 de 2018. Párr. 6.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 2013. «el alcance del principio de progresividad... [n]o puede servir de base para relevar al Estado de la obligación de adoptar medidas inmediatas para la protección del derecho, evitar que se impongan discriminaciones injustificadas para su goce efectivo, ni tampoco, como se explicará más adelante, negar el carácter interdependiente e indivisible de los derechos». (subrayado fuera de texto). Disponible en:

³⁴ Tribunal para la Paz. SARV-M.C. 002 de 2018, Autos AT-076 y AT-107 de 2019. «Adoptó de manera oficiosa una medida cautelar orientada a proteger cuerpos esqueletizados ubicados en el laboratorio de osteología de la Universidad de Antioquia».

³⁵ Tribunal para la Paz. Sección de Apelación. Sentencia interpretativa TP-SA-SENIT de 2019. «Sobre beneficios provisionales, régimen de condicionalidad y participación de

[...] administración de justicia debe orientarse hacia la acción sin daño, (...) [l]o cual se traduce, al menos en parte, en que la configuración sustancial, pero también procedimental de la Jurisdicción, debe servir para neutralizar cualquier asomo de revictimización. De manera que la JEP tiene más que un deber de abstención, que se logra con políticas de precaución y respeto. Le corresponde, igualmente, un mandato de acción, para lo cual debe diseñar y ejecutar mecanismos judiciales destinados a la protección y garantía de los derechos de las víctimas. Durante su paso por la JEP, estas personas corren el riesgo de sufrir nuevos vejámenes. Maltratos que pueden tener origen en sus presuntos agresores [...]³⁶.

1.2. LA MEDIDA CAUTELAR: GARANTÍA DE SEGURIDAD INTEGRAL

68. La Corte Constitucional para dar alcance al contenido de la noción de seguridad, ha reiterado que la seguridad tiene una triple connotación jurídica: como valor constitucional, derecho colectivo y derecho fundamental, dada su relevancia para este trámite, se transcriben a continuación³⁷.

El carácter de valor constitucional se colige del preámbulo de la Constitución, al indicar que fue voluntad del pueblo soberano asegurar la vida, la convivencia y la paz, y del artículo 2º, según el cual las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. De esta manera, ha estimado que la seguridad se constituye en uno de los puntos cardinales del orden público, en tanto garantía de las condiciones necesarias para el ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales por parte de las personas que habitan el territorio nacional

También, ha precisado que la seguridad es un derecho colectivo, es decir, un derecho que asiste en forma general a todos los miembros de la sociedad, quienes se pueden ver afectados por circunstancias que pongan en riesgo bienes jurídicos colectivos tan importantes para el conglomerado social, como el patrimonio público, el espacio público, la seguridad y salubridad públicas, la moral administrativa, el medio ambiente o la libre competencia económica (Art. 88, C. P.).

Finalmente, ha considerado la seguridad como derecho individual, en la medida en que es aquél que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a [amenazas] que no tienen

víctimas». Rad. 2018335008002. Párr. 16.

³⁶ Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Caso 004. Auto 175 de 2019 (subrayado fuera de texto).

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 2013.

el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades del Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad.

69. Entre los compromisos asumidos por el Estado en el Acuerdo Final, para terminar el conflicto y construir la paz, dirigidos a garantizar la seguridad, en el inciso 2.1.2 del punto 2 sobre «Participación política: apertura democrática para construir la paz», se acordó un Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política como un marco de garantías de los derechos y libertades y busca asegurar la promoción y protección de la persona, el respeto por la vida y la libertad de pensamiento y opinión [...]»³⁸.

70. El sistema de seguridad se previó integrado por los siguientes elementos: a) de adecuación normativa e institucional a través de una instancia de alto nivel dependiente de la Presidencia de la República, articulado con la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía y la Procuraduría, que entre otros fines fortalezca la capacidad investigativa y de judicialización para quienes ejercen la política; b) de prevención a través de un sistema de alertas tempranas; c) «de protección encargado de elaborar un programa de protección especializada para las personas integrantes del nuevo movimiento político que surja del tránsito de las FARC-EP a la actividad política legal»; d) de evaluación y seguimiento, que debería incluir información específica sobre los riesgos y amenazas contra la participación y representación política, social y comunitaria de las mujeres, entre otros aspectos relevantes³⁹.

71. El Acuerdo Final en el punto 3, estableció garantías de seguridad para quienes participan en su implementación y la construcción de la paz, que sean víctimas de atentados contra su vida e integridad. Entre ellas, creó la *Comisión Nacional de Garantías de Seguridad*, que es un mecanismo de seguimiento a la política pública, consistente en el desmantelamiento de organizaciones sucesoras del paramilitarismo y de sus redes de apoyo; además, la *Unidad Especial de Investigación para el Desmantelamiento de Organizaciones y Conductas Criminales responsables de homicidios y masacres*, de la FGN; de la integración de un cuerpo elite en la Policía Nacional; de un sistema integral de medidas de protección y seguridad personal y colectiva; y otros instrumentos que conforman el sistema⁴⁰. [...].

³⁸ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. La Habana, 12 de noviembre de 2016. p. 38, punto 2, inciso 2.1.2.

³⁹ Ver Nota al pie 84. Punto 2, inciso 2.1.2.1. pp. 39 y 40.

⁴⁰ Ver nota al pie 84. Punto 3 del Acuerdo Final

78. Esta Sección reitera que la decisión de avocar la presente medida de protección colectiva tiene un carácter complementario, por tanto, no limita ni excluye la continuidad de las medidas cautelares a cargo de las demás Salas y Secciones, en el marco de los trámites y casos que tengan para su conocimiento. En cumplimiento de sus funciones los despachos tienen la obligación de continuar ordenando las medidas de protección que consideren oportunas frente a las situaciones concretas que se presenten.

79. El examen de las diversas fuentes aportadas a este trámite, evidencia, *prima facie*, la existencia de un fenómeno estructural y sistémico, que desborda el examen del caso a caso, de las medidas de protección adoptadas por la JEP, tanto para comparecientes de la Fuerza Pública como de las antiguas FARC-EP.

1.3. ANÁLISIS INICIAL DE GRAVEDAD Y URGENCIA

• *Sobre la gravedad*

80. El registro del homicidio de 193 personas comparecientes de las antiguas FARC-EP y las amenazas continuas a estos; el resultado del estudio de seguridad efectuado por la UIA, presentado a la Sala de Reconocimiento, que concluye la alta vulnerabilidad por su condición de población en proceso de reincorporación y el riesgo extraordinario que afrontan los excombatientes del Estado Mayor Central de las antiguas FARC-EP, sumado a otras condiciones de inseguridad personal de otros comparecientes que se conoce en la JEP, denota la gravedad de la situación que emerge del contexto.

81. Las amenazas y los homicidios sucesivos contra excombatientes afectan sus derechos fundamentales a la vida, integridad, seguridad y reincorporación; pero también ponen en riesgo la posibilidad de conocer de forma completa y exhaustiva la verdad con la que se han comprometido ante el SIVJRNR. Además, la muerte de cada persona debilita la confianza en la realización del derecho fundamental a la paz, la consolidación de la democracia, la confianza cívica en las instituciones deja la verdad de los hechos en los sepulcros e impide el cumplimiento del punto de víctimas del Acuerdo Final y los fines de la justicia transicional y restaurativa.

82. Respecto a la Fuerza Pública, se conoce la solicitud de medidas de protección de 16 comparecientes que podrían verse expuestos a graves riesgos para la vida, integridad, seguridad personal, así como el peligro para la comparecencia y el aporte a la verdad del conflicto armado. Basta con citar que se han rendido más de 220 versiones voluntarias en el marco del caso 003, y el impacto que genera el aporte temprano a la verdad plena, sobre

ejecuciones extrajudiciales y posteriores inhumaciones en el cementerio Las Mercedes de Dabeiba, Antioquia⁴¹.

83. Este compromiso con la verdad implica que los miembros de la Fuerza Pública que aportan verdad de manera completa y exhaustiva en su comparecencia ante la JEP se ven expuestos a situaciones que amenazan sus derechos fundamentales a la vida, integridad y seguridad.

• *Sobre la urgencia*

84. En los Antecedentes de esta decisión existe amplia y suficiente información que fundamenta la magnitud de los hechos de violencia que afectan de forma continua los derechos fundamentales de los comparecientes de Fuerza Pública y de las extintas FARC-EP, quienes se encuentran en circunstancias que reflejan la compleja situación de seguridad que afrontan en un contexto del surgimiento de nuevos focos de violencia y fuentes de riesgo en el país. [...]

86. Aunque existen medidas de protección personales que se han otorgado a algunos de los miembros de las antiguas FARC-EP, los riesgos continúan alcanzando el nivel de extraordinarios, sin que, haya sido posible detener el fenómeno. Esta situación también amenaza a comparecientes de la Fuerza Pública en condiciones de inseguridad, quienes han solicitado medidas de protección por el temor de perder la vida. [...]

89. La decisión de avocar el conocimiento de este asunto no da espera, pues cada día se agudiza más el riesgo para la vida de las personas y los comparecientes. En consecuencia la SARV conforme a los parámetros que le imponen los marcos de referencia de aplicación de la justicia restaurativa, observa, y considera necesario verificar la forma como alrededor de la seguridad integral se articulan y combinan las instituciones encargadas de protegerlos; así como su efecto en los mecanismos y medidas de justicia transicional frente a: [l]os objetivos deseados de evitar la repetición, la reinstauración o el surgimiento del horror...]⁴², al garantizar el derecho a la seguridad conforme a los objetivos previstos por el SIVJNR. [...]

⁴¹ Revista Semana. La JEP ha exhumado 54 cuerpos en cementerio de Dabeiba. El organismo de justicia transicional adelanta investigaciones sobre personas sepultadas que habrían sido víctimas de ejecuciones extrajudiciales. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-jep-recupero-otros-37-cuerpos-en-cementerio-de-dabeiba-i-semana-noticias/652829>.

⁴² Olsen, Tricia D. Justicia transicional en equilibrio: comparación de procesos, sopeso de su eficacia. Tricia D. Olsen, Leigh A. Payne, Andrew G. Reiter. Bogotá. Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2016. Prólogo.

92. Esa situación exige para el juez en su condición de garante, un estudio global a fin de identificar la gravedad y urgencia, en el marco del cumplimiento de las obligaciones adquiridas y sobre el tratamiento equilibrado, simultáneo y simétrico que se debe aplicar a quienes deben rendir cuentas ante la JEP. Existen obligaciones constitucionales y legales de protección urgentes cuando la vida de los comparecientes, su integridad física o libertad están en riesgo grave.

93. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sección concluye que la información, valorada en el contexto de la situación fáctica fundamentada, es suficiente para considerar a primera vista desde el estándar que se exige legalmente, que los derechos a la vida e integridad y seguridad de los comparecientes se encuentran frente a graves amenazas de daño irreparable que ameritan su conocimiento.

1.4. SOBRE EL SENTIDO DE LA DECISIÓN

94. Teniendo en cuenta que la responsabilidad de proteger la vida, integridad y seguridad personal de mujeres y hombres comparecientes de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP expuestos a graves riesgos, compromete a distintas entidades estatales, conforme a sus competencias, la Sección procederá a vincular y solicitar información a las entidades que pueden ser afectadas con las decisiones que se adopten y la solicitud de información a algunas instancias de la JEP, como se presentan a continuación [...]

En mérito de lo expuesto, la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad de la Jurisdicción Especial para la Paz.

RESUELVE

PRIMERO.- AVOCAR de oficio el trámite de una medida cautelar colectiva con relación a la protección integral de comparecientes de la Fuerza Pública y de las antiguas FARC-EP.

SEGUNDO.- VINCULAR y SOLICITAR INFORMACIÓN a las instituciones mencionadas a continuación, para que en el término de veinte (20) días, suministren la información requerida en los párrafos del acápite de las Consideraciones correspondientes al numeral 3.4. de este auto: [...]

QUINTO.- COMUNICAR la presente decisión a la Procuraduría Delegada con Funciones de Coordinación de Intervención para la Jurisdicción Especial para la Paz, con el propósito de que actúe en representación del Ministerio Público.

Comentario

Introducción.

En el auto mediante el cual la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, decide avocar el trámite de una medida cautelar colectiva, aborda diversos aspectos. Estos pueden ser clasificados en dos grandes grupos: Por una parte, aquellos que guardan relación con cuestiones que tienen una incidencia a nivel interno; concretamente, la función judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz, el trámite de medidas cautelares y las condiciones para que estas sean otorgadas. Por otra parte, obligaciones internacionales del Estado; concretamente, en materia de derechos humanos a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se analiza estos aspectos como los más importantes del auto proferido por la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. También, se presentaran algunas reflexiones finales con el propósito de fomentar futuras discusiones académicas sobre los que serán abordados.

La función judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Según los términos del Acuerdo de Paz, la Jurisdicción Especial para la Paz hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición. Su función está encaminada a la administración de justicia, concretamente la investigación, esclarecimiento, persecución y sanción de las graves violaciones a derechos humanos y las graves infracciones a los derechos humanos.

A su vez, en lo relativo a las garantías de seguridad para la implementación del Acuerdo de Paz, el punto 3.4.3. de este instrumento hace referencia a la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad, la cual tiene por objeto

«[...] el diseño y hacer el seguimiento de la política pública y criminal en materia de desmantelamiento de cualquier organización o conductas de que trata este acuerdo que amenacen la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz».

De esta manera, en principio la función judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz parecería no poder extenderse hacia aspectos o temáticas en los cuales el mismo Acuerdo de Paz concibió la creación de una institución encargada de los aspectos relativos a las garantías de seguridad. Toda decisión que adopte la Jurisdicción Especial para la Paz debe limitarse a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de su función judicial, sin que ello implique una apropiación de tareas propias de otros órganos.

Este aspecto relativo a la función judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz, en relación con situaciones de carácter estructural relativas a la seguridad, no puede ser considerado como un asunto aceptado de manera pacífica. Al respecto, vale la pena hacer referencia al salvamento de voto anexo por el magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Iván González Amado, en el Auto 159 mediante el cual fueron decretadas medidas cautelares en favor de las comunidades habitantes del pueblo indígena del Alto Guayabal y las Zonas Humanitarias y Zonas de Biodiversidad de las cuencas de los ríos Juguamiandó y Curbaradó. Los aspectos señalados en su salvamento de voto, condensan de manera clara las objeciones y dificultades que plantea el otorgamiento de medidas cautelares con el fin de remediar situaciones de carácter estructural.

En este asunto, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas decidió decretar medidas cautelares, a pesar de que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional y el Juzgado Civil de Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdó habían ordenado medidas cautelares. Por cuenta de esta situación, señaló en su decisión que:

[...] las órdenes que se emiten en esta providencia de la JEP tienen un objetivo y finalidad distinto, se plantean en un contexto diferente, aplicando un nuevo marco

de justicia transicional, y a partir de competencias específicas determinadas por la Constitución Política. Su objetivo y finalidad es proteger la vida y seguridad de las personas y comunidades que ya han acudido ante esta jurisdicción, para que puedan participar o continuar sin obstáculos su participación ante la JEP, a fin de garantizar plenamente los derechos a la justicia, verdad, reparación y no repetición.

A la luz de lo anterior y considerando la grave la situación de seguridad que históricamente han vivido las personas que habitan en la zona, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas no limitó sus órdenes hacia el desarrollo de acciones positivas que garanticen la vida, integridad física y libertad personal de los habitantes de la zona. También incluyó (i) la señalización humanitaria en las poblaciones mediante vallas, emblemas, banderas o carteles con mensajes alusivos a la defensa de los derechos humanos, (ii) el desarrollo de campañas a favor de la paz y reconciliación en los municipios objeto de la decisión.

En relación con lo decidido por la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, el magistrado González Amado señaló que a pesar de:

[...] [compartir] la preocupación de la Sala por la situación de carencias y afectación a los derechos humanos de los pobladores y región. Mencionados, así como la necesidad de que se brinden soluciones efectivas y adecuadas a una problemática –compleja y estructural– que disminuye el legítimo goce de los derechos de los integrantes de estas comunidades; sin embargo disiento de la posición adoptada por la mayoría que considera que la Jurisdicción Especial para la Paz, por medio del procedimiento previsto para el otorgamiento de medidas cautelares, es la competente para dar respuesta a las necesidades estructurales que en materia de protección de los derechos humanos tienen quienes viven en estas zonas del país, y que son consecuencia tanto del conflicto armado que han tenido que soportar como de la ausencia histórica del Estado.

En razón a lo anterior, se afirma que las medidas resultan contrarias al alcance que deben tener las medidas cautelares otorgadas en un proceso judicial, además de constituir una violación al principio de división de poderes por suponer injerencias indebidas en las competencias de otras instituciones del Estado. Respecto del primero de estos aspectos, el magistrado indica que

en consideración al contenido y al alcance que el artículo 23 de las Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1922 de 2018) establece para las medidas cautelares, están encaminadas únicamente a solucionar aquellas situaciones especialmente graves que afectan o puedan llegar a afectar la participación de algunas personas en el proceso ante la JEP. Por esta razón, considera:

[...] la Jurisdicción Especial para la Paz se aparta de sus deberes constitucionales y legales, desborda su competencia como órgano jurisdiccional y persigue, sin estar en su resorte, el remedio a situaciones de discriminación y vulneración estructural de derechos de las comunidades solicitantes. [...] no puede arrogarse competencias para dirigir el Estado colombiano en general, por más de que sus objetivos de protección de derechos sean los más loables. Las crisis estructurales y las violaciones masivas a los derechos humanos deben ser una preocupación que comparta todo el Estado, pero su superación está a cargo de las distintas entidades según sus competencias constitucionales y legales. [...] no le corresponde a la JEP a defensa en general de todos los derechos de los ciudadanos, ni siquiera de los derechos en abstracto de las víctimas del conflicto armado, como parece insinuarlo la providencia de la que me aparto.

Estos apartes de las consideraciones hechas en el proveído sintetizan, en buena medida, los aspectos que el otorgamiento de medidas de carácter estructural presenta para la JEP desde una perspectiva de su función judicial. Así, precisamente, desde ese ángulo es pertinente preguntarse si las medidas cautelares constituyen el mecanismo adecuado para enfrentar y remediar situaciones de carácter estructural. Incluso, la misma razón de ser y el mandato otorgado a la JEP también conducirían a preguntar si parte de su función judicial incluye el remediar las situaciones de carácter estructural que guarden relación con el conflicto armado.

Ahora bien, es indispensable analizar la providencia adoptada por la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, a partir de las consideraciones que motivaron su pronunciamiento: la necesidad de asegurar la presencia de los comparecientes ante la JEP, especialmente quienes cometieron los crímenes y cuyo relato es fundamental para la construcción de la verdad que las víctimas buscan.

Por consiguiente, se considera que la adopción de una medida de carácter estructural no parece rebasar su función judicial, considerando los sujetos a los que va dirigida y las razones que motivan la decisión de avocar conocimiento de la misma.

El trámite de medidas cautelares y las condiciones para que estas sean ordenadas.

La facultad para ordenar medidas cautelares encuentra su fundamento en el artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz. Esta norma otorga una amplia facultad al tribunal para adoptar las cautelas adecuadas y necesarias de conformidad con la respectiva ley de procedimiento, con el fin de proteger *inter alia* los derechos de los procesados e intervinientes ante ella. En desarrollo de esta potestad, la norma que estableció las Reglas de Procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1922 de 2018), indica que cualquier sala o sección del tribunal puede ordenar medidas cautelares con el fin de evitar daños irreparables a personas y colectivos.

Además de la necesidad de demostrar el cumplimiento de los criterios de gravedad, urgencia y daño irreparable que supone el otorgamiento de medidas cautelares, en lo relativo a la necesidad de evitar daños irreparables a colectivos de personas también resulta necesario que este grupo de personas pueda ser determinado o determinable. En relación con estos criterios, se quiere resaltar que aun cuando el grupo de beneficiarios de las medidas cautelares es determinable, el análisis en relación con la configuración de los criterios de gravedad, urgencia y daño irreparable, puede eventualmente resultar problemático.

En la adopción de medidas frente a este tipo de grupos, el análisis de los criterios se hace a partir de la información de carácter general disponible. De esta manera, bien puede ocurrir que no todo el grupo de personas se encuentre en una situación de gravedad y urgencia. En ese sentido, es posible llamar la atención sobre la necesidad de un análisis sectorizado (e. g. zonas

geográficas) o por grupos más específicos de comparecientes, en tanto la gravedad, la urgencia y el daño irreparable pueden no llegar a configurarse en relación con algunas de las personas que componen el universo de comparecientes ante la Jurisdicción Especial para la Paz. Este es un punto importante en tanto puede llevar a que no resultara necesaria la adopción de medidas de carácter estructural.

La Jurisdicción Especial para la Paz y las obligaciones en materia de derechos humanos.

Uno de los aspectos más interesantes en relación con el Auto 057 de la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, se encuentra en el fundamento dado para avocar conocimiento de la situación y ordenar la adopción de medidas cautelares de carácter estructural. Así, el primer fundamento normativo al cual hace referencia es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente el artículo 25 que consagra el derecho a la protección judicial. Esta es una cuestión fundamental, en tanto la misma Sección de Primera Instancia parece querer mostrar que las medidas cautelares pueden presentarse como el recurso adecuado y efectivo, para la protección de la vida e integridad de los comparecientes ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

De hecho, es esta referencia al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que también lleva a la Sección de Primera Instancia, a adoptar una postura análoga a la de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en relación con la finalidad de las medidas cautelares. Así, las mismas no tienen un carácter exclusivamente cautelar. También incluyen uno de carácter tutelar. De esta manera, las medidas cautelares que ordene la Jurisdicción Especial para la Paz, no se limitarán a asegurar la integridad y efectividad de una posterior decisión de fondo. Así mismo, tendrán por objeto evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos de los comparecientes.

Todo lo anterior, tiene consecuencias en la aplicación del principio de complementariedad por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en relación con solicitudes de medidas cautelares o provisionales y la presentación de peticiones, que guarden relación con alguno de los aspectos que la Sección de Primera Instancia para Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad abordó en su Auto 057. En este sentido, el otorgamiento de una medida cautelar encaminada a remediar situaciones de carácter estructural, puede llevar a que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se abstengan de ordenar medidas cautelares o provisionales, al igual que ello puede tener incidencia en la admisibilidad de peticiones e incluso en relación con los aspectos de fondo de las mismas, por cuenta de poder presentar este tipo de medidas cautelares un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de la vida e integridad personal de los comparecientes ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

En fin, esa es la trascendencia y la importancia del pronunciamiento que motiva esta reflexión con la cual se quiere abrir un espacio para el necesario debate sobre estas difíciles e importantes materias.

IV

Reseñas y reseñaciones

Quijano, Arturo A. (2021). *Ensayo sobre la Evolución del Derecho Penal en Colombia. Derecho Nacional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Estudio preliminar de C. A. Gálvez Argote & C. A. Gálvez Bermúdez

*Fernando Velásquez Velásquez**

Ciento veintidós años después de la aparición de la segunda edición vuelve a aparecer la obra de Arturo A. Quijano que, en su momento, se constituyó en la tesis doctoral en jurisprudencia que su autor defendió el 28 de noviembre de 1898 en la Universidad Republicana de Colombia (que después, hacia 1913, desaparecería para dar lugar a la actual Universidad Libre); una obra única en su especie mediante la cual su autor pretende hacer un estudio sobre la evolución del derecho penal en Colombia, yendo desde el derecho indígena hasta 1858 y con una apéndice del derecho positivo nacional –no de la legislación de cada uno de los Estados, hasta que nace la República en 1886– que llega hasta 1898.

El trabajo está dividido de la siguiente manera: las primeras 83 páginas (pp. 15-98) contienen un «Estudio Preliminar» que los profesores Carlos Augusto Gálvez Argote y Carlos Augusto Gálvez Bermúdez hacen del texto; después, aparece el «Ensayo» propiamente tal que hace Quijano con la presentación de su trabajo, fechado en diciembre de 1898 (pp. 105-115) y sus tres partes: la primera, destinada al derecho indígena (pp. 117-160); la segunda dedicada al derecho español (pp. 161-216); y, para concluir, la tercera que se reserva al derecho colombiano (pp. 217-318). Al final, se consigna el «Apéndice» donde el autor hace el recuento normativo entre 1858 y 1898

* Director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; profesor de la misma casa de estudios. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co

(pp. 319-325) y los cuadros sobre las estadísticas criminales entre 1834 y 1853 (pp. 327-336).

Sin embargo, se debe precisar que fuera del Estudio Preliminar rubricado por los dos profesores, ellos introducen al texto una fotografía del autor (p. 7), un facsímil de la portada de la primera edición (p. 9) y, en los «Anexos» (véanse pp. 337-372), rescatan diversas fotografías del autor y facsímiles de las carátulas de algunas de sus obras más destacadas, incluida la foto de la segunda edición que –como la primera– estuvo a cargo de la Imprenta y Librería de Medardo Rivas, que es la reproducida en esta oportunidad (p. 349). Además, los dos académicos introducen 132 extensas notas explicativas de su propia cosecha al pie de la página, en negrillas, que se distinguen de las puestas por Quijano al texto y que, como es obvio, posibilitan que el lector de hoy entienda el texto en su contexto como diría el profesor Nodier Agudelo Betancur.

Desde luego, el lector encontrará una producción académica cuya edición en términos generales es relativamente bien cuidada y lograda, con la cual –si es aficionado a las búsquedas históricas– podrá deleitarse y rescatar para el debate, el luminoso estudio preliminar y las valiosísimas notas puestas al pie por los recopiladores. Un trabajo paciente que ha costado muchos años de búsquedas y reflexiones, erizado de dificultades porque aquí no somos disciplinados a la hora de preservar las fuentes; una labor admirable, propia de los monasterios y de sus ocupantes, especialmente de los monjes benedictinos del siglo XIV (recuérdese la maravillosa obra de Humberto Eco: «El nombre de la Rosa») quienes eran eximios conservadores de la cultura. La diferencia es que aquí se está ante la obra de dos profesores nacionales de derecho penal y de filosofía que se han dado a la quijotada de rescatar la historia del derecho penal nacional y a sus cultores y, como es obvio, quieren hacer –y lo logran!– un magnífico aporte al saber.

Por eso, tanto en el Estudio Preliminar como en las notas –acompañados de infinitas fuentes– los profesores Gálvez Argote y Gálvez Bermúdez, empiezan por hacer muy importantes precisiones de tipo histórico, luego

de quejarse del evidente abandono por parte de los estudiosos del derecho penal en torno al estudio de la historia de esta disciplina y del propio derecho positivo; cosa que, advierten, no es nueva porque ya en la obra de Antonio José Uribe –rescatada de los anaqueles polvorientos por el propio Profesor Gálvez Argote, quien también la publicó con un estudio preliminar de su autoría en la colección «Forjadores del Derecho Penal Colombiano» dirigida por él y de la cual esta obra es el segundo volumen– que data de 1890, se llama la atención sobre ello y el propio director de la serie en múltiples oportunidades ha clamado por la necesidad de volver nuestros ojos sobre la historia para evaluar y entender lo que hoy tenemos.

Ya el propio Quijano, en su presentación denominada «Nuestro Trabajo» se quejaba de ello al expresar: «Entre nosotros se estudia asiduamente el Derecho y la Historia francesa, hasta en los más mínimos detalles, mientras que nuestra Historia y nuestro Derecho son casi un misterio» (p. 108). Y esa afirmación, puesta en el contexto actual, se puede retomar para decir que nos preocupamos más por los más mínimos detalles de las fuentes y la historia alemanas, italianas o españolas, que por las nuestras; hoy hay un descuido manifiesto, si se quiere olímpico, de nuestras raíces. Y esa, itérese, ha sido la constante a lo largo de todo nuestro devenir en estas materias.

Ahora bien, para que se puedan precisar los alcances de este magnífico trabajo, empíese por el develamiento en torno al hecho de que el libro fue objeto de dos ediciones en 1898 (una en noviembre y otra en diciembre) un dato que no era conocido por la doctrina nacional que aseguraba, a pie juntillas, que solo existía una a la que se denominó como la primera; así mismo, tampoco es cierto que el texto hubiese sido publicado por la Universidad Republicana como –con mucha ligereza– aseguran algunos, mientras que otros le cambian el título y el nombre a la misma editorial que hizo las publicaciones. Así mismo, hay otra precisión muy importante que hacen los dos estudiosos cuando resaltan que el título del libro se suele citar incompleto olvidando que el autor le añadió lo de «Derecho Nacional», para resaltar que su ensayo no estaba referido al derecho penal de los Estados Federados.

Otro tanto debe decirse en torno a la necesaria claridad en torno al segundo apellido de Quijano que, de forma harto equivocada, parte de la doctrina nacional entendió como «Otero» –incluidos los textos de autoría de quien hace esta reseña– cuando es lo cierto que la profunda búsqueda de los dos estudiosos logra demostrar que era «Ibáñez»; algo de suyo muy difícil de precisar si no se tienen a la mano las fuentes históricas pertinentes, porque el autor del Ensayo nunca utilizó su segundo apellido. Así las cosas, ahora está muy claro que el «Quijano Otero» es un célebre historiador que cita Quijano Ibáñez en su trabajo (por ejemplo, p. 223) y quien, además, era su pariente. Así mismo, en contra de quienes afirmaban que Quijano no fue tratadista ni catedrático, el Estudio Preliminar demuestra –hasta agotar todas las fuentes– que dicho personaje fue además un jurista con otras preocupaciones diferentes al derecho penal como las propias del derecho internacional –fue catedrático de la actual Universidad Externado de Derecho, en esa materia y, además, de otras materias en distintos recintos–, académico, periodista, publicista, historiador, político, etc.; en síntesis, pues, un gran humanista y no el personaje anodino que algunos pretendían.

Así las cosas, el libro reseñado –con los aportes de los dos distinguidos profesores– es un magnífico trabajo que debe ser leído y estudiado con cuidado sumo por parte de los cultores del derecho penal nacional; un trabajo que, tantos años después, recobra su importancia y su trascendencia gracias a esta edición, máxime si se tiene en cuenta que fue escrito por un investigador extraordinario cuando apenas frisaba los veinte años de edad. En fin, el lector interesado tiene en sus manos un texto de esos que dan ganas de escudriñar en cada una de sus líneas, así como lo han hecho sus destacados editores, actualizadores y estudiosos, que hoy lo traen de nuevo a la vida convencidos de que este es uno de sus aportes al estudio de las ideas penales que, dicen con toda razón, «está por hacerse» (p. 66).

Vormbaum, Thomas (2019). *Historia Moderna del Derecho Penal Alemán* [trad. C. Elbert]. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch

*Nicolás Esteban Valencia Avendaño**

Es innegable la influencia de la doctrina y la legislación alemanas en el entendimiento del derecho penal, no solo en Colombia sino en toda Latinoamérica. De allí la importancia de un texto como este en nuestras latitudes, para cuya confección el autor utiliza tanto algunos apartes del *Master of Laws* para la Universidad a distancia de Hagen, como las contribuciones de Martin Asholt, Katarina Küne, Kathrin Rentrop, Dana Theil, Nadeschda Wilkitzki, Anne Gipperich y Zekai Dagsan, a quienes dedica un espacio para darles sus agradecimientos.

El libro está dividido en siete capítulos: 1) La delimitación temporal – método–; 2) el derecho penal en los inicios de la época jurídica; 3) la evolución de las tendencias del siglo XIX; 4) el cambio del siglo XIX al XX; 5) el siglo XX; 6) la situación actual; y, 7) una mirada retrospectiva y en perspectiva. A través de sus líneas, el autor consigue los dos propósitos que se ha fijado: El primero, plasmar de forma confiable la evolución del derecho penal alemán desde la ilustración hasta nuestros tiempos; y, el segundo, abordarlo con un entendimiento metódico que posibilite la crítica al estado actual de cosas.

Y se afirma con vehemencia que el propósito se ha cumplido, porque adentrarse en sus páginas es todo un deleite. La traducción permite conocer con un lenguaje sencillo la historia del derecho penal alemán; sus vínculos con el derecho de otros países europeos –con énfasis en el italiano–; y la relación con el derecho internacional penal. Todo esto, sobre la base del enaltecimiento del conocimiento de los sucesos históricos para una correcta formación jurídica; una adecuada interpretación y crítica de los eventos

* Profesor de Derecho Penal General I, Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: nicolas.valencia@usa.edu.co

políticos, sociales y jurídicos; y un mejor desenvolvimiento en la solución de cuestiones prácticas. Este abordaje integral del derecho es el que permite, realmente, hacer frente a las cuestiones de poder que indefectiblemente tienden a desbordarse.

La organización exhibida por el autor es, cuando menos, maravillosa. Por ello, dado que al comienzo aclara que su texto puede catalogarse como «historia contemporánea del derecho penal alemán», concreta el concepto de «historia contemporánea» –entendiéndolo como la época actual– lo cual demuestra la profundidad y la seriedad con la que desarrolla su estudio, insistiendo en la importancia de abordar el derecho en el contexto histórico, político, social y cultural en el que él se enmarca. Y es con base en el análisis de todos estos factores que ubica la segunda mitad del siglo XVIII e inicios del XIX, como un tiempo de transformaciones radicales –el final del viejo imperio alemán; el Congreso de Viena; la revolución francesa; el fin del feudalismo; el ascenso de la burguesía; la revolución industrial; la ilustración; la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, entre otros–, por lo que allí ubica el inicio de la época jurídica presente.

En ese contexto, al remitirse al siglo XVIII se encuentra un cambio de paradigma influido por la teoría del derecho natural de Hugo Grocio, quien planteó la búsqueda del fundamento del derecho, ya no en Dios sino en la naturaleza de los hombres, separándose la teoría jurídica de la teología. Ideas desarrolladas por Samuel Pufendorf, Christian Thomasius y Christian Wolff.

Este cambio de paradigma, desde luego, influyó en la forma de entender la pena que ya no tendría una finalidad expiatoria sino de evitación futura de delitos, tal como lo plantearon desde Alemania Ernst Ferdinand Klein, Gallus Alloys Kleinschrod, Christoph Carl Stübel y Karl Grolman. Por su lado, los franceses cuentan con importantes exponentes como Montesquieu, Voltaire y Rousseau y, como no, lo avances italianos de Filangieri, Pagano y del gran Cesare Beccaria. Sus aportes fueron fundamentales para el inicio de la humanización del Derecho penal influenciada por la separación de los poderes con una estricta sujeción a la ley, negando la posibilidad de

interpretación de los jueces, quienes debían limitarse a la aplicación de silogismos perfectos, confiando en la certeza que ofrecía el ser gobernados por monarcas absolutistas ilustrados. La historia demostraría que ello también es un error, máxime cuando el derecho penal quedaba vulnerable ante el poder político.

En cualquier caso, esta corriente de pensamiento tendría influencia en la legislación penal de la época. La Ordenanza Penal de 1532 (Carolina) sería atenuada en la práctica judicial conforme a las exigencias de la ilustración, dando a la postre con la creación del Código Penal Criminal del Gran Duque Leopoldo de Toscana y la Ley General sobre Delitos y su Sanción, del Emperador José II para Austria. Por su parte, el Derecho General Estadual de Prusia de 1794 se encargó de condensar el derecho penal, con especial énfasis en el papel de la ley, limitando el ámbito de movilidad de los jueces. Para este entonces, adviértase, las penas eran especialmente duras aunque se suprimió la pena de muerte en algunas codificaciones. Contexto que las ubicó como una especie de ilustración fracasada.

Luego de ahondar en esta exposición y por la influencia que tuvieron entre los siglos XVIII y XIX –que se prolonga hasta nuestros tiempos–, Immanuel Kant y Paul Anselm Feuerbach, el expositor se ocupa de los puntos centrales de sus teorías sobre el derecho penal, reconociendo al primero de estos como el fundador del Estado de derecho y, al segundo, como el penalista alemán más importante de todos los tiempos, quien consiguió que el Código Penal Bávaro de 1813 fuera elaborado conforme a sus ideas y redacción, siendo uno de los trabajos legislativos más importantes de la historia germana.

Luego de este recorrido por el siglo XVIII, el autor se dirige hacia la evolución de las tendencias en el siglo XIX, para lo cual inicia con el concepto de delito caracterizado por la influencia kantiana –sin seguir su teoría absoluta de la pena– dirigida a construir un sistema basado en la teoría de la violación de derechos, de modo que ella solo tendría lugar en casos de lesiones de derechos subjetivos. Y es bajo ese contexto que Johann Birnbaum introduce en 1834 el concepto de «bien», que a la postre abriría paso a la

noción de bien jurídico introducida por Karl Binding, y que fue cuestionada por Franz Von Liszt, que en el siglo XX se convirtió en uno de los temas centrales de la argumentación jurídica en materia criminal.

En lo que tiene que ver con la pena, hace un recorrido por los postulados de Fichte, Hegel y culmina con lo que denomina como «tendencia general», donde hace converger las posturas de Kant, Feuerbach y Hegel como las teorías de la pena y la praxis penal dominantes del siglo XIX. Finalmente, al abordar la dogmática jurídica habla del concepto de ley, frente a la cual predominan la influencia de Feuerbach y las construcciones de la ilustración.

Cumplido este recorrido, Vormbaum se ocupa de la codificación penal a cuyo efecto explica la influencia que tuvo la legislación francesa en el proceso alemán y cataloga como de «legislación revolucionaria» la inspirada por Voltaire, Beccaria, Rousseau y otros autores que facilitaron la Declaración General de los Derechos Humanos y Civiles de 1789, amén de los códigos surgidos con la toma del poder de Napoleón Bonaparte. Por fuera de Prusia, ese fenómeno se vio reflejado en el Código Penal Bávaro de 1813 –aunque después fuera considerado demasiado duro y doctrinario– que fue el ejemplo para los códigos sancionados en el Reino de Württemberg (1839), el Ducado de Braunschweig (1840), el Reino de Hannover (1840), el Gran Ducado de Hessen (1841), el Gran Ducado de Baden (1845) y, añádase, los Estados Turingios. En el caso del Reino de Sajonia, advierte, se sancionaron durante el Siglo XIX por lo menos tres códigos penales. Luego de ello, se centra en la evolución del proceso de codificación en Prusia, oportunidad en la cual resalta el Código Penal Prusiano de 1851.

Ahora bien, una vez absuelto el estudio del derecho sustancial, se embarca en la revisión del derecho procesal penal durante el siglo XIX cuya discusión se volcaba hacia la eliminación del autoritarismo de los jueces –sin perder su independencia–, la publicidad, la oralidad y la inmediatez –sobre los cuales se detiene más adelante–, con impulso del principio de búsqueda de la verdad material. Además, otro aspecto muy relevante fue la exigencia de separación entre las funciones de investigación y juzgamiento que dio

lugar a la creación de la fiscalía, asunto al cual dedica uno de sus capítulos, luego de lo cual reconstruye la posición del juez con ocasión a esta división funcional; amén de la del acusado y la defensa. También, documenta la álgida discusión suscitada con ocasión a la reforma relacionada con la introducción de los Tribunales por Jurados asumida como la representación del pueblo en asuntos penales.

El estudio de las penas y la ejecución penal también cobra especial importancia si se tiene en cuenta que es en el siglo XIX que se retrocede gradualmente en la intervención estatal sobre el cuerpo humano, las penas corporales y las de muerte agravadas; razón por la cual dedica varias líneas a la explicación del origen de las casas de corrección, pues el declive de este tipo de sanciones le abre paso a las privativas de la libertad.

Una vez cumple con el objetivo de abordar esquemática y críticamente las distintas variables de la ciencia del derecho penal en el siglo XIX avanza hacia el siglo XX; para ello, comienza por contextualizar el escenario social, político y económico en el que se enmarca este periodo –industrialización, explosión demográfica, urbanización, etc.–. Es bajo ese entorno que se produce el desplazamiento de la juridicidad como misión del derecho penal para cederle su lugar a la idea de alcanzar finalidades político-criminales, reactivándose la tradición del pensamiento ilustrado de inicios del siglo XIX, lo que se denominó como el Programa de Marburgo de Franz Von Liszt, quien introdujo el concepto de la pena protectora.

Además, para esta época surge otro concepto trascendental en la evolución del derecho penal, no solo en Alemania sino a nivel global. Se trata de la llamada Ciencia Integral del Derecho Penal, según la cual el estudio de la criminalidad no debía agotarse en la dogmática, sino que debía agregarse la criminología, la criminalística, la estadística criminal, entre otras, porque el fenómeno criminal debía abordarse desde una perspectiva interdisciplinaria, adquiriendo relevancia el estudio empírico del delito como el elaborado por Cesare Lombroso en Italia.

Desde luego, y no podía ser de otra manera, las dos guerras mundiales del siglo XX –en las que Alemania tuvo un papel protagónico– son el punto de referencias para explorar esta época. La etapa previa a la primera conflagración se caracterizó por el llamado «Conflicto de Escuelas Penales», concretamente entre la escuela clásica de Karl Binding –intérprete positivista de las leyes– y la moderna de Franz Von Liszt –positivista en temas legales con visión político-criminal– quienes, en el campo dogmático penal, tienen más cosas en común que distancias. Básicamente, su disputa giraba en torno a la diferencia entre la pena basada en la culpabilidad y la entendida como forma de aseguramiento. Al margen de estos dos «bandos», hubo quienes intentaron plantear posturas independientes; este es el caso de Adolf Merkel, quien planteó una teoría de la unificación con postulaciones propias e hizo una crítica a las proposiciones imperantes.

En materia de la dogmática penal para esta época debe resaltarse el trabajo de Ernst Beling, fundador de la teoría moderna del tipo entendido como descripción legal del comportamiento sancionado con pena, separándolo de la antijuridicidad –que juntos conforman el injusto–. Luego se debe resaltar el trabajo de Reinhard Frank quien reprochó la construcción del concepto psicológico de culpabilidad que, según él, no podía limitarse al dolo y la culpa, pues se quedaba sin la posibilidad de hablar sobre el estado de necesidad disculpante.

Sobre la legislación penal resalta que el Código Penal para la Federación Alemana del Norte –1870–, ampliado como Código Penal del *Reich* Alemán, configuró el derecho penal material, mientras que la Ordenanza Procesal Penal y la Sección de Procedimiento Penal de la Ley de Organización Judicial –1877 y 1879– hicieron lo propio con el derecho procesal. Y hasta 1914 fueron escasas las modificaciones del Código Penal –dieciocho exactamente–, sin perjuicio de la gran cantidad de normas penales creadas por fuera de la codificación propiamente dicha, lo que se llamó «derecho penal paralelo» donde se destaca «la Ley de los Socialistas».

Ahora bien, el auge de las ciencias del espíritu desembocó en una gran reforma penal. Para ello, en 1902 se convocó un Comité Científico al que se le encomendó la ardua tarea de hacer una presentación comparativa de las materias penales para efectuar una reforma del CPR. En 1906 se conformó otra Comisión que debía preparar un proyecto de Código Penal. En 1909 se presentó el Anteproyecto de un Código Penal Alemán que fue remitido en 1910 a los gobiernos federados alemanes, para que emitieran sus conceptos sobre el tema los cuales, una vez emitidos, fueron editados como libros en 1911.

El Anteproyecto en mención fue objeto de fuertes críticas, en particular por la no especialización de las contravenciones policiales como independientes del ámbito criminal; y, además, por no haberse considerado las leyes penales complementarias. Fue a partir de ello que los profesores Kahl, Liszt y Goldschmidt elaboraron un contraproyecto que no fue pensado como antítesis sino como complemento del anteproyecto.

El 17 de junio de 1911 el Canciller del Reich Theobald von Bethmann-Holweg solicitó al Kaiser la creación de una Comisión que continuara con la reforma penal sobre la base del Anteproyecto de 1909 y sus respectivas críticas. Por ello, a inicios de 1913 se presentó un primer proyecto elaborado por la comisión que no fue publicado. Finalmente, el 27 de septiembre de 1913 se aprobó el Proyecto Definitivo que debía ser remitido a la Cámara de Representantes como propuesta del Gobierno; sin embargo, con ocasión a la Primera Guerra Mundial fue publicado como Proyecto solo en 1919. Desde luego, en materia del derecho procesal penal la influencia fue menor aunque se contempló la exigencia de implementar un proceso penal liberal, quedando la inquietud de que pudieran convivir un derecho penal material social y un derecho procesal penal liberal.

Continuando con su organización metodológica, el autor sigue su viaje por el siglo XX con la época de la Primera Guerra Mundial y la posguerra. Durante ese periodo, aunque no se hicieron modificaciones en el Código Penal, sí hubo una ampliación en el cuerpo normativo a través de normas

creadas antes del inicio de la guerra en caso de conflicto, y que entraron a regir una vez se desató el mismo, dándole lugar a un derecho penal económico de guerra a modo de Derecho Penal Paralelo.

Dicho esto, aborda un hito histórico de suma relevancia que es la República de Weimar. En este periodo, la influencia del neokantismo condujo a algunos descubrimientos de la teoría y dogmática penales que se mantienen hoy en día. Fue con la Constitución de Weimar que Alemania se convirtió en una república democrática y que, por primera vez, entró en vigor un catálogo de derechos fundamentales. Por ello dedica un capítulo a recapitular los eventos más significativos de esta era.

Luego, se centra en la etapa en la cual el partido Nacional Socialista estuvo en el poder. Este es, sin duda, un capítulo llamativo por la objetividad con la cual se aborda el asunto, pues, aunque se tenga la tendencia a asumir este periodo como oscuro –porque realmente lo fue–, rescata aquello que denomina como «elementos de normalidad» dentro de lo cual se destaca que, durante este lapso, hubo una estructura evolutiva iniciada antes de 1933 y que no fue erradicada después de 1945. En este aparte se dedica a explicar desde la dogmática y el proceso penal la estructura del derecho penal de la época y su evolución, amén del funcionamiento de la justicia penal. Por ejemplo, trae a colación investigaciones que corroboran que las escenas de la Corte Suprema del Pueblo actuando de forma desbordada contra los autores del atentado del 20 de julio de 1944 no eran habituales en ese tribunal y que hay numerosos rasgos de normalidad judicial.

Desde luego, ello no puede negar la barbarie vivida por esas épocas y los radicalismos característicos del régimen. Por ello, el autor se ocupa de identificar la patología específica del sistema nacional socialista que, a su parecer, es el carácter autoritario del régimen en lo interno que se vio reflejado en una legislación racial y de guerra; y, en lo externo, la política de revisión y conquista. Además, habla de patologías especiales como la denominada «macro-criminalidad» para mostrar al Estado como violador de las normas. Así sucedió con el llamado *Putsch* de *Röhm*; la Operación

Eutanasia; las muertes causadas en Polonia y la Unión Soviética por los Grupos de Operaciones; el Holocausto; el asesinato sistemático de sinti, romaníes y otros gitanos; los delitos contra los prisioneros de guerra; y, en fin, el trabajo forzado –esclavo denominado por algunos–. Son, pues, estas las características especiales identificadas por el autor y que denominó patología específica.

Ahora bien, con la caída del régimen viene el periodo de la ocupación y de la República Federal de Alemania. Para ese momento se cuestionaba si era necesario dejar sin efecto todas las normas sancionadas durante la hegemonía nacional socialista; sin embargo, prontamente fue una idea desechada. En su lugar, el Consejo de Control eliminó algunas leyes consideradas como típicamente nacionalsocialistas o contrarias a un Estado de Derecho. Por ejemplo, en materia de sentencias dictadas por Tribunales Especiales y de la Corte Suprema del Pueblo, se planteó la posibilidad de una nueva revisión; también se redujeron –por vía de leyes y decretos– sanciones consideradas desproporcionadas; sin embargo, se trató de una tendencia antinazi más que un análisis del ilícito objetivo de las sentencias dictadas. Cuenta el autor que fue hasta 1998 –cincuenta años después– que se dispuso la anulación de todas las sentencias dictadas en contra de los principios elementales de la justicia.

Por supuesto, para quienes –como el suscrito– se apasionan por los sucesos de la Segunda Guerra Mundial y los años posteriores, el capítulo dedicado a explicar el enjuiciamiento penal del pasado nacionalsocialista resulta enriquecedor y fascinante por la claridad, exactitud y rigor con que se recapitula este momento. Habla sobre las condenas emitidas por el Tribunal de Nuremberg contra los principales dirigentes nazis, documenta el número exacto de audiencias realizadas, cuántos fueron condenados a muerte, a prisión perpetua, a penas temporales de prisión y cuántas las absoluciones. También, se refiere al proceso sobre Auschwitz que tuvo lugar en Frankfurt y su alcance mundial. En fin, se trata de un capítulo rigurosamente documentado que brinda un panorama muy completo sobre lo que sucedió al término de la segunda guerra mundial, incluyendo un análisis pormenorizado de la legislación de la época; la doctrina penal y el derecho procesal penal.

Cumplido este recorrido histórico, el autor hace lo propio con la República Democrática Alemana para, finalmente, hacer un estudio de la situación actual del derecho penal.

Tal como lo prometió el autor, el libro termina con un capítulo denominado «visión retrospectiva» en el cual logra concretar el recorrido histórico hecho en los capítulos anteriores, para concluir que no puede ser confirmada la sostenida tendencia a la atenuación y humanización del derecho penal moderno de los últimos doscientos años. Aunque el derecho penal se asume como más moderno, liberal y humano, afirma Vormbaum que esto solo ha ocurrido en ámbitos muy específicos y durante cortos periodos de tiempo. Por el contrario, él cree que se vive una expansión indeseable y la imprecisión en la descripción de los tipos penales hace que no se garantice la vigencia de la opinión del legislador sino la de los jueces.

En fin, según él las particularidades susceptibles de ser criticadas en el proceso del derecho penal alemán son: la flexibilización, la moralización, la materialización y la subjetivación. Y, al abordar cada uno de estos tópicos, logra cumplir con el objetivo planteado desde el inicio, esto es, ofrecer al lector un panorama completo y crítico de la historia moderna del derecho penal. Una obra, pues, extraordinaria que merece ser leída con sumo cuidado e incorporada a la docencia universitaria y, por supuesto, una nueva visión de la historia del derecho penal alemán que mucho ayuda a su comprensión.

Vargas Mendoza, Ligia María (2020). *El elemento subjetivo del Delito en el Estatuto de Roma: un análisis de Derecho Penal comparado*. Bogotá: Universidad de los Andes-Grupo Editorial Ibáñez

*Juan Andrés Forero Abad**

El libro objeto de esta reseña es el resultado de varios años de trabajo minucioso, constante, ponderado e ingenioso por parte de su autora. Esta obra constituye un hito fundamental en el estudio del derecho penal internacional y un desarrollo sin precedentes en la literatura iberoamericana de la categoría dogmática referente al elemento subjetivo del delito. La metodología de derecho comparado escogida y desarrollada por la profesora Vargas Mendoza, se erige como una guía esencial para abogados, estudiantes, profesores y otros estudiosos del sistema jurídico-penal internacional. Pues, mediante una argumentación sosegada y honesta, logra seleccionar los ordenamientos jurídicos que va a analizar y, con excelencia de detalles, consigue hacer un estudio comparado profundo de cada tradición jurídica, sus características esenciales y la estructura del delito que incorpora. Al acercarse a este ejemplar, el lector encuentra, por un lado, un análisis detallado del elemento subjetivo del delito en los sistemas jurídicos de Colombia, España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos; y, por otro, una interpretación y construcción teórica del componente subjetivo de la estructura del delito incorporada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, basada en posturas jurídicas sólidas defendidas con convicción por la autora y justificadas desde las garantías y las salvaguardas contra el poder punitivo propias de los derechos humanos e inherentes a la dignidad humana.

El texto inicia con una introducción en la cual se señalan los problemas derivados de un tratado internacional como el Estatuto de Roma, que fue

* Abogado de la Universidad de los Andes con Opciones en Estudios Internacionales e Historia. E-Mail de contacto: ja.foreroa@uniandes.edu.co

construido por políticos provenientes de sistemas jurídicos diversos, pero con el objetivo de ser aplicado alrededor del mundo. A partir de esto, se resalta la importancia de hacer un ejercicio de derecho comparado con el objetivo de identificar principios generales de derecho y establecer conceptos comunes que reconozcan el pluralismo jurídico y respeten los derechos humanos, para con ello desarrollar un sistema jurídico-penal internacional independiente de los estatales, pero basado en sus puntos de convergencia. Sobre esta base, se deja claro que el objetivo del trabajo es formular una interpretación del artículo 30 del Estatuto de Roma, el cual incorpora los elementos subjetivos del delito que sea compatible con los sistemas y tradiciones jurídicas de los países estudiados. La introducción finaliza sustentando la metodología de derecho comparado seleccionada, que, por la rigurosidad con la que fue implementada, no tiene precursor en la literatura iberoamericana del derecho penal internacional.

A partir de este planteo, el libro se divide en tres grandes capítulos a través de los cuales se desarrolla el hilo conductor que permite cumplir con el objetivo central ya mencionado. El primero, brinda un panorama general del sistema jurídico en el que se encasillan las categorías delictivas de cada uno de los países seleccionados. Así, se hace una descripción de su historia, la estructura del Estado, el sistema judicial y el sistema de fuentes del derecho imperante en cada ordenamiento. Esta exposición permite una comprensión adecuada de la cultura jurídica de cada Estado y sienta las bases para analizar su sistema jurídico-penal y la estructura del delito que acoge.

Teniendo esta explicación como fundamento, en el segundo capítulo se agrupan los sistemas jurídicos estatales estudiados en tres tradiciones jurídicas, a saber: la anglosajona, la continental francesa y la continental iberoamericana. Luego, se procede a analizar la estructura general del delito en cada una de esas tradiciones, haciendo especial énfasis en sus similitudes y diferencias. Sobre esta base, la expositora hace un estudio detallado de los componentes objetivos y subjetivos de cada estructura y los contrasta entre sí, para con base en ello identificar elementos comunes y principios compartidos entre las diferentes tradiciones. Así, reconoce que el principio de legalidad,

aunque con diferentes manifestaciones, es un primer elemento común en las tres tradiciones jurídicas estudiadas. De igual forma, mediante un examen de las categorías del componente objetivo del delito en cada sistema encuentra similitudes, por ejemplo, frente a la función de clasificación de los delitos que tienen estos elementos en cada ordenamiento.

Además, contrasta de forma minuciosa las características y el tratamiento que cada sistema le da al componente mental o subjetivo del delito. De modo que explica las diferentes manifestaciones que tiene este elemento interno en cada tradición, muestra cómo ha sido abordado desde la legislación y la jurisprudencia, y, añádase, finaliza con un examen profundo de los elementos mediante la identificación de puntos de convergencia y divergencia entre los conceptos dogmáticos analizados. Con base en este ejercicio, encuentra que las tradiciones jurídicas estudiadas comprenden de manera similar la forma más intensa de compromiso subjetivo, llámese esta *dolo* directo de primer grado, intención o de otras formas. Del mismo modo, halla elementos comunes en expresiones menos intensas del elemento subjetivo; de esta forma, por ejemplo, encuentra parangones entre el *dolo* de consecuencias necesarias continental y formas atenuadas de *mens rea* anglosajonas como la intención oblicua. También, encuentra similitudes entre diferentes clases de imprudencia presentes en cada tradición jurídica. Finalmente, se analizan las causales de exclusión de responsabilidad vinculadas al elemento subjetivo, lo cual permite contrastar los diversos mecanismos incorporados por cada sistema jurídico que permiten desestructurar el componente interno del delito.

Así mismo, por medio del ejercicio de análisis y contrastación de los elementos propios de la estructura del delito en cada tradición jurídica, la autora logra demostrar que, aunque existen diferencias importantes, estas no son tan profundas y es posible encontrar principios y elementos compartidos, lo cual da lugar a la estructuración de un sistema basado en dichos puntos de convergencia. Así, en este segundo capítulo se identifican –de forma exitosa– cuestiones en las cuales los sistemas confluyen, tales como los principios de legalidad y de culpabilidad, manifestaciones intensas del elemento subjetivo

asimilables y elementos similares en otras formas más tenues de compromiso interno del sujeto. Estas categorías, aunque tienen especificidades y nombres distintos, parten de bases similares y buscan ser aplicadas en situaciones semejantes. Así, a partir de la argumentación exhaustiva hecha en este acápite, la autora sienta las bases para hacer una interpretación del elemento subjetivo del Estatuto de Roma que sea compatible con los sistemas y las tradiciones jurídicas estudiadas.

El tercer capítulo se enfoca en el derecho penal internacional, específicamente en los elementos subjetivos incorporados en el Estatuto de Roma. Inicia, así, con una serie de consideraciones frente al contexto histórico en donde describe los orígenes del sistema jurídico-penal internacional, los principales precursores de la Corte Penal Internacional, sus antecedentes y su proceso de creación. De esta forma, aborda los principales problemas de legitimidad que tiene ese tribunal y las críticas fundamentales de las que ha sido objeto. Después, se realizan reflexiones sobre la parte general de esa rama del derecho internacional; su razón de ser como instrumento de salvaguarda de bienes jurídicos e intereses universales, de protección de los individuos y de contención del poder punitivo. También, a partir de una concepción del Estatuto de Roma como expresión de la convergencia de los sistemas jurídicos estatales, analiza la estructura bipartita del delito contenida en el mismo e identifica incoherencias entre la parte general y la especial teniendo en cuenta las particularidades del proceso de redacción y negociación de un tratado internacional como ese. Sobre esta base, la autora reivindica la importancia y la necesidad de desarrollar a profundidad la parte general de ese ordenamiento, pero no mediante la adopción de una tradición jurídica particular sino a través de la búsqueda de principios mínimos y elementos de convergencia identificados a partir de un análisis de derecho comparado.

Fundamentada en esto último, la profesora Vargas Mendoza pasa a hacer un estudio pormenorizado de los elementos subjetivos incorporados en el artículo 30 del Estatuto de Roma y de otros componentes mentales presentes en los crímenes internacionales (artículos 6 a 8 *bis* del Estatuto) y en las formas de imputación de la responsabilidad (artículos 25 y 28 del Estatuto).

En este análisis, el texto empieza por afirmar que el componente subjetivo del Estatuto de Roma está compuesto, principalmente, por los artículos 30 y 32, pues concibe el elemento subjetivo y el error sobre el mismo como piezas inseparables. En seguida, se estudia lo que la autora llama el núcleo duro de la tipicidad subjetiva; allí, da cuenta de las diferentes interpretaciones según las cuales el dolo directo o la intención, concebidos desde cualquiera de las tradiciones previamente analizadas, están incorporados en dicho ordenamiento. Luego, examina y desarrolla los argumentos a partir de los cuales formas más ligeras de compromiso subjetivo (como el dolo de consecuencias necesarias y el eventual iberoamericanos, la intención oblicua y el *knowledge* anglosajones, y el *dol indéterminé* francés) también pueden estar comprendidas por el artículo 30. Todo esto se hace por medio de un análisis detallado sobre las diferentes interpretaciones dadas a los elementos de intención y conocimiento contenidos en esa disposición, teniendo siempre en cuenta la estructura del artículo 30 y el hecho de que, con base en una postura cercana a la tradición anglosajona, diferencia los elementos subjetivos a partir de los componentes objetivos a los que se refieren.

Al terminar el estudio de la regla general y subsidiaria contenida en el artículo 30 y las posibles interpretaciones de sus elementos, el texto identifica los diversos problemas y toma postura respecto de la cláusula «salvo disposición en contrario» contenida en dicho artículo. A partir de ello, procede a analizar disposiciones particulares que incorporan otras modalidades de vinculación interna. Así, describe los elementos objetivos y subjetivos esenciales de la responsabilidad del superior y, a partir de un análisis de sus estructuras, afirma que esta forma de imputación contiene elementos propios de la ignorancia deliberada y de la imprudencia inconsciente. Como colofón, la ensayista realiza un examen de cada crimen de competencia de la Corte Penal Internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión). Así, explica de forma clara y aguda los antecedentes históricos de cada uno de ellos, sus componentes principales y las discusiones fundamentales surgidas en torno a los mismos. Luego, ahonda en los ingredientes subjetivos incorporados a cada crimen en particular (tanto

en el Estatuto como en los Elementos de los Crímenes), determina si estos siguen la lógica general establecida en el artículo 30 o si, en fin, constituyen excepciones a la regla y profundiza en el análisis dogmático comparado de cada figura, contrastándolas con aquellas propias de las tradiciones jurídicas estudiadas.

El acápite concluye con un ejercicio de argumentación admirable, pues los fundamentos teóricos descritos y contruidos en las dos primeras secciones del trabajo son aplicados en la interpretación de los elementos subjetivos comprendidos en el Estatuto. Así las cosas, un análisis ejemplar de derecho comparado culmina con un amplio y profundo desarrollo de una categoría dogmática del derecho penal internacional, que hace al sistema penal universal compatible con algunas de las tradiciones jurídicas que le sirven de sustento. De esta forma, la autora logra amarrar el hilo conductor del texto con una coherencia lógica y fortaleza argumentativa notables. Asimismo, debe hacerse énfasis en la honestidad académica con la cual la autora del texto trata el tema objeto principal de la investigación, pues – aunque defiende sus posturas con argumentos sólidos y coherentes – no deja de lado posiciones contrarias o divergentes a la suya, las cuales explica a profundidad y refuta con rigor.

La obra, adviértase, concluye con una serie de reflexiones sustentadas a lo largo de sus páginas y reitera la importancia de los análisis de derecho comparado en la construcción dogmática del derecho penal internacional; es más: Resalta la necesidad de desarrollar un sistema jurídico-penal internacional independiente y coherente con las tradiciones jurídicas de las que fue fruto; reivindica la importancia de respetar y proteger los principios y garantías derivadas de la dignidad humana, como forma de salvaguardar los derechos humanos y de contener el poder punitivo; y, en fin, pone de presente la necesidad de hacer procesos de comparación más amplios e incluyentes. También, se deben resaltar las conclusiones fundamentales respecto de cada tradición jurídica analizada, los puntos de convergencia entre las mismas y las interpretaciones de las disposiciones del Estatuto de Roma que permiten incorporar y desarrollar estos elementos compartidos. Todo lo anterior, a

partir de las posturas propias de la autora, sustentadas en un convencimiento permanente sobre la importancia de construir un sistema que logre combatir la impunidad y fortalezca unos valores universales llamados a garantizar la protección de los derechos humanos.

En este sentido, entonces, quien se aproxime al libro va a encontrar –por un lado– una investigación profunda y meticulosa de los elementos subjetivos del delito presentes en las tradiciones jurídicas anglosajona, iberoamericana y francesa; y –por otro lado– un análisis detallado y un amplio desarrollo dogmático del componente subjetivo del delito presente en el Estatuto de Roma. Pero, más aún, hallará una obra escrita de forma clara y coherente, que brinda las herramientas para estudiar el derecho penal internacional con profundidad y que constituye una guía fundamental para todo aquel que quiera hacer trabajos de interpretación y desarrollo del sistema jurídico internacional a partir de un análisis de derecho comparado. Finalmente, el texto brinda insumos imprescindibles para captar la evolución de la dogmática penal internacional y resulta oportuno para un contexto como el colombiano donde –bien se sabe– existe un tribunal con autorización constitucional para aplicar normas propias de ese ordenamiento internacional, que muy bien se podrá beneficiar de los conceptos desarrollados en el título de recursos esenciales para su aplicación e interpretación. Como es obvio, de hacerlo, deberá tener en cuenta las salvedades y las propuestas metodológicas consignadas en esta magnífica obra que es un gran aporte de la joven doctrina nacional en estas precisas materias.

Velásquez Velásquez, Fernando (2020). *Delitos contra el Patrimonio Económico*. Bogotá: Tirant lo Blanch

*Jackson René Valbuena Cure**

Esta obra surge como un estudio crítico sobre la Parte Especial del Código Penal, que es continuación de un arduo trabajo académico realizado por el autor a lo largo de los últimos cuarenta años que se inició con la exposición de las instituciones de la Parte General del Código, ahora plasmada en el libro *Fundamentos de Derecho Penal, Parte general*—cuya tercera edición, al igual que el presente texto, nació a la vida académica con la prestigiosa editorial española *Tirant lo Blanch*— sucedido por estudios de la Parte Especial tales como el texto en el cual se realiza un análisis del título I: *Delitos contra la vida y la Integridad Personal* y en el *Código penal comentado y concordado*, entre otros. Todo esto refleja un análisis dogmático propio de la altura, el rigor y la seriedad que caracteriza al autor y que hacen de su obra un compendio idóneo para estudiar el derecho penal, bien si se trate de un neófito en el tema o de un versado jurista deseoso de repasar las categorías jurídico-penales.

El método dogmático, que —además de reflejarse en la obra citada— influye tanto en el esquema del delito propuesto por el autor como en la estructura que caracteriza sus obras, se ve aquí reflejado pues a partir de la alzada del Código Penal y de las elaboraciones dogmáticas que ha desarrollado realiza su estudio, en el siguiente orden: Primero, el bien jurídico patrimonio económico sobre el cual versa el Título VII; posteriormente, estudia cada capítulo y lleva a cabo una lectura —paso a paso— de las normas que los componen. Dicho método, adviértase, facilita el estudio del título y de sus nueve capítulos bien sea en su conjunto o individualmente.

* Estudiante de derecho y asistente académico del director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Correo de contacto: jackson.valbuena@usa.edu.co.

Con base en ese punto de partida, el profesor Velásquez inicia el texto con el marco que rodea la discusión, es decir, el bien jurídico tutelado. De este modo, cobra sentido y evoca una teoría fundamental para el derecho penal – la teoría de los bienes jurídicos–, la cual tiene repercusiones dogmáticas tanto en la Parte General como en la Especial del Código, haciendo ineludible su examen. Es más, una vez encuadrada la discusión alrededor de ese instituto continúa con la estructura dispuesta por el legislador. Así las cosas, procede a la revisión de las normas penales en materia de hurto, uno de los delitos más generalizados y extendidos en las sociedades contemporáneas, haciendo de su observación un requisito imprescindible para todo aquel que se preocupe por las problemáticas jurídico penales ¿Y por qué no? Sociales, económicas, políticas, entre otras.

Posteriormente, se enfoca en el examen del Capítulo Segundo del Título VII dedicado a las figuras de extorsión donde aparecen tipos penales de estructura compleja no solo por sus elementos normativos sino también por su carácter pluriofensivo, lo cual remite al lector al capítulo primero y lo invita a repasar la teoría de los bienes jurídicos, una herramienta esencial para la discusión plasmada en este apartado.

Luego, el autor se detiene en los tipos penales de estafa para profundizar en los elementos constitutivos de la misma, con el objetivo de mantener el rigor a la hora de estudiar un tipo penal y diferenciarlo de otros similares. Una vez culminado el anterior análisis se procede al complejo problema de los fraudes mediante cheque, al abuso de confianza y a las defraudaciones, pasando por la usurpación para culminar con el daño en bien ajeno. Cada uno de ellos analizados de manera rigurosa en sus elementos objetivos y subjetivos, y reparando en los detalles necesarios para realizar –de manera apropiada– una exploración de la Parte Especial como pocos o ninguno en nuestro ordenamiento, un análisis completo de los delitos contra el patrimonio económico.

Al final se aborda el último capítulo del mismo, en el cual se hallan plasmadas las *Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*. La profundización

de dicho punto cierra la discusión de manera similar a su apertura, puesto que este también resulta ser un marco normativo que permea todo el Título, lo cual lo convierte en una herramienta para enfocar todo el contenido del trabajo académico analizado, cerrando así de manera idónea la obra.

A no dudarlo, el texto reseñado es un buen ejercicio propio de un análisis crítico que ofrece alternativas siempre cimentadas en un trabajo doctrinal serio para la resolución de las problemáticas que acaecen a la legislación existente. En ese entendido, además de una guía para quienes se interesan en la Parte Especial del derecho penal –tanto desde la perspectiva teórica como práctica–, la obra reseñada es también expresión de una propuesta confeccionada con mucho rigor, de la cual está urgida la legislación nacional y que pone al alcance de la mano múltiples herramientas encaminadas al perfeccionamiento de la misma en temas jurídico-penales e incluso político-criminales.

En fin, en atención a la estructura plasmada el texto se convierte –a partir de ahora– en una muy valiosa herramienta para los cursos de derecho penal, Parte Especial, muy urgidos de estudios serios en los cuales se haga una exposición de las diversas problemáticas a partir de los fundamentos de la Parte General.

v
Entrevista

Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras

*Fernando Velásquez Velásquez**



En esta oportunidad se ha dialogado con el profesor Dr. Guillermo Portilla Contreras, nacido en Málaga el año de 1956, España. Él hizo sus estudios de Derecho en la Universidad de Granada que culminó en 1981; luego, en ella misma cursó su doctorado que finalizó en 1987.

El profesor Portilla Contreras ha tomado parte y/o liderado múltiples proyectos de investigación en los ámbitos del derecho penal, la filosofía del derecho penal y la política criminal. Publicaciones suyas en idiomas español, italiano y francés, se recogen en libros, artículos en revistas especializadas y en obras colectivas; es, además, un reconocido conferencista nacional e internacional y ha sido profesor de plurales especializaciones, masters y doctorados, tanto en su país como en el exterior.

* Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co

Como notas de su muy importante producción académica, se destacan su excelente textura idiomática, su profundidad académica y, algo que es muy importante cuando se habla de verdaderos investigadores, su gran talante crítico y cuestionador. Con el profesor Guillermo Portilla Contreras, pues, el derecho penal de garantías ha encontrado a uno de sus máximos exponentes en el mundo hispanoamericano; por eso, es un gran honor para nuestra Revista tenerlo hoy en estas páginas.

La entrevista se realizó con la orientación del Editor Fernando Velásquez Velásquez.

1. C.D.P.: ¿Por qué eligió la cátedra universitaria como el área predilecta para desarrollar sus múltiples incursiones profesionales, académicas e intelectuales?

RESPUESTA: El inicio de mis estudios en la Facultad de Derecho de Granada coincidió con la muerte del dictador, el General Francisco Franco, en noviembre de 1975. Un periodo convulso y, al mismo tiempo, extraordinario, de emancipación y búsqueda de espacios de libertad, de recuperación de aquellas lecturas que el régimen militar había prohibido, de reconocimiento de los derechos fundamentales de participación política (hasta febrero de 1977 no se legalizó el Partido Comunista de España). Tuve la fortuna de residir en el Colegio Mayor San Bartolomé y Santiago de Granada que cuenta con una biblioteca fabulosa, allí descubrí a Neruda, Alberti, García Márquez, Benedetti, a poetas como Gil de Biedma, Javier Egea, a filósofos, sociólogos y políticos como Karl Marx, Althusser, Pietro Ingrao, Toni Negri, Luigi Ferrajoli, Danilo Zolo, Foucault, Baratta. En realidad, del Derecho penal lo que me sedujo fue la necesidad de transformarlo. Hay que recordar que el código penal que estudié fue el Código Penal franquista de 1944, con las reformas introducidas en 1973, un texto en el que aún permanecían la pena de muerte, los delitos contra la Seguridad del Estado como herederos de los delitos políticos, los delitos contra la honestidad, la responsabilidad

penal objetiva. Me fascinaba la idea de poder contribuir a desmontar aquel formato totalitario. Ese fue el verdadero motivo de elegir el Derecho penal y la cátedra universitaria como un instrumento para cuestionar y denunciar el derecho penal autoritario.

2. C.D.P.: Por favor hablemos de sus nexos con el mundo académico europeo y latinoamericano, en general, y, con el colombiano en particular.

RESPUESTA: En los años ochenta se consolidó en España una dogmática penal de inspiración germana que cuenta con los trabajos excepcionales de Cerezo Mir, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Quintero Olivares, Santiago Mir, Luzón Peña. Pertenezco a una generación que admiró a la doctrina alemana, estudió alemán en el Goethe Institut de Freiburg im Breisgau y realizó la tesis doctoral en el Max-Planck. Durante mi estancia en Alemania, siendo dirigido el Instituto por el profesor Jescheck, coincidí con colegas como Luigi Foffani, Alberto Cadoppi, Adelmo Manna, Stefano Canestrari, Gabriele Fornasari, Lorenzo Picotti, García Arán, Lorenzo Copello, Díez Ripollés, Juan Carlos Carbonell, Javier Mira, Morales Prats, Mirentxu Corcoy, Ujala Joshi, Gómez Benítez, Romeo Casabona, Gómez Colomer, entre otros. En América, he mantenido un vínculo constante con la Facultad de Derecho de Puebla y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Morelia, México; con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina; Universidad Rafael Landívar de Guatemala; Universidad Andina del Cusco, Perú; Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia; Universidad Federal de Rio Grande do Norte en Natal, Brasil; Universidad Autónoma de Santo Domingo; Facultad de Derecho de Camagüey, Cuba. La primera vez que visité Colombia fue por una invitación del profesor Juan Carlos Ferré Olivé a la Universidad del Externado para hablar del bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios públicos. Luego, a través de la Universidad de Salamanca, estuve unos años impartiendo una especialización sobre delitos omisivos en la Universidad Santo Tomás. Allí

fue donde conocí a la profesora Gloria Bernal que me presentó a un profesor al que admiraba desde hacía años por la calidad de sus trabajos dogmáticos, se trataba del profesor Fernando Velásquez. Desde entonces hemos conservado una relación de amistad fraternal.

3. C.D.P.: ¿Dado que usted ha sido invitado a diversos países del área, a impartir conferencias, clases y seminarios, qué valoración hace de la academia latinoamericana?

RESPUESTA: Es muy desigual, junto al alto nivel dogmático del Derecho penal argentino, colombiano, uruguayo, peruano, en otros países aún no se ha desarrollado la teoría jurídica del delito lo que hace muy complicado impartir clases en Especializaciones o Maestrías.

4. C.D.P.: Los años setenta y ochenta del siglo pasado fueron un escenario muy importante para la gestación de movimientos que abogaron por una judicatura democrática. ¿Cree que esas importantes corrientes han desaparecido como claman algunos o, antes, por el contrario, tienen hoy un mejor escenario para su avance?

RESPUESTA: El nacimiento de Magistratura Democrática en Italia y el de Justicia Democrática y Jueces para la Democracia en España surgió en un escenario irreplicable. En Italia propiciado por la necesidad de un uso alternativo del Derecho que hiciera posible interpretar el código penal fascista de Rocco a la luz de los derechos constitucionales. Si alguien tiene interés, puede repasar el debate, en el seno de la izquierda, entre el comunismo de Pietro Barcellona o Alessandro Baratta y las corrientes socialdemócratas de Franco Bricola en diversos números de la revista *La Questione Criminale*. Por su parte, en España el movimiento judicial alternativo nació contra la

dictadura y, durante la transición, contra un modelo de justicia sin garantías mínimas. Hoy, debido quizá al sistema de selección política del Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o la Fiscalía General del Estado, se ha generado una cúpula judicial inmovilista, extremadamente conservadora. Claro que siguen existiendo colectivos como «Jueces y Juezas para la democracia» o Fiscales progresistas, pero representan una minoría frente a la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) y la *Asociación Judicial* Francisco de Vitoria (AJFV). Tras la jubilación de un icono de la defensa del Derecho penal y procesal penal garantista, el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, sobresalen jueces de una gran valía intelectual y moral, los magistrados de la Audiencia Nacional, Ramón Sáez y Ricardo de Prada Solaesa, que no cesan en la defensa de los derechos contra el Estado, en la denuncia de la tortura, en la lucha contra la corrupción política y económica. Posiblemente ese sea el motivo por el que les está vedado el acceso al Consejo General del Poder Judicial.

5. C.D.P.: Usted se ha desempeñado durante varios años como profesor de la Especialización en Derecho Penal, de la Universidad Sergio Arboleda que tengo el honor de dirigir; ¿qué puede decirnos de su experiencia allí?

RESPUESTA: Mi experiencia en la Especialización de la Universidad Sergio Arboleda es muy positiva. No voy a hablar del exquisito trato con el que siempre me obsequian los colegas del Departamento sino de la gran formación académica y dogmática de la mayoría de los alumnos. Ello permite una interacción permanente, que la discusión sea continua, da igual el objeto del debate. Es más, suelo mantener el contacto con bastantes alumnos de los cursos pasados lo que demuestra su interés por el Derecho penal.

6. C.D.P.: Durante la primera parte de su actividad investigativa se dedicó usted al estudio de la protección penal de las garantías constitucionales frente a la razón de Estado, fruto de lo cual fueron varios libros uno de los cuales recoge su tesis doctoral. ¿Qué balance haría usted hoy de esas incursiones académicas?

RESPUESTA: Uno de los objetivos de mi tesis doctoral fue acabar, por un lado, con las prebendas de los funcionarios que actuaban por móviles privados (la condición de funcionario siempre atenuaba la pena) y, por otro, extender la protección penal a los derechos del detenido. En aquel momento, el bien jurídico en las detenciones practicadas por funcionarios públicos afectaba exclusivamente a la protección de la libertad de movimientos, lo que suponía la impunidad de aquellas acciones contrarias a las garantías. Por tal motivo, al objeto de evitar que la vulneración de estos derechos quedara sin sanción, junto a Juan Bustos y Laura Zúñiga, interpretamos que el concepto de detención, como procedimiento de privación de libertad, abarcaba tanto la aprehensión física como la infracción del resto de garantías del detenido. El legislador en el Código Penal de 1995 siguió nuestra propuesta, la condición de funcionario público no implica automáticamente la elección del tipo penal, sino que éste depende de si se actúa o no al servicio de los intereses generales de los ciudadanos. Sin embargo, lamentablemente, este proceso evolutivo en materia de derechos ha sufrido un golpe de estado judicial, me refiero concretamente al Acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 27 enero 2009, que determinó la posibilidad de establecer la sanción de multa al funcionario que practica una detención, guiado por un móvil privado, sin ninguna causa que justifique la privación de libertad, sin perseguir, en definitiva una finalidad pública, siempre que, finalmente, entregue inmediatamente el detenido a la autoridad. Con esta decisión se retorna al privilegio franquista que caracterizaba todos los delitos cometidos por funcionarios públicos.

7. C.D.P.: ¿Cómo valora usted su muy importante paso como catedrático de la Universidad de Jaén, adscrito al Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía, a la cual sirve desde 1995?

RESPUESTA: Creo que mi aportación al Departamento, mi granito de arena, está relacionado con la Biblioteca y, más concretamente, con la hemeroteca. Cuando llegué en 1995 solo había unas cuantas revistas españolas y hoy contamos, desde aquella fecha, con la totalidad de revistas sobre Derecho penal, Criminología y Derecho Penitenciario de Alemania, Italia, Francia. Siempre consideré que el mayor tesoro de una Universidad es su biblioteca. De todas maneras, estamos a años luz de otras Universidades del siglo XVI (Granada) o del siglo XIII (Salamanca).

8. C.D.P.: Le tengo una pregunta que nace de mi curiosidad como estudioso del derecho penal: ¿Por qué prefiere usted publicar en libros colectivos, sobre todo en libros homenaje en los cuales se cuentan por decenas sus contribuciones, y no en revistas especializadas?

RESPUESTA: Hay una razón que lo explica. Al inicio de mi etapa investigadora publiqué en Revistas penales como Cuadernos de Política Criminal, en otras más genéricas, como «Jueces para la democracia» o filosóficas como «Mientras Tanto». Desde que comenzaron a funcionar los Grupos de Investigación financiados por el Ministerio de Educación, he estado integrado cada año en grupos de las Universidades de Salamanca, Granada, Carlos III, Barcelona, Elche, País Vasco, Alicante, etc. Eso supone el compromiso de entregar dos artículos al año que se publican en libros colectivos con las aportaciones de cada uno de los miembros. Lo de los libros homenajes es otra cosa, es un imperativo moral, una muestra de agradecimiento intelectual al compañero que se retira del ámbito académico.

Deben saber los lectores que para la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación en España este tipo de contribución no tiene ningún valor así como tampoco lo tienen los Manuales de Parte General o Especial.

9. C.D.P.: El tráfico ilegal de drogas es uno de los asuntos que ha ocupado la agenda internacional a lo largo de las últimas décadas, en medio de un agudo debate que fluctúa entre las posturas prohibicionistas y las anti-prohibicionistas. ¿Cómo cree usted que se debe enfrentar este asunto y en qué han fallado los intentos por descriminalizar la producción, comercialización y consumo de drogas ilícitas?

RESPUESTA: La habitual represión penal de los comportamientos relacionados con la droga no ha conseguido una disminución parcial del avance del narcotráfico sino el efecto contrario, la extensión del mismo y la distorsión del sistema procesal-penal de garantías. La sanción de conductas que no afectan a la estructura interna de las organizaciones criminales va unida a la frecuente impunidad de los que las dirigen. Se ha generado un cáncer que devora a la democracia, una estructura económica ilegal sin precedentes, muy superior a la del Estado y de la que éste depende. Frente a esta situación, la línea político-criminal adoptada no se ha basado en el tratamiento del drogodependiente infractor o en la prevención del tráfico, sino en la sanción de todos los elementos que integran el circuito formal de la droga. Todas las reformas penales y administrativas se han caracterizado por elevar las sanciones y olvidar al infractor drogodependiente, al sancionar la *actio liberae in causa* imprudente, al defender el cumplimiento íntegro de las penas o en los graves obstáculos para lograr la suspensión de la condena. Sin lugar a dudas, tras el fracaso de la represión solo queda como alternativa una política de despenalización y un control alternativo al penal en los sectores de la producción y el tráfico. Debe procederse al suministro controlado de heroína a drogodependientes en el desarrollo de un

modelo deshabitador. La política estatal –penal y administrativa– respecto al tratamiento y prevención olvida que el consumo público de drogas es un hecho penalmente atípico que debería impedir la sanción del partícipe con base en el criterio de accesoriedad limitada. Se construye un bien jurídico artificial, la salud pública, cuando, en realidad, se trata de proteger la salud individual. Asimismo, en los países productores habría que promover cultivos alternativos e incentivar a los agricultores. Cualquier forma de sanción del consumo propio de drogas –posesión en relación al consumo y consumo público y privado– es negativa; en primer lugar, porque ello supone la infracción del derecho a la libre autodeterminación de la persona, es decir, a la libertad individual de elección, no puede castigarse la situación de autopuesta en peligro de la víctima –conocedora del alcance del riesgo– mediante el consumo de drogas; en segundo lugar, porque la prohibición del uso favorece el consumo y crea mayores ámbitos de marginación. Los argumentos expuestos son en su mayoría aplicables a la producción y suministro de la droga. Ambos deben someterse a un estricto control legal sanitario, valorar la droga como un medicamento sometido a un sistema impositivo evitaría las grandes ganancias de un negocio corrupto. El problema de este debate es que con la entrega controlada se perjudican los intereses económicos de todos los Estados que se nutren del blanqueo de capitales. Cuando se habla de la utopía de la legalización de las drogas, lo que realmente se quiere decir es que es utópico que el Estado renuncie a los cuantiosos beneficios económicos que supone la prohibición.

10. C.D.P.: Colombia es un país en el cual los escenarios de la guerra, la barbarie y la injusticia, tienen manifestaciones muy dolorosas y particulares. ¿Cree usted posible la reconciliación entre los colombianos acudiendo solo a las herramientas que brinda la llamada justicia transicional?

RESPUESTA: En realidad, el Plan de Paz acordado en Colombia no responde al clásico paradigma de Justicia transicional que describe la travesía

de una dictadura a la democracia –caso de España–, sin embargo, es un supuesto paradigmático de Justicia de Excepción. Ahora bien, más allá del loable deseo de solucionar el conflicto, un modelo jurídico en el que se alteran los principios básicos del Derecho penal y Procesal-penal siempre será objetable: Desde el límite que alcanza la amnistía hasta el abandono de los fines tradicionales de la pena y su sustitución por extremos como la satisfacción de los derechos de las víctimas o la consolidación de la paz. En mi opinión, no puede aspirarse a la consecución del ideal de justicia, a la conciliación entre ciudadanos, prescindiendo de un Derecho penal que proteja los valores esenciales violados por las partes en el conflicto: Paramilitares, guerrilla o el propio Estado a través del ejército. Sorprende por ejemplo que la comisión de delitos muy graves no inhabilite para la participación política.

11. C.D.P.: Y, a propósito de lo anterior: ¿Cree viable que imperen la paz y la justicia social si a los responsables de cometer graves crímenes de lesa humanidad no se les castiga, así sea con penas moderadas y, además, ellos no contribuyen a la verdad, a la no repetición y a la reparación de las víctimas?

RESPUESTA: En primer lugar, los ciudadanos deben conocer la realidad, todos los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra que se han cometido, el daño ocasionado por cada uno de los sectores. A partir de ahí, no puede relegarse el Derecho penal a un segundo plano. Éste debe actuar valorando la responsabilidad adecuada por la culpabilidad del hecho, determinando la responsabilidad de los superiores jerárquicos y la personal de cada uno de los intervinientes. Debe elaborarse un plan en el que se reconozca el derecho a obtener una reparación penal, moral y económica de todos los que han padecido los efectos del conflicto. Siendo muy importante la responsabilidad patrimonial de las organizaciones criminales (guerrilla y paramilitares) y del Estado. A partir de la determinación de la pena proporcional al hecho es cuando pueden estudiarse las medidas alternativas en función de la reparación

efectiva del daño causado y la concreta contribución al conocimiento de la verdad. No hay reconciliación posible basada en la ocultación de lo que ha ocurrido. No hay justicia en el olvido. Es una necesidad trascendente vivir sin la incertidumbre y despejar las zonas en penumbra. Es, precisamente, el derecho imprescriptible a descubrir la verdad lo que hará justicia a las víctimas, lo que las honrará.

12. C.D.P.: Dentro de sus obras, aparte de las magníficas contribuciones a las Partes general y especial del Derecho penal, sobresalen sus estudios sobre el terrorismo. Le pregunto: ¿Por qué le atrae tanto esta problemática? Y, ¿cree usted que en la época contemporánea se han logrado avances para combatir este fenómeno?

RESPUESTA: Lo que me ha interesado del terrorismo no es tanto su fundamento, sino la reacción del Estado y del Derecho penal frente al mismo. El empleo de numerosas prácticas ilegítimas, unas legales y otras claramente contrarias al Derecho. La existencia de una legislación procesal-penal que ha posibilitado la exclusión de algunas garantías del presunto terrorista, ha facilitado indefectiblemente el ejercicio de la tortura. Es la misma Constitución española la que mediante el artículo 55.2 de la CE permite que una Ley Orgánica pueda suspender los derechos del plazo de detención del artículo 17.2, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la C.E, respecto a aquellas personas que presuntamente se hallen vinculadas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. A esto hay que sumar las excepciones que en materia de incomunicación plantea el artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, esto es, que el incomunicado no puede designar libremente al abogado, no tiene derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento, tampoco tendrá derecho a entrevistarse

reservadamente con el abogado de oficio al término de la práctica de la diligencia en que hubieren intervenido. Unas medidas que recuerdan a Ley de 18 de agosto de 1976, de reforma del *StPO* en la Alemania Federal, que introdujo notables modificaciones en materia de exclusión del juez natural y de aquellos defensores que resultaban «manifiestamente sospechosos» de ser extremistas de izquierda y, en consecuencia, de colaborar en la acción que se persigue.

Junto a estas prácticas legales de dudosa legitimidad, se han desarrollado en España otras técnicas que permiten afirmar la existencia de un terrorismo de Estado. Desde el Ministerio del Interior –controlado entonces por un Gobierno del Partido Socialista Obrero Español– se decidió la creación de los Grupos Antiterroristas de Liberación Nacional (GAL) con la intención de responder con el terror de Estado a la violencia terrorista de ETA. Así, la lucha contra el terrorismo se caracterizó en esos años –1983 a 1986– por el empleo de medios legales pero ilegítimos (suspensión de garantías constitucionales) y las bandas terroristas financiadas y armadas por el Estado. Lo que denuncié en aquellos trabajos fue la reticencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional para asumir la realidad, para hablar de una organización terrorista dentro del Estado. A veces los tribunales negaban la presencia del elemento estructural organizativo, otras, el elemento subjetivo: Subvertir el ordenamiento constitucional.

Tras la desaparición de las organizaciones criminales ETA y los GRAPO, sigue existiendo una violencia terrorista relacionada con el uso abusivo de la Yihad, una delincuencia por convicción a la que el Derecho penal no puede hacer frente y menos si se usan las categorías propias del Derecho penal de autor, esto es, del enemigo: La ampliación del concepto de terrorismo a los movimientos de desobediencia civil, la prisión permanente revisable, la sanción de los actos pre-preparatorios del enaltecimiento y justificación del terrorismo o el castigo del autoadoctrinamiento, adiestramiento o el turismo terrorista.

13. C.D.P.: Otro espacio de su actividad como investigador lo ha destinado al estudio de las teorías sociológicas y filosóficas que más han influido en el Derecho penal, concretamente, las tesis del discurso ético de Habermas y el neofuncionalismo penal derivado de Luhmann en la selección de los valores penales y configuración de un Derecho penal del enemigo respectivamente; fruto de ello, es la publicación de su libro «El Derecho Penal entre el universalismo cosmopolita y el relativismo posmodernista». Le pregunto: ¿Qué balance hace hoy de esta incursión suya en tan importantes y, a veces, olvidadas problemáticas?

RESPUESTA: Siempre he establecido un vínculo de unión entre la ética del discurso de Habermas y la teoría jurídica del delito de Roxin frente a la teoría de sistemas de Luhmann y la inmanencia del Derecho penal de Jakobs. Lo que Habermas pretende es aunar una teoría sociológica del derecho y una teoría filosófica de la justicia. De ese modo, la teoría de la acción comunicativa le sirve también de plataforma para elaborar una teoría discursiva de producción del derecho positivo, que aparece en su obra *Facticidad y Validez*. Un sistema jurídico es válido siempre que cumpla con los criterios procedimentales del discurso. Ahí podemos encontrar ciertas similitudes con algunos planteamientos iusnaturalistas y funcionalistas; el paralelismo con el iusnaturalismo se produce cuando establece una interconexión entre el derecho, la moral y la política; por otro lado, el matiz claramente normativista del consenso lo acerca al funcionalismo, del que se distancia, a su vez, al exigir, como referente, normas externas al derecho que respondan al interés general, la existencia de democracia y el cumplimiento de ciertos derechos fundamentales. En síntesis: El Derecho adquiere el carácter de racional cuando asume el reconocimiento de los derechos humanos positivizados constitucionalmente y la exigencia del carácter democrático del gobierno. Puede concluirse que lo justo en la tesis de Habermas se identifica con lo que es ético tras un proceso de elaboración racional.

En el lado opuesto, nos encontramos con los planteamientos de C. Schmitt/Luhmann/Jakobs, que asumen la aceptación sin objeción de las normas, los conceptos de «no-persona» y «exclusión», incurriendo en la contradicción de considerar al sujeto como mero objeto de un sistema.

14. C.D.P.: También dentro de sus incursiones académicas, ha dedicado un buen espacio a investigar sobre el derecho penal en los regímenes autoritarios, en especial en España. ¿Cree usted posible que la democracia se pueda consolidar en su país mientras no brillen la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la dictadura? Por favor explique.

RESPUESTA: Para mí era un deber moral recuperar el pasado, conocer la verdadera historia de la represión, un derecho que se nos ha negado durante demasiado tiempo en España. Habrá quien se pregunte, transcurridos tantos años desde el fin del Régimen militar, por qué ahora comienzan a surgir investigaciones sobre las personas e instituciones que capitanearon la aniquilación jurídica del opositor al «Nuevo Estado». La respuesta no puede ser más sencilla: el acceso a los legajos contenidos en los Archivos públicos solo ha sido factible una vez transcurrido el plazo de cincuenta años desde la fecha del documento. En consecuencia, la visión de un expediente tramitado en los años cuarenta o cincuenta (periodo en el que esencialmente actuaron los Tribunales de excepción franquistas), fue materialmente inviable hasta finales de los años noventa, e incluso iniciado ya el dos mil. Es más, en la actualidad hay miles de documentos que aún no pueden ser investigados.

Ha llegado el momento de indagar y conocer los entresijos de los Tribunales de excepción, la ideología de sus miembros, de los catedráticos de Derecho penal que los integraron. Es la hora de abrir los expedientes, analizar los sumarios, leer los informes secretos de la Dirección General del Estado, de la Delegación Especial de Recuperación de Documentos, las valoraciones de las Comisiones de Depuración.

Lejos de adoptar un sistema penal indulgente con los vencidos, el Régimen militar asumió la necesidad de abordar un procedimiento de exterminio físico y moral del rival político. Una técnica basada conjuntamente en la represión corporal, económica y en la humillación del presunto infractor. A tal fin, se concibió una gigantesca tela de araña. Se engendró una estructura inquisitorial, una red de intercambio permanente de información, entre diversas entidades: Delegación del Estado para la Recuperación de Documentos, Tribunal de Responsabilidades Políticas, Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo, Consejos de Guerra, Comisiones de Depuración, Inspección de prisioneros de Guerra-Campos de concentración, Alcaldías, Falange, Guardia civil, delatores particulares, etc.

15. C.D.P.: Y a propósito de esto último, usted ha publicado con el Ministerio de Justicia español una muy importante contribución que vio la luz en 2019, intitulada «Derecho penal franquista y represión de la homosexualidad como estado peligroso», que se inscribe en el marco de una línea de investigación dedicada al Derecho penal y la Memoria histórica. Cuéntenos, ¿cómo ha sido recibida por la academia y la judicatura de su país esta profunda reflexión que, además, es muy crítica y hace denuncias que estremecen?

RESPUESTA: Entre las víctimas del franquismo, los homosexuales siempre fueron una «clase de inferior categoría». De hecho, al ser sancionados como un estado peligroso, a través de medidas de seguridad, a la privación de libertad, destierro y libertad vigilada, no pudieron verse amparados por indultos o amnistías. Tampoco la Ley de Memoria Histórica los protege expresamente, ni tan siquiera se refiere a la ilegitimidad de los Juzgados de Vagos y Maleantes y los de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Al ser un libro publicado por el Ministerio de Justicia y presentado públicamente en el Instituto Cervantes de Madrid por la Ministra de Justicia, Dolores Delgado, el poeta Luis García Montero, los novelistas Almudena Grandes,

Vicente Molina Foix, el eco fue superior al que recibe un trabajo académico habitual. La mayor repercusión ha sido en el colectivo LGTBI, muchos de cuyos miembros desconocían la realidad de esa represión. Para poder llevar a cabo tal investigación tuve que acceder al contenido de los expedientes tramitados por los diferentes Juzgados Especiales de Vagos y Maleantes existentes en España. Expedientes ubicados en los siguientes Archivos: Archivo Histórico Provincial de Vizcaya (AHPV); Archivo General de la Administración (AGA); Archivo Histórico Provincial de las Palmas «Joaquín Blanco» (AHPLP); Archivo de la Real Chancillería de Granada (ARCG); Archivo Histórico Provincial de Sevilla (AHPS); Archivo Territorial de la Ciudad de la Justicia de Barcelona y L'Hospitalet de Llobregat (ATB). De la judicatura he recibido alguna felicitación pero, en general, no ha sentado nada bien que cite los nombres de los verdugos, a los que denomino «juristas del horror homosexual». Respecto a la Academia, salvo excepciones, nunca le ha interesado el Derecho penal franquista ni los crímenes perpetrados durante la dictadura militar.

16. C.D.P.: Tengo entendido que otra publicación suya –desde luego, también ligada al estudio de la represión penal durante la época del franquismo–, solicitada por el Ministerio de Justicia, no ha podido aparecer porque ha sido objeto de censura. ¿Nos puede confirmar ello y explicarnos sobre qué temática versa y por qué ese hecho?

RESPUESTA: Es cierto. El Ministerio de Justicia me encargó y, posteriormente, firmó un contrato para la publicación del libro «El Derecho penal bajo la dictadura franquista: sus bases ideológicas y protagonistas». El texto fue entregado en septiembre de 2019. Un día más tarde recibí la llamada de un alto cargo del Ministerio que me sugería que cambiase la dedicatoria del libro: «A Isabel y Guillermo, mis hijos con el deseo de que algún día puedan vivir una República laica en España». Más concretamente, me recomendaba hacer desaparecer el término República, ya que España,

decía, es una monarquía parlamentaria y uno de los ejemplares del libro iba destinado a la Casa Real. Pensaba mi interlocutor que, seguramente, tal dedicatoria molestaría a su Alteza. Mi respuesta, como pueden imaginar, fue la de negarme a realizar la rectificación al considerar que se trataba de una censura inadmisibles en democracia. Desde entonces el libro se encuentra en un cajón del Ministerio. En cuanto a la temática del libro, hablo esencialmente de los penalistas y filósofos del Derecho españoles que pretendieron dotar al derecho penal autoritario de la legitimidad que le faltaba: Federico Castejón, miembro de la Comisión sobre la ilegitimidad de las acciones republicanas y redactor del Anteproyecto de Código penal falangista de 1938; Cuello Calón, inspirador del Proyecto de Código penal de 1939; Isaías Sánchez Tejerina, creador de los delitos de masonería y comunismo, las bases del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, sugiriendo que la guerra civil era un ejemplo de legítima defensa colectiva; Jaime Masaveu, que planteó la exigencia de defender a la Nación frente al Estado delincuente republicano; Juan del Rosal pergeñando el marco teórico-dogmático de un Derecho penal totalitario, autoritario y tradicionalista; Javier Conde, Legaz Lacambra, etc.

Una de las grandes diferencias entre el nacionalsocialismo, el fascismo y el franquismo radicó, no tanto en el racismo alemán o el populismo italiano, tal como pensaron algunos tradicionalistas y falangistas, sino en la calidad de los ideólogos, los filósofos y juristas alemanes, italianos y españoles que forjaron la estructura jurídica del Estado totalitario. En la comparación entre los ideólogos españoles y los alemanes, aquéllos salen perdiendo, la desproporción cualitativa con los teóricos nazis fue muy elevada. Al final se contentaron con acoger las teorías de prestigiosos filósofos y juristas alemanes o italianos, muy cercanos o incluso militantes del nacionalsocialismo y el fascismo: Carl Schmitt, Larenz, Gentile, del Vecchio. Lamento que un gobierno de coalición de izquierdas —Partido Socialista y Podemos— rehúse y censure el legítimo deseo de República.

17. C.D.P.: También, a finales de 2019 y con el sello de la Editorial española Dykinson, apareció un libro homenaje al magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, del cual ambos somos codirectores. ¿Por qué, le pregunto, cree usted que fue importante hacerle esa distinción a tan relevante figura de la judicatura y del pensamiento jurídico penal de las últimas décadas?

RESPUESTA: Perfecto Andrés Ibáñez es un intelectual, símbolo del garantismo penal, fundador de la asociación Jueces para la democracia, traductor e introductor de la obra de Luigi Ferrajoli en España y un ejemplo en la lucha por los derechos fundamentales del imputado. Su coherencia con los ideales ilustrados del mejor Derecho penal y procesal penal le convirtió en un juez muy incómodo al poder. Maestro de la mejor generación de jueces españoles, como teórico es el mayor especialista español en motivación del fallo. A través de sus sentencias y votos particulares denunció el secreto de Estado, a funcionarios y particulares corruptos y, sin ser corporativo, a otros jueces que se desviaban de los principios garantistas.

18. C.D.P.: ¿Qué consejos y qué lecturas les daría y les recomendaría usted a los jóvenes que quieren dedicarse a estudiar Derecho penal? A este propósito: ¿Cuáles son los cinco libros que, en su opinión, un estudioso del derecho penal nunca debería dejar de leer?

RESPUESTA: A los que se inician en el Derecho penal les recomendaría que aprendan a valorar el trabajo de un académico, el privilegio que supone poder dedicarse a leer, estudiar, investigar, viajar, enseñar, interaccionar con colegas y alumnos. En cuanto a la propuesta de libros que todo penalista debe leer, asumiendo la arbitrariedad de elaborar un canon, si se me permite voy a recomendar diez. Los primeros cinco de carácter introductorio al mundo del Derecho, el Derecho penal y la Criminología y los otros cinco son obras de la Parte General del Derecho penal. Entre los primeros: De los delitos y de las

penas, Cesare Beccaria; Vigilar y Castigar, Michael Foucault; El Aprendizaje del Aprendizaje. Fruta Prohibida. Una introducción al estudio del Derecho, Juan Ramón Capella; Derecho y Razón, Luigi Ferrajoli; Criminología crítica e crítica del diritto penale, Alessandro Baratta. En cuanto a las obras sobre fundamentos del Derecho Penal y teoría jurídica del delito esta es mi selección: Estudios sobre el delito de omisión, Enrique Gimbernat Ordeig; Derecho penal. Parte general. Tomo I; Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, Claus Roxin; Curso de Derecho penal español, Cerezo Mir; Derecho penal. Parte general, Santiago Mir Puig; Fundamentos de Derecho Penal. Parte General, Fernando Velásquez Velásquez.

19. C.D.P.: Esta entrevista lo sorprendió a usted, como a todos nosotros, en medio de la terrible pandemia del coronavirus que en su país ha producido ya miles de víctimas, ¿Cómo interpreta este fenómeno de cara al futuro del género humano? ¿Y desde la perspectiva del Derecho penal?

RESPUESTA: Lamentablemente, si pensamos en otros momentos de la historia, enfermedades como la lepra en la Edad Media, la peste, entre finales del XVII y comienzos del XVIII, la peste «española» a inicios del siglo XX, ninguna ha logrado mejorar al ser humano. Nunca la muerte de los seres más débiles, aunque fuera masiva, generó una sociedad más solidaria, justa e igualitaria. ¿Se acordarán los países más ricos del derecho a la adquisición de la vacuna de los más pobres? Una pandemia como el Covid-19, que puede afectarnos a todos debe hacernos reflexionar sobre las verdaderas causas y sus consecuencias. A su nacimiento ha contribuido un sistema económico que ha despreciado el medio ambiente, optando por la acumulación de capital, un capitalismo irracional y salvaje que está dispuesto a asumir su próxima autodestrucción sin cambiar de política. Ahora necesitamos del apoyo y solidaridad de todos, de la autorresponsabilidad, de un Estado que adopte decisiones en la producción, que intervenga en la distribución y no deje

en manos del mercado las necesidades vitales. Un Estado que garantice un sistema de salud público y universal, una renta mínima, el derecho de todos a una vivienda digna y una educación pública de calidad, etc.

En cuanto a la trascendencia que este virus puede llegar a tener para el Derecho penal, lo primero que se aprecia es que, con la excusa de supervisar los movimientos para evitar el contagio, asistimos a una deriva hacia un nuevo estado de control de la «peligrosidad», entre el Panóptico, el Gran Hermano y el Big Data. Si antes nos vigilaba el Estado sin nuestro consentimiento, ahora nos sigue controlando, pero somos nosotros los que voluntariamente cedemos nuestros datos a través de las aplicaciones del móvil, tarjetas de créditos, correos electrónicos, visitas a Google, Twitter, Facebook, etc. No solo saben dónde estamos sino lo que pensamos. Entre los delitos que se han cometido durante las diversas oleadas de la pandemia, habría que comenzar resaltando en España la responsabilidad por las muertes dolosas (dolo eventual) e imprudentes de ancianos en las residencias públicas y privadas. Se les abandonó a su suerte, no se les reenvió a los centros de salud cuando estaban contagiados y en las residencias no había médicos que los atendieran. Hay que determinar la responsabilidad omisiva de aquellos garantes que asumieron la protección de la salud e integridad de esas personas y tenían, además, el control de la fuente de peligro. Junto a estos delitos, hay que sumar el de discriminación, se decidió expresamente que un sector de la población de cierta edad no fuera atendido. Respecto a la decisión de no usar la mascarilla habrá que dictaminar los casos de autopuesta en peligro consentida por parte de los contagiados y la propagación dolosa o imprudente a terceros. De otro lado, habrá que analizar la responsabilidad del Estado en la muerte y contagio de miles de sanitarios a los que no se proveyó de las herramientas adecuadas. Otra cuestión de interés radica en la aplicación del estado de necesidad, qué criterios ha empleado un médico en la ponderación entre males cuando tuvo que tomar una decisión entre dos pacientes y un solo respirador. O, qué criterios van a adoptarse para la administración de la vacuna. En definitiva, como ocurrió con el VIH puede elaborarse un Tratado de Derecho penal, parte general y especial del

COVID-19. En el terreno administrativo se plantean infinitas cuestiones: infracciones por no llevar mascarilla, no respetar el toque de queda, el estado de alarma, identificación de infractores administrativos, posibilidad de trasladar a comisaría a los que no se identifican, uso desproporcionado de la fuerza por agentes de la autoridad frente a estos infractores.

20. C.D.P.: ¿Fuera de sus actividades docentes a qué tema de investigación se dedica hoy? ¿Y, cuando llegue el momento de su retiro universitario, a qué pasatiempo le gustaría dedicarse?

RESPUESTA: Antes de la muerte de mi querida compañera Elena Górriz, profesora titular de la Universidad de Valencia, me comprometí con ella a trabajar en su grupo de investigación dedicado al estudio de la parte general de la *compliance* penal. Cuando me jubile espero seguir investigando y cumplir con una aspiración que es un modo de vida: Seguir siendo un activista de los derechos humanos, no dejar nunca de ser un estudiante y matricularme en Filosofía e Historia.

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 recensiones 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 Minciencias 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 revista.cdp.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, 7ª Edición, 219. 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 7ª Edición, 2019.
- 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.

tirant
online®
Colombia

La **base de datos** **jurídica** más completa del mercado

- **Toda la jurisprudencia y legislación** de forma fácil e intuitiva
- **Biblioteca virtual** con todo el fondo editorial de Tirant a un click
- **La actualidad jurídica** al momento para estar siempre actualizado



tirantonline.com.co



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica



Más información: atencionalcliente@tirantonline.com