

3

COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
EN DERECHO

Perspectivas y retos del proceso penal



Andrés Felipe Duque Pedroza (Compilador)

Grupo de Investigaciones
en Sistema y Control Penal



Universidad
Pontificia
Bolivariana

345.05
D946

Duque Pedroza, Andrés Felipe, compilador
Perspectivas y retos del proceso penal / Andrés Felipe Duque Pedroza
–. Medellín: UPB, 2015.
380 p., 17 x 24 cm. (Colección de Investigaciones en Derecho, No. 3)
ISBN: 978-958-764-285-8 Versión web
ISBN: 978-958-764-284-1 Versión impresa

1. Proceso penal – 2. Delitos – 3. Pruebas (Derecho) – 4. Justicia –
5. Justicia – I. Título (Serie)

UPB-CO / spa / RDA
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Andrés Felipe Duque Pedroza
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana

Perspectivas y retos del proceso penal

ISBN: 978-958-764-285-8 Versión web
ISBN: 978-958-764-284-1 Versión impresa
Primera edición, 2015
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Mons. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Editora (e): Natalia Andrea Angarita

Coordinadora de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Ana Mercedes Ruiz Mejía

Corrector de estilo: Fernando Aquiles Arango Navarro

Imagen portada: Vecteezy

Dirección editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2015
Email: editorial@upb.edu.co
www.upb.edu.co
Telefax: (57)(4) 354 4565
A.A. 56006 - Medellín - Colombia

Radicado: 1367-06-07-15

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito,
sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

T

Tabla de contenido

Presentación.....	6
La humanización del proceso penal.....	9
<i>Hernando Londoño Jiménez</i> <i>(Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)</i>	
La constitucionalización del derecho en el Perú	31
<i>Guido Aguilera Grados</i> <i>(Escuela de Altos Estudios Jurídicos-Perú)</i>	
Hacia un nuevo modelo procesal acusatorio para los inimputables y quienes padecan un grave estado de salud mental	57
<i>Ricardo Posada Maya</i> <i>(Universidad de los Andes-Colombia)</i>	
Delitos de peligro y proceso penal: condicionamientos dogmáticos en las formas jurídico penales	82
<i>Andrés Felipe Duque Pedroza</i> <i>(Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)</i>	
Verdad, certeza y duda: las cuestiones en torno de la cadena de custodia de las pruebas en el proceso penal.....	102
<i>Geraldo Prado</i> <i>(Universidad de Río de Janeiro-Brasil)</i>	

La verdad en el proceso penal	120
<i>José Martín Ostos</i> (Universidad de Sevilla-España)	
Justicia retributiva, justicia premial, justicia restaurativa y justicia transicional: ¿diferentes verdades en el proceso penal?	138
<i>Ricardo Molina López</i> (Universidad Pontificia Bolivariana)	
¿De qué hablamos cuando hablamos de verdad en el proceso?	144
<i>Luis Felipe Vivares Porras</i> (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)	
La prescripción de la acción penal desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales	160
<i>Óscar Fernando Jiménez Echeverri</i> (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)	
La así llamada pretensión punitiva	179
<i>Luis Miguel Gómez Gómez</i> (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)	
El fin del proceso penal en contextos de justicia transicional.....	203
<i>Jörn Halling & John Zuluaga</i> (Johann-Wolfgang-Goethe Universität-Alemania & Georg-August- Universität-Alemania)	
El caso Fujimori. La justicia transicional en el Perú	235
<i>Cesar San Martín Castro</i> (Pontificia Universidad Católica-Perú)	
La viabilidad de las justicias alternativas en el proceso penal.....	272
<i>Joaquín Missiego del Solar</i> (Universidad de Lima-Perú)	

Justicias alternativas e injusticias alternas: crítica de la justicia ordinaria en períodos de transición	287
<i>Enán Arrieta Burgos</i> (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)	
La mediación penal en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro.....	329
<i>Maria del Pilar Martín Ríos</i> (Universidad de Sevilla-España)	
La justicia restaurativa como resolución alternativa o complementaria de los conflictos en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.....	341
<i>Oscar Alfredo Muñiz</i> (Universidad Pontificia Bolivariana-Colombia)	
Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán.....	366
<i>Claus Roxin</i> (Profesor Emérito Ludwig – Maximilians Universität München-Alemania)	

P Presentación

Andrés Felipe Duque Pedroza
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal
Medellín, septiembre de 2015

El texto que se pone a consideración del lector es producto del resultado investigativo de destacados profesores de los ámbitos nacional e internacional que participaron en el *I Seminario Internacional sobre Perspectivas y Retos del Proceso Penal*, realizado en la Universidad Pontificia Bolivariana en septiembre de 2015. Los ponentes de este seminario nos comparten valiosas argumentaciones de diversos tipos: filosófico, dogmático, político y sociológico, como respuesta académica a los actuales retos y desafíos que reclama el derecho procesal penal.

Hablar hoy de proceso penal, en nuestra sociedad, constituye un verdadero desafío para quienes aceptamos su existencia como un instrumento para la convivencia pacífica. Dicho de otro modo, recordando al jurista italiano Francesco Carnelutti “*el derecho nace para que muera la guerra*” (Cfr. 1997, pág. 11). Comprender lo jurídico desde esta perspectiva nos convoca a reflexionar acerca de los límites, pero sobre todo respecto de las posibilidades, que el proceso penal encuentra en una sociedad que, como la nuestra, se desangra absurdamente en la guerra.

Este texto es, en nombre de la Facultad y de su editor, un homenaje póstumo al joven estudiante y amigo, Camilo Mejía Restrepo, quien siendo un excelente estudiante de derecho, y un prometedor abogado, fue secuestrado y poste-

riormente asesinado el 26 de junio de 2006, en medio de la irracional guerra que tantos años ha sufrido Colombia. Un país con millones de víctimas del conflicto armado, en donde la vida parece no tener valor, necesita conservar la esperanza en el nacimiento de la paz, ineludiblemente, con el concurso del derecho y el proceso penal.

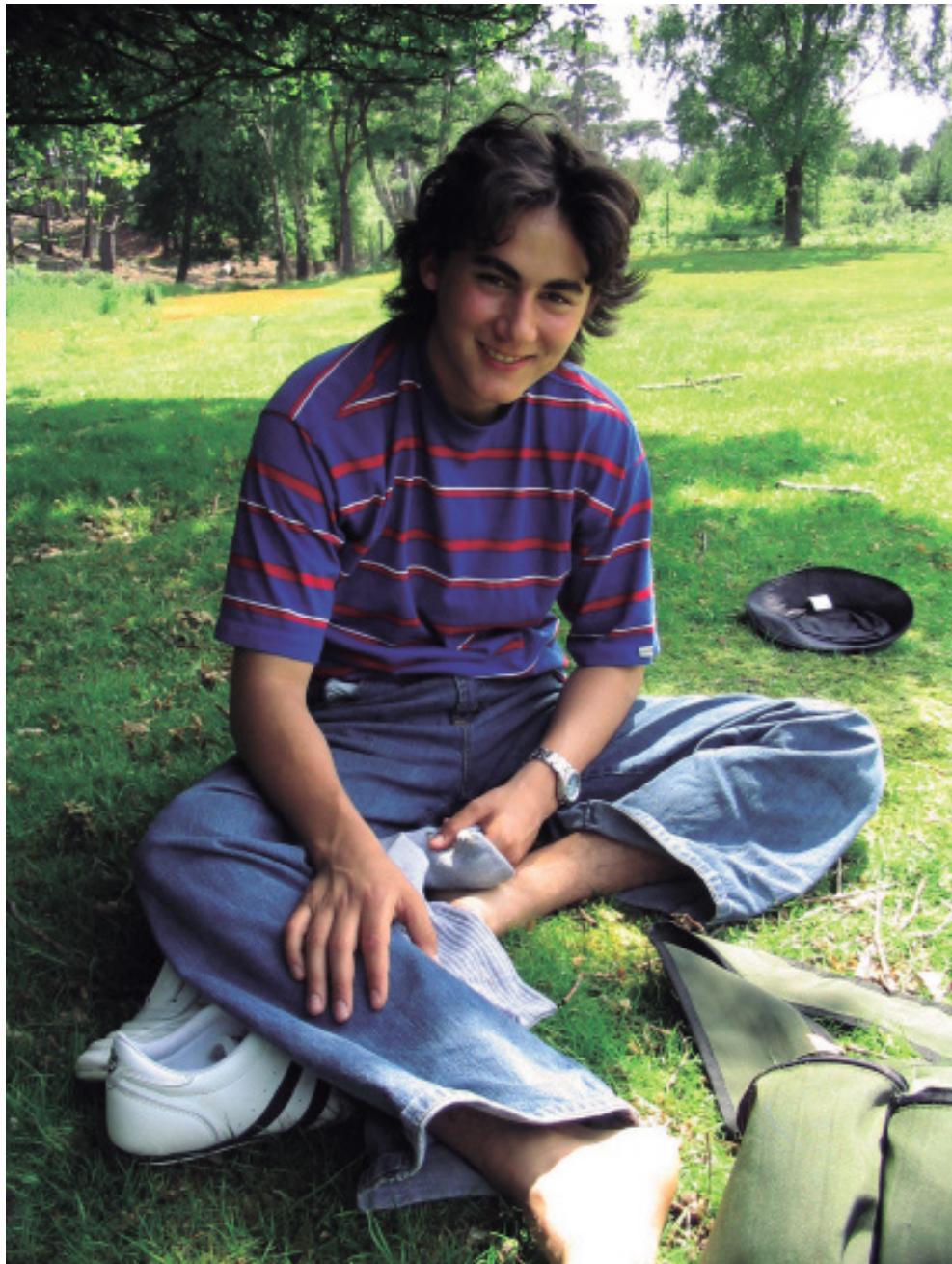
Estamos seguros de que el proceso penal sirve de vehículo para que el derecho nazca y la guerra perezca. De nuevo, con Carnelutti: “*Sin el proceso, pues, el derecho no podría alcanzar sus fines; pero tampoco los podría alcanzar el proceso sin el derecho. La relación entre los dos términos es circular. Por eso se constituye esa rama del derecho que se llama derecho procesal*” (1971, pág. 39).

De suerte tal que el texto de derecho procesal penal que se ofrece a continuación no es ajeno a esta concepción. En síntesis, hemos querido ir más allá de las formas jurídicas que componen el estudio del derecho procesal, a partir de abstracciones conceptuales que le dan sustento a las formas, y sólo con los cuales, verdaderamente, se logra una comprensión del fenómeno del proceso penal. Tres grandes campos teóricos dan sustento a los capítulos que el lector podrá apreciar. El primero de ellos aborda los desafíos del proceso penal de acuerdo con las configuraciones sociales contemporáneas; el segundo eje temático se relaciona con las epistemologías y condiciones de emergencia de la verdad en el proceso penal; el tercero y último abre un debate sobre el diseño e implementación de las justicias alternativas en nuestro país.

Que sea éste, pues, un reconocimiento público a quien en vida demostró un verdadero ejercicio de pasión por lo que se hace, Camilo Mejía Restrepo. Sólo falta expresar a su familia, en especial a sus padres, Alberto León Mejía Zuluaga y Rosario Restrepo de Mejía, que la memoria de su hijo se conserva, con un grato recuerdo, en todos los que hacemos parte de esta Facultad.

Referencias

- Carnelutti, F. (1971). *Derecho y proceso*. (S. Sentis, Trad.) Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, F. (1997). *Cómo nace el derecho* (Tercera ed.). (S. Sentis, & M. Ayerra, Trads.) Bogotá: Temis.



Camilo Mejía Restrepo, *In memoriam*, (31/10/1985 - 26/06/2006)

L

La humanización del proceso penal

Hernando Londoño Jiménez¹

Resumen

La idea central de este ensayo es la humanización del derecho y de la justicia en el campo penal. Su ausencia en la legislación y en la administración de justicia ha creado factores determinantes de la arbitrariedad judicial y de una equivocada política criminal. Se propone para que desde la ley misma y en su aplicación no haya una inspiración draconiana.

Como es dentro de la situación procesal de la detención preventiva donde más se incurre en la deshumanización del derecho y de la justicia, se propone que ella solo sea excepcional y cuando sea necesaria. Para sustituir dicha medida se sugieren otras alternativas que se pueden cumplir sin afectar la libertad del procesado ni la buena marcha de la investigación.

En el desarrollo del tema resultó grato encontrar sabias enseñanzas en el pensamiento de consagrados tratadistas; coincide la doctrina más respetable en el respeto por la libertad individual, y en no recurrir a la severidad de las penas como argumento para combatir el delito. Primero se formó un archivo sobre las ideas generales del autor, después se estudió el tema a través de la doctrina; todo con miras a crear una conciencia legislativa y judicial sobre un derecho penal con rostro humano.

Palabras clave: Humanizar. Justicia. Libertad. Prisión. Inocencia.

¹ Hernando Londoño Jiménez. Abogado de la UPB. Especializado en Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Roma. Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Tratadista de Derecho Procesal Penal. Correo electrónico: herna@une.net.co.

The humanization of the penal process

Abstract

The central idea in this paper is the humanization of law and justice within the penal process. Its absence in the legislation and administration of justice has brought about determinant factors of judiciary arbitrariness and erroneous criminal policy. Humanization is preferred so that from law itself and from its application no draconian inspiration arises.

Given that in the preventive detention within the due process is where the de-humanization of law and justice mostly appears, it is proposed that it becomes exceptional in nature and exercised only when necessary. In order to substitute such measure, other alternatives are proposed that can be achieved without affecting the defendant's freedom or the good progress of the investigation.

While developing this subject, it was pleasant to encounter wise teachings in the thoughts of consecrated experts. The most respectable doctrine coincides with the respect for an individual's freedom and the avoidance of resorting to the severity of penalties as an argument to fight criminality. First, a file was created compiling the author's general ideas; after, the subject was studied through the doctrine. All of this with the purpose of creating a legislating and judiciary consciousness about a penal process with a human face.

Keywords: Humanize. Justice. Liberty. Prison. Innocence.

**A la memoria de FRANCESCO CARNELUTTI,
en el cincuentenario de su muerte**

*“Desgraciadamente la justicia humana está hecha
de tal manera que no solamente se hace sufrir a
los hombres porque son culpables, sino también
por saber si son inocentes”.*

Francesco Carnelutti

Capítulo I

La humanización del derecho penal

El tema propuesto es cautivante desde el punto de vista jurídico y humano. Tiene que ver, en primer lugar, con el legislador, desde la perspectiva de las leyes que expida, principalmente de los códigos penal y de procedimiento, y, en segundo lugar, con la administración de justicia para saber cómo aplica la normativa jurídica.

Casi todos los legisladores piensan y actúan con el equivocado criterio de que la mejor forma de reprimir el delito es endureciendo las penas y restringiendo la libertad dentro del proceso penal. Es una política criminal insensata¹. Son los que cuando se cometan delitos de extrema gravedad y que conmocionan la conciencia pública proclaman la necesidad de aumentar severamente las penas, de imponer la prisión perpetua o la pena de muerte. Cada país habrá tenido la experiencia de que cuando se ha apelado a esta severidad represiva, no por ello la delincuencia ha disminuido².

Por eso aspiramos a que los legisladores del mañana no se dejarán cautivar de las tesis bárbaras de la pena de muerte y de la cadena perpetua, porque eso significaría degradar moralmente el Derecho penal, mancillar la justicia, ofender la dignidad humana, convertir la Ley en un odioso y terrible instrumento de liquidación del ser humano. Las ciencias jurídicas y criminológicas de hoy y de mañana tienen y tendrán otros caminos de más noble estirpe jurídica para luchar contra el delito y contra el delincuente³. No podemos convertir al reo en un réprobo permanente sin ningún derecho de regresar al seno de la sociedad y de su familia, ni exiliarlo de por vida del mundo de la libertad. Una prisión convertida en cementerio de vivos es el más inicuo vejamen a la libertad y a la dignidad del ser humano. Colocar tan tremenda arma represiva en manos de los jueces sería como convertirlos en despiadados sepultureros de la condición humana. Esas penas no permiten reparar el error judicial, no ejemplarizan, no posibilitan la resocialización del delincuente porque prefieren dejarlo morir en la prisión o matarlo de una vez⁴. Es una sanción hija de un derecho penal bárbaro, anticristiano, vindicativo. La sociedad no puede defenderse del delincuente asesinándolo judicialmente, entregándolo a la repugnante mano del verdugo, o condenarlo de por vida a vivir entre rejas. La sagrada e intangibilidad de la vida humana no puede estar expuesta a un sistema punitivo que se complazca en suprimir el aliento vital del hombre o arrebatarle su libertad por el resto de vida. Más que la servicia de la Ley, lo que hace falta es un derecho penal más humanitario. El rostro de la justicia no puede estar, en el nudo corredizo de la horca, entre las charcas de sangre de los patíbulos, en la chamusquina de la silla eléctrica, en la fría e implacable precisión mortal de la

guillotina, como con crueldad y horror funcionó durante la Revolución Francesa. No se puede olvidar que todo ser humano, por depravada que sea su alma y por perverso que sea su corazón, tiene una chispa divina que se refleja en su existencia, una fuerza moral oculta e incontrastable que lo hace elevar sobre sus propias degradaciones. Y porque como lo decía el jurista Nelson Hungría, “en cada uno de nosotros existe un pequeño demonio que necesita en mayor o menor cantidad su dosis de agua bendita”. Y tampoco puede estar esa justicia en la *cadena perpetua*, como claman ahora muchas voces que no pueden ser escuchadas, porque ello significaría un retroceso de siglos hacia la nefasta concepción retribucionista de la pena. El derecho penal espiritualista y demo-liberal al que estamos afiliados, no puede concebir el que algún día pudiera estar inscrita simbólicamente en los frontispicios de nuestras prisiones, la frase que Dante puso en su *Divina comedia*, a la entrada del infierno: “Perded toda esperanza los que entráis aquí”.

Esta humanización de la Ley es la que no sienten aquellos que propugnan por una severa política criminal sobre represión del delito, pero que se olvidan de propiciar medidas preventivas del mismo. Son los que con insistencia reclaman la construcción de más cárceles en lugar de humanizar las que ya tenemos; allí están los que con su obstinada demagogia se rasgan las vestiduras y tocan a rebato para colocar en guardia a la sociedad, porque unos centenares de presos van a recobrar su libertad, en virtud del principio de la aplicación de la Ley más favorable ante una nueva legislación; son los que defienden el afrontoso postulado para el Derecho, de que para conseguir una mayor seguridad ciudadana y un mejor éxito en la investigación penal, se debiera invertir el milenario principio de la *presunción de inocencia* por el de *presunción de culpabilidad*, porque están cegados por los criterios de la retribución absoluta de la pena y la tesis de la *peligrosidad social*. Todo esto evidencia un claro conflicto de intereses y de valores que tienen que ver con la libertad del hombre. Son escuelas, tesis, doctrinas, talantes jurídicos, jurisprudencias que cada cual defiende o censura según sean sus concepciones políticas, jurídicas o filosóficas. Por ello, para un Estado policía, la preponderancia estará en la regla *salus populi suprema lex est*; para un crudo positivismo, la preeminencia la tendrá la *seguridad pública*, y para un auténtico Estado Social de Derecho, prevalecerá el supremo valor de la *justicia*, porque como lo dijo Tocqueville, “el orden sin justicia es la barbarie”.

Aquí, un bárbaro legislador consideró implícitamente que *el amor era fuente del delito*⁵, cuando tipificó como conducta delictuosa, con severas penas de prisión a quienes pagaran el rescate de un secuestrado o fueran los intermediarios ante los delincuentes para pagar el valor de la extorsión. Fue una ley inhumana e inicua, porque ponía por encima del derecho a la vida y a la libertad del secuestrado, el simple interés del Estado porque no se tuviera trato con los delincuentes. Legisladores draconianos que envilecieron con su autoritarismo de poder los ver-

daderos caminos de la Ley y de la justicia. Por eso los fustigamos hasta cuando se logró la inexequibilidad de tan maldita norma⁶. En nuestra lucha contra ella escribimos en nuestra columna de prensa:

Convertir en sujetos pasivos del derecho penal a las víctimas del delito, fuera de ser una monstruosidad jurídica, es la entronización de la injusticia, el apogeo de la iniquidad, la puesta en vigencia de un pernicioso terrorismo de Estado. Y ahora que la vida humana sufre tanto desprecio en nuestra patria, no podemos sino mirar con profunda indignación la vigencia de una Ley que convierte en delincuentes mercedores de todo el rigor punitivo de la misma, a quienes se colocan por sobre ella para salvar la vida de un ser humano. Sobre las coacciones de la ley escrita están la viva voz de la sangre, los puros mandatos del alma, los inflexibles imperativos del espíritu, la tremenda fuerza moral que nos impulsa a salvar la vida y la libertad de un ser querido en peligro de muerte a manos de sus desalmados secuestradores (Londoño Jiménez, 2015, pág. 156).

De esa barbarie y de esa justicia han quedado elocuentes testimonios. Siglos atrás, dos legisladores dejaron sus nombres a la posteridad, uno, para ser recordado gratamente, y, el otro, con vituperio. Cuenta de ellos Plutarco, que Solón, por haber sido más prudente y más humano, gobernó felizmente a los atenienses, porque supo además derogar las leyes crueles e inhumanas que implantó Dracón en contra de los delincuentes. Y la Humanidad sigue venerando la memoria del rey Alfonso el Sabio, por haber dejado para la posteridad ese monumento jurídico de las *Siete partidas*, resplandeciente del más exelso humanismo y la más preclara sabiduría. Allí nos enseñó que “la cárcel debe ser para guardar los presos, é non para facerles enemiga, ni otro mal, ni darles pena en ella” (Cit. Dou I Bassols, T. III, 1801, pág. 182).

De ahí que en el año de 1966, en la ciudad de Nueva York, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, los cuales se incorporaron a nuestro sistema jurídico. Allí se consagró que *toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*, y que, *la prisión preventiva no debe ser la regla general*. Por consiguiente, no se trata de propugnar, al igual que Dorado Montero, por un *derecho protector de los criminales o de que el Código Penal sea la Carta Magna del delincuente* como diría Von Liszt. Sin embargo, no se puede negar que tanto la ley sustancial como la de procedimiento están sembradas de principios jurídicos que constituyen unas concretas y rotundas garantías para toda persona a quien se le imputa la comisión de un hecho presuntamente delictuoso.

Es que no se ha reparado lo suficiente por el legislador al crear la Ley y por el juez al aplicarla, sobre las deplorables consecuencias que traen para la sociedad, la fa-

milia y para el propio sindicado, la privación innecesaria de su libertad, perjuicios que indudablemente resultan ser muy superiores a los beneficios que pueda proporcionarle a la misma sociedad, al Estado y a la propia administración de justicia, mantener privada de su libertad a la persona que está amparada por el principio de la presunción de inocencia. Piénsese, por ejemplo, en la aberrante injusticia que representa mantener privada de su libertad a una persona por espacio de uno o varios años, al cabo de los cuales resulta ser amparada por una preclusión de la investigación o una sentencia absolutoria, porque el Estado, mediante sus órganos competentes encontró que el hecho imputado no constituía violación a la ley penal o que obró dentro de una causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad. Ahí se violó en forma flagrante ese principio civilizador de la justicia humana sobre la presunción de inocencia, del cual escribió Ferrajoli:

Si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no solo por los delitos sino también por las penas arbitrarias, la presunción de inocencia no es solo una garantía de **libertad** y de **verdad**, sino también una garantía de **seguridad** o si se quiere de **defensa social**: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia (...). Es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de racionalidad, de tolerancia y de libertad que están en la base de la conquista de la civilización que es la presunción de inocencia y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción (1995, págs. 549, 561).

Sin duda alguna en la etapa procesal donde más se viola el principio de la presunción de inocencia es cuando se dicta medida de aseguramiento de detención preventiva del imputado. Es la causa del hacinamiento en las prisiones y no por la objetiva realidad de la delincuencia⁷. La censura contra tan perniciosa ligereza judicial en contra de la libertad individual llevó al mismo pueblo a acuñar la frase de que *un auto de detención no se le niega a nadie*. A ello concurre indudablemente la falta de defensa de los acusados, porque quienes carecen de medios económicos para costear una defensa técnica están sometidos a la asistencia de defensores públicos, quienes en la mayoría de los casos, por el recargo de defensas que les impone el mismo Estado, no pueden cumplir a cabalidad tan sagrada misión. Y otra prueba de la violación flagrante del principio sobre la presunción de inocencia, son las elevadas sumas de dinero que continuamente tiene que pagar el Estado a las víctimas de esos atropellos contra la libertad individual. Con ser que la mayoría de esas víctimas, por diversas razones no acuden a las justas demandas sobre indemnización de perjuicios materiales y morales por la arbitrariedad en su contra. Por ello, Cornelutti, llegó hasta afirmar que la detención preventiva “degrada la civilidad”:

La larga permanencia en la cárcel de imputados que después son absueltos, es índice de un mal funcionamiento del proceso penal, que degrada la civilidad; este escándalo debe cesar. No hay otro remedio para hacerlo cesar que el de la simplificación del proceso mediante la reducción del procedimiento preliminar a las dimensiones que respondan a su verdadera función. (1981, pág. 191).

Como lo hemos escrito en otra oportunidad, fieles a estos postulados, tenemos entonces que la investigación penal no debiera consistir en ese sistema arrollador de todos los valores ínsitos en la persona indicada por la *notitia criminis* como presunta responsable de la comisión de un delito. Porque si, como ha de ser, se debe presumir su no culpabilidad mientras una sentencia condenatoria que haya hecho tránsito a cosa juzgada no demuestre lo contrario, el proceso penal no debe representar el tormentoso viacrucis moral que hoy conocemos. (Londoño Jiménez, 1993, pág. 244). Con razón, Carrara, el *Miguel Ángel del Derecho Penal* fustigó la institución de la detención preventiva:

La excesiva precipitación para encarcelar antes de la condena definitiva y el afán tan grande de hacerlo, por simples sospechas de faltas a veces levísimas, son una poderosa causa de desmoralización del pueblo. La custodia preventiva desmoraliza a los inocentes que por desgracia son víctimas de ella, y desmoraliza por naturaleza propia, y más todavía, por la forma como es preciso efectuarla, pues deprime y abate el sentimiento de la dignidad personal en el individuo. (1976, págs. 225 y ss.).

Desde hace doscientos cincuenta años, con la publicación del *Tratado de los delitos y de las penas* (1764), de Cesare Beccaria, el pensamiento jurídico universal ha venido creando opinión por un tratamiento humanitario del delincuente. Ha sido esa una labor grandiosa en el campo científico del Derecho, en la cual quienes se han consagrado a ella han podido dejar una huella profunda en los anales de la justicia penal. Han sido los que piensan que el fenómeno de la delincuencia no se resuelve amontonando inhumanamente en las prisiones a todos los que cometen un delito o simplemente son sindicados de una conducta contraria al orden social, sino que enfrentan el problema desde otras perspectivas, tanto sociales y económicas, como políticas, criminológicas y jurídicas. Por esta razón, estamos de acuerdo con Baratta, cuando manifiesta que:

El principio general de prevención ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. Se trata, esencialmente, de desplazar, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control repressivo hacia formas de control preventivo. Las primeras responden a las expresiones individuales de los conflictos manifestados por acciones definidas como desviadas; las segundas atienden a las situaciones complejas en las

cuales los conflictos se producen. En este sentido, la política de la justicia social, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos representan mucho más que una política criminal alternativa: constituyen la verdadera alternativa democrática a la política criminal. (2004, pág. 328).

Esta no es retórica sentimentalista, ni romántica sensiblería jurídica, sino un legado a la más pura historia del Derecho, al enriquecedor acervo espiritual de su filosofía en el decurso de muchos siglos. Para no hablar sino cómo desde el comienzo de la era cristiana los hombres habían hecho odiosa y arbitraria la Ley amorosa de Dios, les dice Jesús: “Estáis pendientes del detalle minúsculo de la Ley y olvidáis las cosas más graves de la misma: el justo juicio, la misericordia y la buena fe” (Mateo, 23.23, pág. 1214). Y Don Quijote, cuando daba consejos a su ignorante escudero que iba a gobernar la *Ínsula Barataria*, le recomendó: “Muéstrate piadoso y clemente, porque aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia”. Esta concordancia entre la palabra divina y la humana es el puente espiritual por donde ha transitado la mejor justicia entre los hombres. Quienes lo han logrado cruzar para servir dichos ideales en los palacios de las leyes o en las salas de la justicia, han merecido el reconocimiento de la Humanidad, como aquel “buen juez” Magnaud, quien de administrar justicia en una pequeña y humilde aldea de Francia, dio un salto a la inmortalidad, porque en la sencillez de sus sentencias, supo derramar sobre ellas la dosis necesaria de misericordia para despojarle humanamente a la ley su concepción arbitraria y deshumanizada. Por eso sus sentencias han sido amorosamente recopiladas, no por su profundidad y sabiduría jurídicas, sino por el aliento humanitario que las inspiró, como en aquel proceso que él supo embellecer por sobre las miserias que escondía, donde una joven que había robado un pan para comerlo con su menesterosa familia, contra el imperativo legal de no poderla amparar con una eximente en estado de necesidad, él la absolió, diríamos que alegremente, con el sencillo pero hermoso argumento de que “nadie debía pasar hambre no siendo por su culpa, y que el juez debía interpretar y aplicar la Ley en sentido humano”.

Nos asiste entonces la gran esperanza que el derecho penal del mañana haga cierto el ideal de Radbruch cuando dijo que “no cabe duda de que la revisión de los problemas fundamentales del derecho penal bajo el signo de *humanidad*, será una de las misiones más importantes de esa rama de la ciencia del Derecho en el futuro”. Si así ocurriere, no en vano habrían luchado los hombres durante tantos siglos por una justicia que esté más cerca de la misericordia que de la crueldad; por una justicia que, en lugar de caminar por los senderos deshumanizados de la indiferencia al dolor humano, se acuerde también de los humildes y oprimidos, que tenga cinco centavos de piedad por quienes llevan tantas dolencias en el alma y tantas amarguras en el corazón. Por ello, un filósofo del derecho como Legaz

y Lacambla llegó hasta afirmar que “solamente en el sector del derecho penal parece justificarse *ratione materiae*, una creciente *humanización*, no sólo en su contenido sino también en su forma”.

La justicia, entonces, se nos viene presentando como revestida de una filigrana amorosa, llevando en su mensaje los diversos acentos que la hacen trascender a lo humano de sus fines. Por eso, la hermanan con la caridad, la consideran gemela del amor, le encuentran parentesco con la misericordia y la clemencia, le atribuyen exquisitas afinidades morales con el sentimiento de la piedad. Tal vez fue esto lo que le hizo decir a Toral Moreno: “Es obvio, que la *justicia subjetiva* exige alguna dosis de bondad, algún grado de amor a nuestros semejantes, pero también hemos advertido que, en la esfera de los hechos de la *realidad práctica*, aun para el ejercicio de la justicia en su vertiente *objetiva*, no bastan la imposición de sanciones y la amenaza de la coacción, por lo cual la realización de actos justos requiere, de ordinario, algo análogo del amor al prójimo, en alguna medida, siquiera mínima, benevolencia hacia los demás hombres”. (1974, pág. 115).

¿Condenar con amor, con caridad, con misericordia, con vivo sentimiento de piedad, con espíritu de fraternidad, con compasión, será acaso mera sensiblería de ideólogos, puro sentimiento de teorizantes? Pues, no. El hecho de que la realidad nos demuestre lo contrario, no avasalla el principio que ilumina todas las Sagradas Escrituras, embellece los Santos Evangelios, glorifica toda la Patrística y la Escolástica y es enseñanza gratificante de los grandes pensadores de la humanidad y de los más excelsos filósofos del derecho. Se podría hacer un cautivante diccionario con las más preclaras sentencias, como la de Romagnosi: Fría palabra es lo justo, sin el impulso moral de la caridad; la de Radbruch: “La justicia que no está suavizada continuamente por el amor lleva a la injusticia” (1933, pág. 131); o la de Vasconcelos: “Sólo el amor comprende, y por esto, sólo el amor corrige. Quien no se mueve por amor, verá que la justicia misma se convierte en venganza” (2000, pág. 1030). Con razón escribió Ferrajoli: “Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no solo de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva” (1995, pág. 603).

Por lo anterior, el filósofo del derecho, el hombre de leyes, cualquiera que sea su escenario forense, no debe encasillarse en los simples tecnicismos formales, sino saber extraer de la norma escrita el aliento humanizado que la inspira; que si se trata de negar un derecho, como podría ser el de la libertad, en lugar de extremar la severidad inútil, prefiera la bondadosa aplicación de la ley, transida de humana justicia, pensando en que cuando se ha condenado a un hombre, esa sentencia lleva implícito un tormento moral que en la prisión se agiganta todos los días, al paso

que también disminuye, cuando no es que se arrebata, el poco de felicidad que pueda acompañar al reo en ese tenebroso y traumatizante mundo de la prisión. Aquí todo es agonía del hombre, celda de la desesperación, cautiverio de la esperanza, patíbulo del amor, alambrada a la fraternidad, grillete a la misericordia, tortura del alma, aflicción del corazón, guillotina de los derechos humanos, envilecimiento de la dignidad del hombre. Por lo cual, si teniendo en cuenta todo esto el juez no siente dolor al condenar, podrá ser un simple amanuense o escribano al servicio frío de una justicia meramente material, pero no la encarnación espiritual de la misma, su mandante, su artífice, su albacea legítimo. Son esa clase de jueces que nunca aprenderían las enseñanzas del filósofo del derecho, Legaz y Lacambra, cuando enseñaba que ante la situación anómala y de desamparo del delincuente, mejor se le debería dar una protección tutelar, no dándole a la pena *ese de castigo, de reacción vindicativa o retributiva, sino al contrario, con toda la dulzura amorosa, a la vez que con toda inteligencia que sea posible, que es lo que se hace siempre que se procura remediar una necesidad o una desventura humana.*

Sí, *una desventura humana*, como lo afirma el filósofo del derecho, es cuando se condena a un hombre a sufrir una pena afflictiva de su libertad. Esa sentencia aprisionada entre incisos y párrafos de los códigos, adornada con doctrinas y jurisprudencias, vaciada generalmente sobre párrafos y disquisiciones deshumanizados sobre los móviles del delito y la personalidad de su autor, jamás alcanza a comprender todas las implicaciones y consecuencias que ella representa en el futuro existencial del reo. Mejor nos quedamos con los sabios y humanos consejos de Don Quijote a Sancho:

Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad no cargues todo el rigor de la Ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso, que la del compasivo.

Si acaso doblas la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.

Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción considéralo hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra, y en todo cuanto fuera de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstrate piadoso y clemente, porque aunque los atributos de Dios son iguales, más resplandece y campea a nuestro ver, el de la misericordia que el de la justicia. (Cervantes, 1967, pág. 314).

Se podría entonces decir que aquellos nobles ideales quedarían cumplidos, si por el sólo hecho de tener que condenar a un hombre, el juez sintiera cierta angustia al hacerlo. Y debería sentirlo, porque saber que tiene a su disposición el ejercicio de un poder tan grande como el de privar de la libertad tal vez hasta por el resto de la existencia del justiciable, es algo que no debería hacer como cumpliendo

un simple rito procesal, sino sintiendo que cada frase escrita en una sentencia condenatoria, está llamando la voz de la conciencia y poniendo sordina a la palabra estigmatizadora. Así nos lo enseñó Carrara:

Sí, castigar, eternamente castigar es el destino inmodificable de la humanidad. Pero en lo porvenir no se castigará ya con ímpetu de caprichosa locura, sino con amor fraternal; no se castigará ya envileciendo o aniquilando la personalidad humana, sino exaltando al hombre, por el camino del dolor, al sentimiento de la propia dignidad, e induciéndolo al amor del bien; no se castigará para satisfacer fanáticas locuras o exigencias de tiranos, sino para proteger el orden eterno que Dios previó desde la eternidad y desde ella lo impuso al género humano. (1976, pág. 108).

No otra cosa fue la que hizo nuestra Carta Magna, cuando consagró la prohibición de *penas crueles, inhumanas o degradantes*.

Las injusticias que esconden los procesos penales en curso y archivados de todo el mundo, son mayores que las justicias impartidas; han sido más los inocentes privados de su libertad que los culpables condenados; y tal vez han sido y son menos los culpables injustamente dejados en libertad, que los inocentes privados de ella. Los estrados judiciales de todo el mundo están mancillados por los errores judiciales cometidos, por haber torcido el camino de las leyes, por haber vendado los ojos de la justicia para que no mirara la verdad sino el error, el camino equivocado. Los clamores de inocencia desde las prisiones, desde la palabra hablada o escrita de los defensores, se han estrellado contra la indiferencia, contra el silencio judicial, contra los abusos del poder. Por eso, como lo sostiene Ferrajoli a la humanidad le han costado más las injusticias que los delitos cometidos:

La seguridad y la libertad de cada uno están en efecto amenazadas no sólo por los delitos, sino también, y a menudo en medida aún mayor, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y procesos sumarios, por controles arbitrarios y omnipresentes de policía, en una palabra, por ese conjunto de intervenciones que se conoce por el nombre de “justicia penal” y que en la historia de la humanidad quizás ha costado más dolores e injusticias que el conjunto de delitos cometidos (...) La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos (...). Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos. (1995, págs. 344, 385).

Capítulo II

La humanización de la justicia

Y aunque una pena hasta de sesenta años de prisión, equivalente a una cadena perpetua, ya de por sí es inhumana y cruel, la verdad absoluta es que tal como funciona entre nosotros la detención preventiva, ésta *es cruel, inhumana y degradante*. Se abusa de ella, tanto en la consagración legal de las normas como en la aplicación de las mismas, en el abuso del poder judicial, con mayor razón ahora cuando la privación de la libertad depende del criterio subjetivo del funcionario para concederla o negarla, según considere la *peligrosidad* del acusado⁸.

No es, por tanto, ningún consuelo de la ley, ni fórmula tranquilizante alguna para el detenido, decirle que la privación de su libertad no constituye una pena para él. Solo piénsese que al verse privado de su libertad por pocos días, semanas o meses y en una de las espantosas cárceles nuestras, podría afectar más a un individuo que tenga un patrimonio moral que defender, que a otro a quien, por virtud de los mecanismos de la ley, sin haber estado siquiera un día detenido, se le imponga una pena de dos o tres años de prisión, y, con ella, el otorgamiento de la suspensión condicional de la misma en atención al subrogado penal respectivo. Lo que nos hace recordar la dramática observación de Carnelutti:

La observación del derecho penal nos muestra esta injusticia como la pena que puede ser infligida a un inocente, aunque el proceso termine en la absolución: precisamente para poderlo absolver, se ha castigado al inocente. No se podría oponer que la detención preventiva no sea un castigo: la cuestión no es de palabras, sino de hechos; ¿ser encerrado en prisión no es acaso un sufrimiento? En materia penal el problema del proceso se agrava hasta un verdadero círculo vicioso, ya que es necesario juzgar para castigar, pero también castigar para juzgar, lo cual inspiró ya a San Agustín una de las páginas más hermosas de la **Ciudad de Dios**. (1961, pág. 36).

Pensando en la detención preventiva, que sólo debería producirse en casos excepcionales, dijimos en la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal de 1971:

No obstante ser cierto que jurídicamente la detención provisional no tiene carácter penal alguno, resulta que en la práctica se pueden sufrir situaciones iguales o más graves que las que se derivarían de la pena misma. El individuo en estas circunstancias está sufriendo una disminución en su integridad moral ante la sociedad, y, a pesar de que mañana se le absuelva, quedará con cierta interdicción ante la opinión pública. Por eso decía Rubianes: “No cabe desconocer que la prisión preventiva como medida cautelar

necesaria es la que más afecta la libertad corporal, por ser irreparable en caso de absolución, por el encierro de quien aún no ha sido declarado culpable, al estar constitucionalmente en situación jurídica de inocente, sin dejar de tener en cuenta los sufrimientos morales y físicos que provoca, y los perjuicios materiales que ocasiona". (Comité V de Procedimiento Penal, 1971, acta, no. 12).

Titulamos este capítulo como *La humanización de la justicia*, dedicado casi exclusivamente al fenómeno de la *detención preventiva*, porque es el aspecto procesal de permanente ocurrencia en los estrados judiciales, y donde con mayor frecuencia se cometan injusticias, bien por la severidad de las leyes o por los abusos de los jueces y fiscales. Si de todas maneras la detención preventiva se debe humanizar en todas las formas posibles, siendo algunas de ellas la más brevemente posible, con el respeto debido a todas las garantías procesales y a una prisión donde se respete su dignidad humana, se debe propugnar por el principio del *favor libertatis*. Una legislación garantista de la libertad individual debería concebir la detención preventiva como una excepción. Los sustitutos de la prisión son muchos y a ellos se debería acudir. Ninguna ley procesal que se diga respetuosa de las libertades humanas podría elaborar sus principios rectores sin antes señalar clara y precisamente las diversas oportunidades legales en que se puede hacer cesar el estado de detención preventiva. Por lo tanto, no se concebirá un procedimiento penal sin una regulación concreta sobre las causales de excarcelación o de libertad provisional, bien como un simple beneficio, o como un derecho subjetivo del procesado. Lo contrario conduciría a que en este aspecto jurídico alcanzara plena realidad la amarga expresión de Cornelutti, cuando dijo que "la libertad es el cero del derecho"; y más adelante proclama: "Si alguna vez tenemos que salir de ese sopor, una de las ocasiones que es necesario ver claro, será el llamado derecho a la libertad del imputado" (1961, págs. 161 y 260). Desde luego que un derecho procesal penal que quiera humanizar la aplicación de la ley debe proclamar en sus principios rectores el respeto por la dignidad humana, el derecho a la libertad, un trato igualitario, el principio de legalidad o de reserva, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el *in dubio pro reo*, etc. Además, humanizar la detención preventiva con medidas alternativas, como la prisión domiciliaria, la detención en el propio lugar de trabajo, la multa, la *probation*, la libertad condicional, y en la causa, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, etc. Además, la excarcelación como un derecho consagrado en la norma, para determinado tipo de delincuencia.

Ese principio de *humanidad* que debe regir en el derecho penal liberal y garantista, nos viene desde Beccaria y Carrara, Cornelutti y Bettoli y todos los grandes filósofos del derecho. Quien propugna por esa corriente humanista es Leopoldo Baeza y Acévez, cuando escribe:

Allá que otras ramas del derecho elaboren soluciones para los problemas del hombre, cuando el hombre se ha manifestado superiormente humano; pero el aspecto más saliente de la humanidad estriba en su miseria. Y esta miseria es íntegramente del derecho penal. Por la imputabilidad y la responsabilidad; por la peligrosidad; por lo que se quiera, el hombre que delinque merece más atención que el estadista. Sí, y no por el hecho del delito; no por la contemplación estática de su bajeza, sino para sacarlo de ella, para elevarlo un tanto hasta colocarlo en postura que siquiera sea menos indigna. (1965, pág. 205).

O, como lo dijo Thedor Reik, “El edificio del derecho penal podrá ser destruido en sus cimientos, pero mientras subsista, el juez debe mirar siempre a los hombres con ojos humanos”. (1965, pág. 87). Con *ojos humanos* es como debe mirar el juez siempre que vaya a privar de la libertad a una persona, bien a través de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, o con una sentencia condenatoria. Como mínimo, debería pensar en el enorme sufrimiento que va a padecer el reo con su libertad aprisionada. Si se commovieran al menos con el espectáculo de ignominia que al público se le muestra sobre la infamia en que viven los presos, tal vez no serían tan rigurosos en sus pronunciamientos judiciales.

Si no en los frontispicios de los establecimientos carcelarios, al menos en la conciencia de sus directores, guardianes y demás personal administrativo, debiera estar presente, como supremo ideal humanista, el hermoso pensamiento del legendario coronel Manuel Montesinos y Molina: *La prisión solo recibe al hombre. El delito queda a la puerta*. O el lema de Concepción Arenal: *Odia el delito y compadécete del delincuente*.

Estos lóbregos, insalubres y deshumanizados lugares, construidos, en su mayoría, de una manera amurallada, solo hacen pensar, precisamente por su sombría arquitectura, que allí sufre nuestro prójimo, que su angustiado y permanente grito en demanda de justicia se apaga casi siempre contra los muros que encierran tanta ignominia del Estado, y que sus dolores reprimidos, los del cuerpo y los del alma, no encuentran lenitivo alguno entre sus semejantes. Por consiguiente, a tanta soledad, a tanto sufrimiento y pena, no se le puede agregar, sin cometer un crimen de lesa humanidad, la agresión física, la tortura, la injuria verbal, el olvido de sus derechos como hombre. El escaso y viciado aire que les es dado respirar, la exigua luz que los alumbría, el diminuto espacio para su lecho, la infame y degradante alimentación que se les suministra, sus enfermedades que no reciben atención oportuna, sus dolencias que no se mitigan, sus lágrimas que nadie enjuaga, sus reclamos que nadie escucha, todo ello constituye una especie de venganza injusta de la sociedad y del Estado contra los hombres que por cualquier infortunado motivo han caído en prisión (Cfr. Londoño Jiménez, 1989, págs.14 y 15).

Lo más grave es que en determinados momentos de la historia judicial y penitenciaria de los pueblos se han elegido prisiones tenebrosas con el propósito de hacer sufrir al preso todo el peso de la justicia. Sus nombres han quedado en la memoria de la humanidad como un triste recuerdo de la deshumanización de la justicia que se quiso impartir: *Alcatraz* (donde estuvo detenido Al Capone), *San Quintín*, (Tenebrosa), la *Isla del diablo* (donde estuvo preso Alfred Dreyfus), el *Archipiélago Gulag*, (donde un régimen despótico quiso acallar la palabra de Solzhenitsyn), la prisión de *Guantámano* (sobre la cual el pintor Fernando Botero le mostró al mundo las desgarradoras atrocidades cometidas allí contra los presos), y, *Gorgona*, en Colombia, hoy paraíso turístico, sobre la cual se consolaba cierto ministro de justicia diciendo que si los presos se fugaban serían buen alimento de los tiburones. Por eso escribimos:

Si cada juez, antes de condenar a un hombre, se asomara a ese mundo temeroso e infernal que son las cárceles y presidios, pensaría muy bien en la sentencia que va a dictar, para ponerle tal vez un poco de piedad, una pequeña dosis de misericordia, un hondo acento de humanidad. Allí el hombre se aniquila a toda hora, por su suerte, por lo que dejó atrás: su hogar, sus amigos, sus ilusiones, sus grandes esperanzas. ¡Y pensar que la justicia todos los días se equivoca! Se equivoca al condenar a un inocente, al imponer una pena superior a la apropiada, al decretar una injusta detención preventiva, o al negar un subrogado penal, etc. (Londoño Jiménez, 1979, pág. 93.).

Uno de los personajes de *La cárcel*, la impactante novela de Zárate Moreno, describe el horror en que se vive en esos centros de reclusión, descripción que corresponde a la realidad y no a la simple ficción: “Siento rondar en torno de mi celda la realidad de las grandes podredumbres humanas. Alrededor de mí merodea un batuque de bestias que da miedo. Huelo y escucho el hambre, la desnutrición, la sífilis, la tuberculosis, el homosexualismo, el ocio, la desesperación, la ignorancia, el crimen, la superstición, la villanía. Todas las descomposiciones del cuerpo y del alma que se agolpan a la puerta de mi celda me agobian y me humillan” (1972, pág. 122).

Corolario de toda esta temática es el de que todas las normas del derecho procesal penal deben confluir a un tratamiento humanizado de quien responde ante la justicia por la acusación de un hecho punible. Allí concurren los principios que tutelan ampliamente todos sus derechos y garantías procesales. Y lo más importante no es esa consagración, sino la puesta en práctica por los administradores de justicia. Porque de nada sirve un buen código aplicado por un juez arbitrario, así como un mal código puede ser bien aplicado por un juez justo. De ahí la importancia de que los procesalistas en el campo penal tracen rumbos garantistas para la creación del derecho y la humanización de la justicia. Por eso escribimos en un

libro de cuatrocientas cuarenta y siete páginas, bajo el título *Derechos humanos y justicia penal*:

En este enfoque, necesariamente tenemos que enfrentar específicamente la justicia desde el ámbito penal, para considerarla con rostro humano. No olvidar que el hombre que comparece ante las Salas de la Justicia, hermano nuestro, tiene como nosotros una existencia llena de sombras y de luces, que si las primeras le oscurece en un dramático momento el fatigoso camino de la vida, las últimas pueden todavía conducirlo por la vía de la bondad y del bien. Todo reo que se sienta en el banquillo de los acusados, con su enorme carga de tragedia y pesadumbre, mantiene siempre aquella esperanza en el hombre que lo juzga. Frustrarlo en este elevado sentimiento con una prolongada y arbitraria reclusión preventiva, o lo peor, con una condena injusta y deshumanizada, será siempre un acto de iniquidad que rompería la armonía y el equilibrio que deben tener los fallos de la justicia. Un indeclinable mandato de la conciencia humana, es el de proceder entonces en forma contraria, la mejor manera de dignificar el derecho, de darle un contenido espiritual a la norma represora, para no ser esclavos de ella. Así la justicia adquiriría las verdaderas dimensiones de su augusto ministerio, como valor absoluto que es desde el punto de vista filosófico. (Londoño Jiménez, 1988, pág. 355).

Pero es que la sola forma de como se inician buena parte de los procesos penales y se van desarrollando, constituye ya una afrenta a la dignidad humana. En primer lugar, es cuando se da una orden de captura y la forma de cumplirse. Aquí donde no existe una Fiscalía General de la Nación sino una especie de Palacio de la Inquisición, se anuncian por la radio y la televisión las órdenes de captura. Se busca infamar públicamente al presunto violador de la Ley; se le informa a la opinión pública los delitos por los cuales va a ser acusado, y, hasta se llega a agregar el monto de las penas para su eventual condena. Y lo más inaudito: se suministran a los medios de comunicación las pruebas o cargos en su contra. ¡Y a veces, como en el filme *En el nombre del Padre*, del director Jim Sheridan (1993), se les esconden al acusado y a su defensor las *pruebas reinas de la acusación*, dizque por *razones de Estado!* ¡*La Inquisición en todo su furor!*! Y una vez capturada la persona, con estruendoso despliegue policial, se permite a los camarógrafos de la televisión mostrarlos al mundo entero. ¡Cuando no es que esconden las pruebas de la inocencia! Y con frecuencia, personas de absoluta seguridad que no intentarán la mínima resistencia ni la fuga, les colocan esposas, para que la humillación sea más notoria y más grande el vejamen.

Para humanizar el proceso penal en este aspecto, las órdenes de captura no deberían existir sino para casos excepcionalmente graves, como el de las asociaciones para delinquir, para quienes públicamente se han rebelado contra las instituciones a través de la delincuencia permanente. Aquí rigió una norma sabia que los reformadores de mentalidad carcelera abolieron, como era la *citación para indagatoria*.

Por regla general, las personas acudían al despacho judicial, rendían su indagatoria con las consecuencias de seguir en libertad o privados de ella. Pero fue una norma que evitó muchas injusticias, menos afrontas públicas a los acusados, menos traumatismos morales y espirituales a ellos y a su familia. Pero hoy se prefiere el escándalo público de las órdenes de captura, con la cual la persona queda ya notificada de que va directamente a la cárcel. Esto hace recordar la amarga expresión de Voltaire: “La manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos” (cit. por Ferrajoli, 1995, pág. 551). Y con razón Ferrajoli censuró fuertemente los ominosos procedimientos que retratan con fidelidad lo que ocurre en nuestro país:

Estamos, obviamente, ante casos de patología judicial. Pero se trata de una patología que evidencia la posibilidad de hacer uso del proceso para la punición anticipada, la intimidación policial, la estigmatización social, la persecución política o para todos estos objetivos juntos. Es indudable que, por encima de las intenciones persecutorias de los instructores, la sanción más temible en la mayor parte de los procesos no es la pena -casi siempre leve o inaplicada- sino la difamación pública del imputado, que ofende irreparablemente su honorabilidad y sus condiciones y perspectivas de vida y trabajo; y si hoy puede hablarse todavía del valor simbólico y ejemplar del derecho penal, se atribuye no tanto a la pena como al proceso y más exactamente a la acusación y a la amplificación que realizan, sin posibilidad de defensa, la prensa y la televisión. Ha reaparecido, pues, en nuestros días la antigua función infamante característica del derecho penal premoderno, cuando la pena era pública y el proceso secreto (1995, pág. 731).

Pero, Francesco Cornelutti, a quien le hicimos nuestro homenaje en un ensayo bajo el título *La justicia, el derecho y el amor*, porque en toda su obra jurídica logró dejar para la humanidad un edificante conjunto de principios para humanizar la creación del derecho y la aplicación de la justicia, viene entonces al recuerdo todo lo que hermosamente enseñaba Cornelutti, cuando al hacer memoria de lo que para él fue un día estelar de su vida, decía que:

Dios me permitió ver, a mi manera, que si el pintor no ama a su modelo, el retrato no vale nada, y si el juez no ama al inculpado, en vano cree alcanzar la justicia. Entonces comprendí que ni la caridad está fuera del arte, como el problema del derecho, desde entonces, en lugar de resolverse se haya convertido en un misterio; pero mi espíritu logró, finalmente, la paz. (1948, pág. 108).

Para poder llegar a estas alturas del pensamiento a las que alcanzó Cornelutti; para poderse compenetrar de esta sublime filosofía sobre la comprensión de la caída del hombre, de su rompimiento con la convivencia social, de su rebelión contra la armonía de los principios morales y éticos que debe regir la conducta

humana, es preciso haber sentido rondar por los hontanares del espíritu, aquella gracia inefable que resplandece en la obra del verdadero cristianismo. De allí que el grandioso autor de “Las miserias del proceso penal”, al considerar que Cristo al colocar al preso, junto al enfermo, en la cima de la escala de los pobres, al hacerlo, hasta ahora, ha predicado en el desierto, porque en contraste con los progresos que ha alcanzado la humanidad con la medicina para el cuerpo, la medicina del espíritu sigue siendo muy incipiente. Y la causa de ello, tal vez se deba a lo que afirmaba el mismo Carnelutti:

Los sabios buscan el origen del delito en el cerebro; los pequeños no olvidan que, precisamente como ha dicho Cristo, los homicidios, los robos, las violencias, las falsificaciones, vienen del corazón. Es el corazón del delincuente al que, para curarlo, debemos llegar. Y no hay otra vía para llegar a él sino por el amor. La cura de la que el preso tiene necesidad es una cura de amor. El castigo no es en absoluto incompatible con el amor (...). El amor por el condenado no excluye en absoluto la severidad de la pena (1959, págs. 84-85).

¡Tal vez sea cierta, entonces, la reprimenda de Nietzsche, cuando dijo que nuestro delito contra los delincuentes es tratarlos como canallas!

Notas

1.

Este es el caso colombiano, el cual ha motivado a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2008), a afirmar que: “(...) la Corte no podría culminar sin dejar de expresar al Alto Gobierno y particularmente al Congreso de la República, su creciente preocupación por la manifiesta inflación legislativa que observa, específicamente en lo atinente al aumento indiscriminado y desmesurado de penas y la supresión de beneficios de toda índole por la realización de específicos tipos de conductas punibles, mediante la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen al resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o aprueban, cuando no al interés de un sector de la economía o de la política, en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado social y democrático de derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, para solo mencionar algunos de ellos”.

2.

Sobre la ilegitimidad de la prevención general negativa o intimidatoria, tanto por la cosificación de la persona del reo como por su ineficacia o fracaso como función instrumental, cfr. Mathiesen (2003, págs. 101-105). En igual sentido Zaffaroni (2005), cuando expresa que: “La falsa proposición de que la conminación penal tutela (o refuerza o reafirma) algo y que esta función es más fuerte cuanto mayor es la reacción punitiva conminada, es una deducción fundada sobre la premisa no demostrada de que la pena cumple alguna función preventiva en la realidad social. Del debe cumplirla se pasa sin más a afirmar que la cumple y se da esto por no necesitado de ulterior verificación” (pág. 72).

3.

Garland (2013) en su estudio magistral sobre la pena de muerte en los Estados Unidos, explica su supervivencia, no por los propósitos clásicos de la justicia penal (el control del delito y la retribución), sino por su funcionalidad a intereses más mezquinos: “El complejo de pena capital de hoy en día es, de hecho, funcional, significativo y efectivo. Pero en lugar de servir a propósitos gubernamentales o sociales generales, ahora es puesto en funcionamiento a favor de propósitos partidarios y privados de usuarios profesionales o de determinados políticos, de los medios masivos y de su audiencia (...). Estos alineamientos funcionales pueden ser resumidos de la siguiente manera: para los profesionales de la justicia penal, la pena capital es un instrumento práctico que les permite aprovechar el poder de la muerte en la persecución de sus objetivos profesionales. Para los políticos y autoridades electas, la pena de muerte es una mercancía, un valor de cambio, un símbolo político en un juego electoral que se desarrolla ante la audiencia. Para los medios masivos, cada caso de pena capital promete una narración dramática y llena de suspense, una clásica historia de interés humano que se renueva constantemente. Y para el público observador, la pena de muerte tiene sentidos muy diversos: es una obra de teatro moral edificadora, un vehículo de indignación moral, un entretenimiento lascivo o una oportunidad para la expresión de odios y agresiones que en otras circunstancias está prohibida” (págs. 420, 422 y 424).

4.

Para una crítica integral a las iniciativas legislativas del nuevo milenio, para institucionalizar en Colombia la cadena perpetua, cfr. COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, 2011. Allí se expresó que: “la cadena perpetua es una pena inhumana que desdeña toda la tradición ilustrada en torno a la cual se edifica la Constitución de 1991, por lo cual no tiene cabida en el ordenamiento punitivo.”; y agrega: “Estas medidas suelen ser bastante populares a nivel de la opinión pública y dan buenos réditos políticos a quienes las defienden, pero no sólo tienen una eficacia limitada y discutible para prevenir los crímenes, sino que pueden agravar muchos de los problemas del sistema penal, como el hacinamiento carcelario de la cadena perpetua. Pero un odio generalizado, por más explicable que sea, no constituye una razón”.

5.

Cfr. Colombia. Ley 40 de 1993, art. 7º, que tipificó como delito de “favorecimiento”, con pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años, a quien “a sabiendas de que el dinero resultante de una transacción va a destinarse al pago de la liberación de un secuestrado, participe en dicha transacción”.

6.

Cfr. Corte Constitucional, 1994.

7.

En el mismo sentido, cfr. COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL, 2012, cuando expresa que: “(...) muchas decisiones de política criminal se han realizado sin evaluar su posible impacto empírico, ya sea sobre la carga que la criminalización de un comportamiento implica para la labor de la Fiscalía y los jueces, o sobre el sistema carcelario, en la medida en que los aumentos precipitados de penas, o las restricciones de las posibilidades de libertad provisional, aumentan tendencialmente el hacinamiento carcelario, sin que se tomen decisiones claras para prevenirllo (...) ciertas decisiones de política criminal de incrementar penas o de restringir las posibilidades de libertad provisional o condicional han tenido consecuencias sustantivas sobre la evolución reciente del hacinamiento carcelario en Colombia” (numerales 40 y 41, p. 28); y más adelante concluye: “Ha existido entonces un incremento significativo de la severidad punitiva y del recurso a la privación de la libertad, pero sin que haya habido una clara evaluación de su capacidad para prevenir los delitos o sancionar efectivamente a los responsables. La

constatación de esta tensión ha llevado a la Comisión a concluir que ese incremento de la severidad penal no ha sido en Colombia una política criminal reflexiva y consistente para enfrentar desafíos criminales complejos sino que es una expresión de lo que algunos autores conocen como “populismo punitivo”, que pretende que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes debe ser siempre el aumento drástico de las penas. Estas medidas suelen ser bastante populares a nivel de la opinión pública y dan buenos réditos políticos a quienes las defienden. Sin embargo, usualmente suelen tener una eficacia puramente simbólica pues su capacidad real para prevenir los crímenes y enfrentar problemas sociales complejos es limitada; pero esas medidas pueden agravar muchas de las dificultades del sistema penal, como el hacinamiento carcelario, como ya se ha visto o la incoherencia normativa. Además, esta fuga hacia el derecho penal desconoce el carácter de *ultima ratio* que debe tener el uso de los instrumentos penales para enfrentar problemas sociales complejos” (numeral 52, pág. 34).

8.

Sobre la peligrosidad, como fundamento real de la detención preventiva o prisión sin condena, cfr. Londoño Berrío (2003, págs. 200-211); Ferrajoli (1995, págs. 553, 560-561); Baratta & Silbernagl (1985, págs. 573, 574); Roxin (2000, págs. 261-262).

Referencias

- Baeza y Acévez, Leopoldo (1965), *Endocrinología y Criminalidad*, 2^a. ed., Méjico: Porrúa, S. A.
- Baratta, Alessandro & Silbernagl, Michel (1985), “La legislación de emergencia y pensamiento garantista en el proceso penal”. En: *Doctrina Penal*, No. 32, Depalma: Buenos Aires, pp. 573 y ss.
- Baratta, Alessandro (2004), “Principios de Derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”. En: *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Buenos Aires: B de F.
- Beccaria, Cesare (2002), *De los delitos y de las penas*, Madrid: Alianza Editorial.
- Carnelutti, Francesco (1948), *El arte del Derecho (Seis meditaciones sobre el derecho)*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, (1959), *Las miserias del proceso penal*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, (1961), *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, (1981), *Derecho procesal civil y penal*, tomo II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carrara, Francesco (1976), *Opúsculos de derecho criminal*, vol. I, Bogotá: Temis.

Cervantes Saavedra, Miguel (1967), *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, Tomo I, Barcelona: Labor.

Comisión Asesora de Política Criminal (2012), *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Unión Europea.

Comisión Asesora de Política Criminal (2011), *Observaciones a la iniciativa sobre la imposición de cadena perpetua para ciertos delitos realizados contra menores*. Bogotá. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/No-Cadena-Perpetua.pdf

Comité V de Procedimiento Penal (1971), Bogotá: Ministerio de Justicia.

Colombia. Corte Constitucional (1994). Sentencia C-213, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (2008). Sentencia del 5 de noviembre, radicado No 29053, Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez.

Dou I De Bassols, Ramón Llàtzer de (1801), *Instituciones del Derecho Público General de España. Con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno y en cualquier estado*. Tomo III. Madrid: Benito García y Compañía.

Ferrajoli, Luigi (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid: Trotta.

Garland, David (2013), *Una institución particular. La pena de muerte en los Estados Unidos en la era de la abolición*. Traducción de María Luisa Piqué, Buenos Aires: Didot

Londoño Berrío, Hernando León (2003), “La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001”, *Nuevo Foro Penal*, No. 65, Medellín: Eafit.

Londoño Jiménez, Hernando (1979): *Confesiones de un penalista*, Bogotá: Temis.

Londoño Jiménez, (1988), *Derechos humanos y justicia penal*, Bogotá: Temis.

Londoño Jiménez, (1989), *Tratado de derecho procesal penal*, Bogotá: Temis.

Londoño Jiménez, (1993), *De la captura a la excarcelación*, 3^a. Edición, Bogotá: Temis.

Londoño Jiménez, (1994), *El derecho y la justicia*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- Londoño Jiménez, (2014), *La justicia penal*, Bogotá: Leyer.
- Londoño Jiménez, (2015), *Las andanzas de un escritor*, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Mateo, San (1998), *El evangelio, Sagrada Biblia*, Bogotá: Panamericana.
- Mathiesen, Thomas (2003), *Juicios a la prisión. Una evaluación crítica*. Traducción de Amanda Zamuner, Buenos Aires: EDIAR.
- Radbruch, Gustav (1933), *Filosofía del Derecho*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Reik, Theodor (1965), *Psicoanálisis del crimen*, trad. de Wencelblat, Buenos Aires: Hormé S.A.
- Roxin, Claus (2000), *Derecho procesal penal*. Trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Toral Moreno, Jesús (1974), *Ensayo sobre la Justicia*, México: Jus.
- Vasconcelos, José (2000), *Ulises criollo. Edición crítica*. Fell, Claude (Coord.). San José: Universidad de Costa Rica.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1986), *Sistema penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires: Depalma.
- _____ (2005), *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires: B. de F.
- Zárate Moreno, Jesús (1972), *La cárcel*, Barcelona: Planeta.

La constitucionalización del derecho en el Perú

Guido Aguila Grados¹

Resumen

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho se ha dado en el Perú y en casi todos los Estados constitucionales de Derecho. Ha significado el despertar de la constitución jurídica, la búsqueda de la eficacia de los derechos fundamentales y el predominio de la jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho.

Palabras clave: Constitucionalización. Jurisprudencia constitucional. Tribunal Constitucional. Estado Constitucional de Derecho. Ordenamiento jurídico.

Sumario

1. Tránsito del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho: un nuevo escenario. 2. El fenómeno de la constitucionalización del Derecho. 3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional como principal fuente del Derecho constitucional peruano. 4. A manera de conclusiones. 5. Bibliografía.

¹ Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura del Perú. Docente Visitante de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) de Argentina. Docente visitante de la Universidad Católica de Asunción (UCA) de Paraguay. Docente Visitante de la Universidad de Medellín (UdeM) de Colombia. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (UNR) de Argentina. Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Máster en Gerencia y Administración por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y la EOI (España). Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España). Presidente de Capítulo Perú del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP).

Constitutionalization of law in Peru

Abstract

The phenomenon of constitutionalization of law is present in Peru and in almost all states of constitutional law. It has meant the awakening of legal constitution, the pursuit of efficiency of fundamental rights and the prevalence of constitutional jurisprudence as a source of law.

Keywords: 1. Constitutionalization. 2. Constitutional Jurisprudence. 3. Constitutional Court. 4. State of Constitutional Law. 5. Legal System

Tránsito del estado legal al estado constitucional de derecho: un nuevo escenario

En los últimos años, cada vez que intentamos explicar el nuevo escenario en el que se desarrolla el Derecho en general y el peruano en particular, encontramos que la alteración sufrida en el centro de gravedad del sistema jurídico internacional se debe a una poderosa razón: el protagonismo de la Constitución como «norma jurídica», en reemplazo de la norma legal. ¿Significa esto que la Constitución nunca ha tenido supremacía en el bicentenario imperio de la legalidad? La respuesta es obvia: no, ya que siempre estuvo en ese lugar de privilegio. Lo que ocurre es que su presencia siempre fue casi de exclusividad política. Asuntos como el control interpoderes, la responsabilidad y facultades de los altos funcionarios, la organización estatal, los límites de presidente de la República, entre otros, fueron foco de atención del debate constitucional. Este debate se extendió desde los textos constitucionales como normas de distinta naturaleza hasta los códigos y normas restantes. El carácter incompleto e impreciso de toda Constitución y su lenguaje declarativo respecto de los derechos en ella reconocidos, abonaron el debate. Fue así que en las mentes jurídicas quedó enquistado el concepto de que la Constitución era un documento ligado a la distribución del poder. Hasta hoy se mantiene su rótulo originario: Constitución *Política* del Perú.

Y es que el amanecer del constitucionalismo coincidió con la era de la codificación y la convicción de la sinonimia absoluta entre ley y Derecho. A esto habría que sumarle el denso nubarrón de desprestigio y desconfianza hacia los jueces que dejó la Revolución Francesa, sombra que, al mismo tiempo, contribuyó a elevar la estatura del legislador. Esta situación se mantuvo hasta casi el final del siglo XX. Y fue el advenimiento del nuevo siglo el que trajo consigo el concepto de Constitución como norma jurídica. En realidad, solo se hizo visible. Desde la segunda

posguerra es que las constituciones de los Estados comenzaron a tener un ADN diferente al del constitucionalismo liberal y social. El tránsito de la constitución en reemplazo de la ley fue un proceso largo y no exento de dificultades. Tuvo que transcurrir media centuria para que lo que inicialmente eran manifestaciones aisladas, casi aventureras, se convirtieran en verdaderas piedras angulares de todo Estado que se preciara de ser democrático y constitucional. Esta nueva realidad ha superado con creces los límites tradicionales en los que se desenvuelven las tareas cotidianas del Poder Legislativo y de creación de normas para dar paso a una nueva realidad en la que se conjugan elementos insospechados.

El tránsito del Estado *Legal* de Derecho al Estado *Constitucional* de Derecho se advierte de múltiples formas. En el caso peruano, nuestro derecho ha experimentado en los últimos tres lustros grandes experiencias y transformaciones. Estos cambios no son propios de la dinámica de los tiempos actuales en que la ciencia jurídica se ramifica a la «n» potencia y asoman especialidades que, aunque poseen una identidad forense, están emparentados con la tecnología o el medio ambiente. Tales cambios son propios del giro copernicano que se ha producido en el Derecho Constitucional (y con él, en todo el Derecho nacional), que de disciplina asociada a la política y norma meramente declarativa, enunciativa y romántica se ha convertido en omnipresente en todos los rincones del planeta Derecho. Este peculiar contexto en el que se desenvuelve el Derecho Constitucional ha llevado al jurista italiano Riccardo Guastini¹ a alegar la existencia de una «Constitución invasora, entrometida» del Derecho en general. Según el profesor de la Universidad de Génova, la Constitución «condiciona la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales».

Si hasta mediados del siglo XX la historia del Derecho se escribía con el puño y letra del positivismo jurídico, ideología que bien puede sintetizarse en las ideas clásicas de Kelsen, hoy la preponderancia de los «principios» y «valores» contenidos en la Constitución es una realidad que escapa al intento de explicarla racionalmente mediante su circunscripción a un territorio jurídico en particular. En ese sentido, con un enfoque similar al de Guastini –aunque con las salvedades del caso–, Nieto ha resaltado que la Constitución «ha propiciado, pues, el regreso de los valores al Derecho y, además, al positivizar algunos de ellos ha dado una estabilidad al repertorio axiológico básico que no se conocía desde el Decálogo bíblico, y la consecuencia ha sido un mecanismo de control de las leyes a las que de nuevo se inserta en una escala de valores como peldaños intermedios». El autor en mención agrega que: «Lo que convierte a la Constitución en un elemento capital del Derecho no son esas pomposas declaraciones, ni todo el solemne texto lingüístico (que no faltan en países que carecen por completo de auténtico Derecho), sino la voluntad del Estado, de los partidos y de los ciudadanos en hacerla operativa» (Nieto, 50-51).

El tránsito del «Estado Legal de Derecho» al «Estado Constitucional de Derecho» es un fenómeno perceptible en muchos ordenamientos jurídicos del mundo. Caracterizando estos dos modelos de Estado de Derecho, Ferrajoli ha indicado que en el uso corriente, la expresión «Estado de Derecho» puede entenderse en dos sentidos distintos: lato, débil o formal, y restringido, fuerte o sustancial. En el primer sentido, la expresión designa a cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En el segundo sentido, la expresión sirve para aludir a solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por lo tanto, limitados o vinculados por ella), no solo en los relativos a las formas, sino también en los contenidos. El citado autor agrega que en su significado más restringido –que es predominante en su país, Italia–, son «Estados de Derecho» aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales» (Ferrajoli, 2003, 13-14).

¿Cómo es que hoy hemos llegado a esta situación de «Estado Constitucional de Derecho»? La respuesta dependerá de múltiples factores, pero todos englobados dentro de la cultura de cada país, de su historia y de su evolución constitucional. Aun así, se puede tomar como modelo de análisis el desarrollo histórico y constitucional de los Estados Unidos de América, cuya Constitución federal puede considerarse como el punto de partida del término en mención, aun cuando en su estructura primigenia la Constitución federal estadounidense tenía el inconveniente de no contener una declaración sobre derechos fundamentales, problema que se subsanaría posteriormente mediante las llamadas «enmiendas», que en número inicial de diez, subsanaron esta deficiencia. Cabe señalar que estas enmiendas, en sentido estricto, no deben entenderse a la manera usual en el ámbito legal, es decir, en su sentido de «supresión» o «cambio» de contenido de la Constitución, sino más bien como lo que los estadounidenses entendían en su época por ellas: adición de una o más cláusulas constitucionales. Esta adición respondía a la necesidad de «completar» o «cubrir» lo que no estuviese «expresamente» dispuesto en el texto constitucional.

Algunos de los derechos fundamentales que se reconocieron en la Constitución estadounidense mediante la inclusión de estas enmiendas fueron, entre otros, el derecho del ciudadano a ejercer cualquier fe religiosa, el derecho a la libertad de palabra y de prensa, el derecho a reunirse pacíficamente y a solicitar reparación de cualquier agravio, el derecho del pueblo a tener y llevar armas, el derecho a no ser sometido dos veces al mismo proceso, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho del acusado a tener un juicio rápido y público. Tal vez sea la novena enmienda la que tuvo una importancia capital: esta estableció que la

enumeración de derechos en la Constitución no deberá interpretarse como dene-gación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo. De esta manera, se dejó establecida la futilidad de determinar con precisión quirúrgica el resto de derechos fundamentales, pues una interpretación adecuada y favorable hacia su materialización era una tarea reservada para los jueces, de tal manera que estos pudiesen aplicar determinados métodos interpretativos en beneficio de su cum-plimiento. No cabe duda que en la actualidad, este principio rige en los países que cuentan con una Constitución.

Volviendo a sede nacional, al referirse a la Constitución como fuente que ins-taura el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional peruano ha resaltado con acierto que: «El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitu-cional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. De ahí pues que con acierto pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos no solo de los poderes públicos sino también de las personas»². Este reconocimiento, como se verá a continuación, no solo está sustentado en oscuros discursos teóricos o filosóficos, sino también en una serie de entornos particulares cuyas características lo hacen posible. Sin duda alguna, nos encontramos en un nuevo escenario jurídico.

2. El fenómeno de la constitucionalización del derecho

2.1. Hacia una definición

Este nuevo escenario descrito, como es lógico, impone nuevas reglas de convi-vencia. Así, el Estado Constitucional de Derecho no es un advenimiento ni es-pontáneo ni breve. Ha sido un parto largo y difícil. Fue media centuria la que tuvo que transcurrir para que las diferentes manifestaciones, en un inicio esporádicas y atrevidas, se convirtieran en verdaderas piedras angulares de todo Estado que se preciara de serlo. Las características de este nuevo modelo se encuentran, bajo diversas formas, en la omnipresencia de la Constitución en todas las mani-festaciones de relevancia jurídica. Esto es, lo que hoy viene a ser una termino-ología muy extendida en el Derecho Constitucional: “la Constitucionalización del Derecho”.

El punto de partida lo constituye el ensayo presentado por Riccardo Guastini en el XV Congreso Internacional de Derecho en Bristol, Inglaterra en 1998 bajo el título de *“La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano”*. A partir de allí, las condiciones de constitucionalización planteadas por el discípulo de Giovanni Tarello, -aunque limitadas al caso italiano, pronto se universalizaron con la rapidez que el fuego se extiende en el bosque- se han convertido en la *probatio probatissima* de la existencia de un Estado Constitucional de Derecho.

Así, se hacen indesligables estos dos fenómenos: la transformación hacia un Estado Constitucional de Derecho y la Constitucionalización del Derecho. No se podría explicar el segundo sin el primero. El primero quedaría vaciado de contenido si no se produce lo segundo. La primera consecuencia de esta transformación de escenario es, justamente, el que el texto constitucional como norma jurídica se convierte en el parámetro de validez de todo el sistema jurídico. Es la aduana que legitima desde una ley orgánica hasta la menor resolución de la burocracia administrativa. La constitucionalización del ordenamiento jurídico implica mutaciones en las manifestaciones jurídicas de un Estado. Así, es notorio el destronamiento del principio de legalidad por el de constitucionalidad. Ya no basta que la institución o mandato se encuentre en una ley escrita, previa y cierta. Evidentemente, sigue siendo indispensable que se den estas condiciones, pero ya no son suficientes. Un ordenamiento constitucionalizado exige un *plus*: debe gozar de razonabilidad, proporcionalidad, no ser contrario a los derechos fundamentales y respetar los valores constitucionales. La derrotabilidad de normas legales por vulneración de derechos fundamentales ha tenido, desde el caso Lüth hasta nuestros días, un desarrollo exponencial. De tal forma que el control judicial de las leyes ha significado el paso de un legislador otrora omnipotente y arropado en su legitimidad democrática directa a un legislador actual controlado y censado de manera permanente. La ley, que antaño era el pasaporte para el ingreso al sistema jurídico y medida de validez, hoy se ha convertido en el objeto de control. Y todo esto, a su vez, origina un nuevo fenómeno que en nuestro país se acentúa más al tener un Tribunal Constitucional en los extramuros del Poder Judicial: el predominio de la jurisdicción constitucional sobre la jurisdicción ordinaria. Así, resulta complejo explicar en las aulas cómo un órgano que no es poder del Estado puede enmendar la plana a los que sí están investidos por la Constitución con el rótulo de poderes. Como en diferentes ámbitos de la vida, la estructura sobre la que se construyen las transformaciones no está preparada para sostener a estas últimas de manera firme y adecuada.

2.2. Características

Guastini -a quien se le asigna la paternidad del término que da origen al título del presente texto- en su ensayo referido líneas arriba y que se convirtió en una

suerte de viral jurídico escrito, señala que el concepto de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” no es bipolar. No se trata de dos únicas alternativas para un Estado: es constitucionalizado o no. Sino más bien, y suena muy razonable, existen gradaciones que se pueden medir a través de siete condiciones que propone y que a continuación desarrollamos adaptadas al ordenamiento jurídico nacional.

a. La existencia de una «Constitución rígida»

Esta característica responde a la denominación que utilizó el jurista irlandés James Bryce (1838-1922) para referirse a los textos constitucionales que comenzaron a desarrollarse a fines del siglo XVIII y que precisamente se caracterizan por ser de compleja reforma. El término «Constitución rígida» alude a un texto constitucional que proviene de un poder constituyente y que exhibe una estructura cuasi fija e inalterable que no puede ser modificada de la misma manera en que lo serían las leyes ordinarias, salvo mediante un procedimiento especial de reforma que la misma Constitución haya establecido. Este procedimiento de reforma constitucional consiste en una serie de procedimientos que se traducen en obstáculos técnicos que impiden reformas o derogaciones inmediatas, permitiendo de esta manera una continuidad de los preceptos constitucionales. La reforma o derogación inmediata de las cláusulas constitucionales se yergue así no solo como un procedimiento radicalmente distinto del que generalmente se utiliza para la formación de las leyes, sino también complejo en la medida en que para llevarla a cabo se requiere de un marco de coherencia y estabilidad democráticas.

La complejidad para determinar el contenido y alcances de los preceptos de una constitución rígida se debe a que no solo entran en juego una fuerte carga valorativa y la activación de numerosos mecanismos de auxilio doctrinarios para ese efecto, sino también porque los preceptos constitucionales pueden adoptar una diversidad de significados de acuerdo con el peculiar enfoque hermenéutico de los propios intérpretes que los abordan. A todo esto se debe añadir la imperativa necesidad de garantizar, mediante la «correcta interpretación», el respeto de los derechos fundamentales, aun cuando algunos de estos no aparezcan enunciados expresamente en la norma fundamental. Sin embargo, la llamada «correcta interpretación» puede resultar aquí una expresión ambigua: no podemos saber si dicha operación será absolutamente «correcta» al final del camino. De lo único que podemos estar seguros es que los intérpretes deben evitar, al máximo posible, menoscabar el contenido esencial de los derechos fundamentales al término del acto hermenéutico. La interpretación de los preceptos constitucionales no tiene, pues, otra finalidad que la de establecer los alcances de estos, pero sin que se alejen del máximo escalón del ordenamiento jurídico.

Ferreres Comella ha resaltado que el grado de rigidez de una constitución depende de determinados requisitos jurídico-formales, entre los cuales menciona los siguientes:

- 1) El número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la constitución;
- 2) El tamaño de las mayorías exigidas para la reforma constitucional; y,
- 3) La exigencia o no exigencia de la participación del pueblo.

Agrega que estos requisitos deben estar situados en un amplio contexto político, histórico y social, que a su vez puede manifestarse en diversas variables, como es el caso del sistema de partidos políticos y la historia y tradiciones políticas de un país. Así, señala que mientras más disciplinados sean los partidos políticos y cuanto más arraigada esté la cultura de la coalición, más fácil será alcanzar una supermayoría parlamentaria para reformar una norma fundamental. En relación con la historia y tradiciones políticas de un país, el autor advierte la posibilidad de que existan actitudes muy «conservadoras» (cautela y de respeto) por parte de sus ciudadanos frente al cambio de su constitución, lo cual significa que una sociedad de esta naturaleza exigirá razones de mucho peso antes de que se proceda con una reforma constitucional (Ferreres, 30-33).

El rasgo distintivo de las constituciones rígidas es el conjunto de sus preceptos. Estos aparecen redactados con un apreciable grado de abstracción lingüística que tiene como punto de partida una inusual revisión y «revalorización» de los catálogos de derechos fundamentales. En este contexto, los preceptos de las normas supremas rígidas están escritos en un lenguaje casi coloquial cuyo grado de abstracción oscila entre medio y alto, esto es, prácticamente sin atisbo de precisión sobre los alcances de los derechos cuyo contenido, como es bien sabido, puede variar con el paso del tiempo. Y es en este escenario en el que las técnicas interpretativas juegan su papel decisivo: pueden tener efectos expansivos o restrictivos de esos derechos. Sin embargo, más allá de esos efectos, lo cierto es que el uso de un lenguaje abstracto a la hora de enunciar los derechos garantiza la legitimidad de la propia constitución: si sus preceptos estuvieran redactados de manera detallada, sin excepciones implícitas, sería muy difícil que obtuviera la aquiescencia de las generaciones venideras. En cambio, su rigidez facilita una interpretación «abierta» de los derechos, es decir, que existen excepciones implícitas en los preceptos que los expresan (Ferreres, 34).

Una constitución rígida ocupa un lugar de supremacía en el ordenamiento jurídico: por un lado, sus dispositivos no pueden ser modificados por la ley, mientras que por otro, la conformidad con las normas constitucionales es una condición de validez de la ley. En el actual Estado Constitucional de Derecho, la validez de las

leyes depende de su concordancia con los preceptos constitucionales, situación ésta que se ve reflejada en un contexto muy peculiar: la imposibilidad de eximir a una ley del recorrido por el exigente «filtro constitucional», es decir, de su análisis interpretativo a la luz de la constitución. El contenido de una ley debe «leerse» de acuerdo con los «imprecisos» parámetros establecidos por la constitución para poder establecer su validez. Tal situación demuestra que la rigidez constitucional es una cuestión que va mucho más allá de la aparente simpleza lingüística con la que han sido redactados los dispositivos de una norma fundamental: implica también una ardua labor de «lectura no restrictiva» que tendrá como objetivo priorizar, al máximo nivel posible, el catálogo de derechos fundamentales. Con la salvedad de que en este nivel, los consensos no son necesariamente unánimes.

El contenido de una constitución rígida puede ser modificado en la medida en que se cumpla con lo que la doctrina ha denominado «límites materiales» y «límites formales». Los límites materiales están referidos a las cláusulas pétreas –entendiéndose por «cláusula pétrea» aquella que no puede ser reformada porque dentro de sí lleva «el espíritu de la misma», es decir, la plasmación de la ideología y tendencia política de un país– que contemplan los derechos fundamentales, mientras que los límites formales se refieren a los mecanismos agravados para realizar una eventual reforma. En el caso peruano, los límites formales son los que posibilitan la modificación de la Constitución de 1993, cuyo artículo 206º establece que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Al respecto, el Tribunal Constitucional de nuestro país ha expresado que cualquier reforma que afecte a uno de los órganos del Estado –prevista en la Constitución–, para ser válida, solo requeriría aprobarse mediante una ley orgánica y no a través de una reforma constitucional, de acuerdo con el artículo 206º de la norma fundamental³.

A menos que se trate de una reforma constitucional, el Tribunal Constitucional peruano ha reiterado también que ningún poder constituido tiene competencia para alterar en absoluto la norma fundamental, ya que en un sistema jurídico que cuenta con una constitución rígida, como es el caso peruano, ninguna ley o norma con rango de ley tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de nuestra constitución⁴. Por otra parte, en cuanto a la aplicación de los preceptos de la Constitución peruana, nuestro máximo intérprete de la constitución ha enfatizado que la particular estructura normativa de estos no responde a la lógica de la subsunción (supuesto normativo-subsunción de hecho-consecuencia), por lo que exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en los criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional (principio de unidad de la constitución, principio de concordancia práctica, principio de corrección

funcional, principio de función integradora y principio de fuerza normativa de la Constitución) y que han dado un giro de 180° en la forma de dar lectura y entendimiento al texto constitucional, al punto de poder afirmar que nos encontramos ante una nueva teoría general del Derecho. Estos principios los desarrollaremos más adelante⁵.

A criterio del Tribunal Constitucional de nuestro país, todo ordenamiento que cuenta con una constitución rígida implica necesariamente que la norma fundamental es una fuente suprema, por lo que todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben ser necesariamente interpretadas «desde» y «conforme» con la constitución. Pero hay algo más: al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, la Constitución también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. En ese sentido, a la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. La condición de norma suprema de la constitución y la necesidad de su defensa operan tanto en el proceso de producción jurídica de las fuentes formales del Derecho como ante todos los órganos estatales e, incluso, ante los privados, cualquiera sea el tipo, la calidad o naturaleza de los actos que puedan practicar⁶.

b. La garantía jurisdiccional de la Constitución

En el ordenamiento jurídico nacional se reconoce un control de constitucionalidad dual: el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional y el control difuso a cargo del Poder Judicial, este último extendido, por política jurisdiccional, al Tribunal Constitucional y, de aquí, vía jurisprudencial, a los tribunales arbitrales. De esta manera, a diferencia de países como Alemania, Austria, Paraguay o Uruguay, en los que el control de constitucionalidad es solamente concentrado, u otros como Estados Unidos o Argentina, en los que rige únicamente el control difuso, el Perú cuenta con una amplia garantía jurisdiccional de la Constitución que nunca tuvo antes: el monopolio de las competencias para conocer la constitucionalidad de las leyes está a cargo de nuestro supremo interprete de la constitución, mientras que los jueces ordinarios, bajo el control último del Tribunal Constitucional, pueden revisar la constitucionalidad de las leyes a efectos de su aplicación en casos concretos. La Constitución peruana ha establecido en su artículo 201° el control concentrado⁷, mientras que el control difuso está establecido en su artículo 138⁸.

La garantía jurisdiccional de la Constitución está relacionada con lo que se conoce como «control de constitucionalidad». Esta última implica la evaluación de una ley que es cuestionada como violatoria de la Constitución dentro de la jurisdicción constitucional, evaluación que se produce en tres situaciones:

- 1) Por una supuesta inconstitucionalidad de fondo o material (inconstitucionalidad por comisión de fondo),
- 2) Inconstitucionalidad procedural o de forma (inconstitucionalidad por comisión de forma) o
- 3) Inconstitucionalidad por omisión legislativa (inconstitucionalidad por omisión).

En el primer caso se verifica la existencia o no existencia de inadecuación axiológica, teleológica o preceptiva de una ley o norma con rango de ley, verificación que concluye con una determinación de conformidad o disconformidad con los principios, valores y reglas previstas en el texto constitucional. En el segundo caso se procede a corroborar la observancia fiel de la ruta legislativa fijada por la constitución para la aprobación de un precepto legal del rango jerárquico anteriormente asignado. Finalmente, el tercer caso consiste, en puridad, en un examen de inconstitucionalidad por abstención en la ejecución de actos legislativos, es decir, se trata de un proceso de verificación de la aparición de transgresiones a la constitución por ocio, incuria, negligencia, etc., de los órganos de poder (García y García, 86, 211-212). Esta última figura no se encuentra positivizada en el ordenamiento constitucional peruano.

El Tribunal Constitucional peruano ha expresado que el control jurisdiccional de todos los actos es una clara consecuencia de la supremacía constitucional⁹, por lo que es imposible sostener la existencia de actos de los poderes públicos que escapan del control constitucional ejercido por la jurisdicción constitucional y, al mismo tiempo, reconocer que la constitución tiene carácter jurídico. La capacidad de exigir su cumplimiento jurisdiccional es una condición inherente de toda norma, por lo que aseverar que existen actos de entidades estatales cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional equivale a sostener que en tales ámbitos la constitución ha perdido su condición de norma jurídica para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. La judicialización de la constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la norma fundamental¹⁰.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha llenado el vacío constitucional y legal sobre la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad por omisión. En efecto, el máximo intérprete de la constitución ha señalado que su actuación se basa sobre lo “constitucionalmente necesario” y, por ello, mediante el proceso de inconstitucionalidad no solo controla las actuaciones positivas del legislador sino también sus omisiones¹¹.

c. La fuerza vinculante de la Constitución

Más allá de términos técnicos y clasificaciones diversas, las constituciones contienen tres tipos de normas: principios, derechos y garantías. La gran mutación constitucional acentuada en el siglo XXI consiste, precisamente, en que los textos constitucionales ya no son solo declarativos de derechos fundamentales o de organización del Estado. Por el contrario, su fuerza vinculante en el Perú se hace evidente en la jurisprudencia constitucional. Y, vinculante *in toto*, esto es, desde el preámbulo hasta la última disposición final y transitoria. Quizá sea por esta razón que Picó I Junoy ha dicho que «el carácter normativo de la Constitución comporta que los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos, requiriendo un adecuado sistema de garantías constitucionales dentro de las cuales se halla la exigencia dirigida a los jueces de aplicar, de modo directo e inmediato, las normas constitucionales» (24). La aplicación de forma directa e inmediata de los preceptos constitucionales nos da una idea de la fuerza vinculante de la Constitución: sus preceptos no puede ser ignorados bajo ningún punto de vista, ya que hacerlo significaría prescindir del sustento básico para la interpretación «adecuada» de las leyes y la futura elaboración de la jurisprudencia.

Nuestro Tribunal Constitucional ha expresado que la constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante y, por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, por lo que «*lo constitucional*» derivará de su incorporación en la Constitución. Las diversas vulneraciones a la constitución han sido evaluadas por el Tribunal Constitucional bajo el único requisito de que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la constitución¹². El reconocimiento de la constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes: es una norma jurídica en la medida en que exprese la autorrepresentación cultural de un pueblo y refleje sus aspiraciones como nación, por lo que una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasará a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir, la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la constitución, que al poseer en su totalidad fuerza normativa, pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema¹³.

El supremo intérprete de nuestra constitución ha reiterado también que la constitución es un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales que están fuera del texto de la constitución formal, por lo que es a partir de esta figura que surge la fuerza normativa de la constitución, que irradia a todo el ordenamiento jurídico¹⁴. Es sobre la base de esta peculiar circunstancia que la constitución termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella, de tal forma que una vez que entra en vigencia, cualquier acto de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata solo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto¹⁵.

d. La «sobreinterpretación» de la Constitución

No es un despropósito afirmar que en determinadas ocasiones el Tribunal Constitucional peruano se ha constituido como el primer poder del Estado. Este «papel estelar» asumido por el supremo intérprete de nuestra constitución se debe a que le ha enmendado la plana a los tres poderes del Estado. Aunque esta es una labor natural (en el proceso de inconstitucionalidad son susceptibles de ser demandados el Ejecutivo y el Legislativo, mientras que la última instancia del amparo contra resoluciones judiciales llega cuestionada: el Judicial), no son pocas las ocasiones en que el órgano de control de la constitucionalidad ha ido más allá de la regulación normativa. Y siempre con el mismo argumento: ser el supremo intérprete de la constitución. Como no podía ser de otra forma, esta autoproclamada «condición superlativa» comporta que el Tribunal Constitucional tiene la última palabra en materia de interpretación de los preceptos constitucionales, por lo que cualquier otro «buque» que asuma esta tarea deberá navegar necesariamente en las caudalosas aguas del autodenominado “Alto Tribunal”. El riesgo es obvio: un mínimo error de rumbo y nuestro buque será arrastrado por la corriente de la arbitrariedad para finalmente irse a pique.

La jurisdicción constitucional peruana ha advertido que la concepción de la constitución como norma jurídica vinculante trae consigo el carácter, también vinculante, de su interpretación por parte del Tribunal. El problema de la interpretación constitucional se configura de este modo como un problema relativo a la fuerza vinculante de los contenidos de la constitución. Dichos contenidos, es sabido, dada la naturaleza pluralista de la sociedad democrática de la que intenta ser reflejo la constitución, son en muchos casos ambiguos, indeterminados, va-

gos, abiertos. En suma, la interpretación constitucional es, en este sentido, una labor de «concretización» y también de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales. No hay interpretación fuera del tiempo. El contexto y sus múltiples manifestaciones dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que partiendo del texto de la constitución debe, sin embargo, ser capaz de incorporar otros elementos de la vida cultural, social y anímica del momento en que la sociedad, a través del proceso, solicita la «ejecución» de determinada cláusula constitucional¹⁶.

En relación con lo anterior, la insuficiencia de los métodos tradicionales para la interpretación de la constitución ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a expresar que la interpretación de la *lex legum* debe efectuarse apelando a cinco principios constitucionales. Estos principios son los siguientes:

- 1) Principio de unidad de la constitución. Según este principio, la interpretación de la norma fundamental debe estar orientada a considerarla como un «todo» armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- 2) Principio de concordancia práctica. En virtud de este principio, toda tensión aparente entre los propios preceptos constitucionales debe ser resuelta «optimizando» su interpretación, es decir, sin «sacrificar» ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada «Constitución orgánica», se encuentran re conducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto son el fin supremo de la sociedad y el Estado.
- 3) Principio de corrección funcional. Este principio exige al Tribunal y al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúen las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales se encuentre plenamente garantizado.
- 4) Principio de función integradora. De acuerdo con este principio, el «producto» de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida en que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.
- 5) Principio de fuerza normativa de la constitución. Según este principio, la interpretación constitucional debe estar orientada a relevar y respetar la naturaleza de la constitución como norma jurídica, vinculante para todos los poderes públicos y privados *in toto* y no solo parcialmente¹⁷.

De estos cinco principios establecidos por el Tribunal Constitucional para plasmar la interpretación constitucional, hay dos que destacan de forma prominente: el principio de concordancia práctica y el principio de corrección funcional. Teniendo en cuenta las respectivas definiciones de ambos principios, se puede decir que mientras el principio de concordancia práctica permite buscar un significado de la norma fundamental que optimice tanto la defensa de los derechos como la supremacía de la Constitución –y sin ninguno tipo de sacrificio de los valores, derechos o principios concernidos–, el principio de corrección funcional, por su parte, nos recuerda que una interpretación literal de tal disposición impediría que el Tribunal Constitucional pueda ejercer precisamente la función que constitucionalmente le corresponde, esto es, asumir su rol de intérprete supremo de la Constitución y ser «definitiva instancia» en materia de tutela de los derechos fundamentales¹⁸. El objetivo del primero, como se aprecia, es desembrollar la esencia del significado de un derecho, valor o principio concreto, mientras que la finalidad del segundo es impedir la adulteración de las funciones de los órganos constitucionales que tienen a su cargo la tarea de la interpretación.

Hasta aquí, aspiramos a que haya quedado claro lo distinta y trascendente de la interpretación constitucional y su íntima relación con la fuerza vinculante de la constitución; entonces es legítimo preguntarse ahora: ¿A qué se refiere entonces la “sobreinterpretación”? Ella está referida a poder encontrar del texto constitucional normas implícitas y principios que impidan que existan lagunas o vacíos constitucionales. En primer lugar, significa que si el texto constitucional señala el término “contrato” y desde la óptica legal se entiende como un acuerdo de voluntades, desde la visión constitucional se ve mucho más: una libertad que es inalienable; si expresamente se encuentra el término “matrimonio” y todos ven una institución *sui generis* por la que se unen un hombre y una mujer, el constitucionalismo ve un valor constitucional que se relaciona con la base de la sociedad. Así, en un escenario pesimista puede encontrarse que el legislador diagrame una ley de espaldas a una regulación tácita de la constitución. Por ello, la inexistencia de zonas legislativas o funcionales exentas de control constitucional. La sobreinterpretación, finalmente, se entiende como un filtro de validez de normas y actos que va más allá del legalismo y que procuran una “constitucionalización” del ordenamiento jurídico.

e. La aplicación directa de las normas constitucionales

Esta característica está en consonancia con las dos anteriores, pues la aplicación de una norma que naturalmente presenta lagunas e imprecisiones y es al mismo tiempo la máxima en el ordenamiento jurídico –como la constitución– requiere ser vinculante, interpretada permanentemente para poder aplicarla de manera

directa. Atrás quedó en el Perú la labor pasiva del texto constitucional de servir solo de límite a la legislación, ya que hoy el texto constitucional se aplica de forma directa. La aplicación directa de las normas constitucionales, la cual ocurre en sede jurisdiccional, consiste en una previa operación axiológica que realiza el intérprete de la constitución para fijar los efectos de aplicación directa del contenido de las normas constitucionales y resolver una controversia que pudiese surgir en un ámbito concreto del Derecho. La labor de los intérpretes del texto constitucional no se detendrá en el primer peldaño, sino que seguirá avanzando por los peldaños restantes hasta llegar a consolidar una teoría interpretativa «correcta» acorde con la cultura jurídica de una determinada concepción de una constitución. El ideal es que los frutos de la actividad interpretativa tengan carácter vinculante y sean capaces de modelar las relaciones sociales.

Guastini ha señalado que la aplicación directa de las normas constitucionales es una tarea que está estrechamente ligada con los precedentes constitucionales, pues la aplicación directa de una constitución presupone que esta sea concebida no solo como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera, sino también que el texto constitucional sea sometido a sobreinterpretación (164). Por consiguiente, no debe causar extrañeza que tanto el supremo intérprete de la constitución peruana como sus homólogos de otros países realicen actividades sobreinterpretativas. Y dentro de esa misma línea de pensamiento de Guastini, el Tribunal Constitucional peruano ha expresado que la concepción de que la constitución es una norma de aplicación directa se desprende el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos, en el ejercicio de sus competencias, den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites de la autonomía privada¹⁹.

f. La interpretación conforme a las leyes

Esta característica debe entenderse como una operación intelectual mediante la que el intérprete de las leyes «adecua» o «acomoda» el sentido de estas a los preceptos establecidos en el texto constitucional. Ahora bien: como el significado de la ley no es único, sino más bien múltiple, el intérprete de la ley puede optar por el criterio y método más convenientes de la amplísima gama que existe al respecto para alcanzar el objetivo de ajustar el significado de la ley a la constitución. Tanto los criterios como los métodos de interpretación jurídica no solo conllevan a la obligación del intérprete de configurar o definir el marco dentro del cual efectuará la operación de interpretación, circunstancia que generará matices al momento de interpretar, sino también a elegir el procedimiento metodológico para lograr conclusiones y desentrañar el significado de una norma jurídica. Dentro de este

contexto, definir el criterio de interpretación es el paso previo para entrar al tema de los métodos. Esto se justifica en la medida en que la función de los criterios es dilucidar los acontecimientos que causan un problema jurídico, mientras que la función de los métodos estriba en la aclaración justificada y científica que puede efectuarse del contenido normativo.

En uno de sus cuarenta y cinco precedentes, el Tribunal Constitucional peruano estableció que el texto constitucional no puede interpretarse mediante los métodos clásicos de interpretación de la ley (exegético, sistemático o histórico). Y resaltó, en ese mismo precedente, cinco principios de interpretación constitucional²⁰ que están orientados a una misma finalidad: interpretar la ley conforme a la constitución. Esto significa que la interpretación del texto legal ya no se hace buscando solo el espíritu del legislador o su concordancia con toda la juridicidad o su evolución histórica. Antes que nada, debe ser una interpretación conforme a lo expresado en la Carta Magna. Y surge así la necesidad de crear una nueva línea jurisprudencial que nuestra jurisdicción constitucional se ha encargado de consolidar mediante la emisión de decenas de sentencias que expresan ese nuevo enfoque hermenéutico. A todo esto se añade que el máximo intérprete de nuestra constitución, para reforzar la idea, ha advertido que la manera más adecuada de evitar la paradoja de imponer el cumplimiento de una norma legal aparentemente opuesta a los mandatos constitucionales pasa por el hecho de ensayar una lectura de dicha norma que resulte compatible con la constitución²¹.

En el medio peruano, el criterio de interpretación de la ley conforme a la constitución consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el supremo intérprete de nuestra constitución, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente, pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo alguno afectar las competencias del legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el *indubio pro legislatore* democrático, los mismos que demandan que el Tribunal Constitucional verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal existe al menos una que la salve de una declaración de invalidez. En ese sentido, la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio a la cual debe apelar el máximo intérprete constitucional cuando no le es posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la constitución. Así pues, en el marco de la interpretación, las normas constitucionales no son solo «normas-parámetro», sino también «normas de contenido» en la determinación del contenido de las leyes ordinarias²².

El Tribunal Constitucional peruano ha expresado que por su condición de ley superior, la constitución ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra

del poder constituyente. En ese contexto, la constitución reconoce los derechos fundamentales del ser humano, contiene las reglas básicas de convivencia social y política, y crea y regula el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional. En plena concordancia con esta concepción axiológica, la validez en materia de justicia constitucional es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior será válida solo en la medida en que sea compatible con la norma superior, en este caso, la norma fundamental. El parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo rango está, pues, integrado, siempre y en todos los casos, por la constitución, aun cuando también puede encontrarse conformado por otras normas legales (cuando dichas normas delimitan el ámbito competencial de los distintos órganos constitucionales, además del principio de jerarquía normativa, el principio de competencia es medular para determinar la validez o invalidez constitucional de las normas con rango de ley)²³.

g. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

Esta característica es fácilmente advertible en los países que, como el Perú, tienen una justicia constitucional diferenciada. Al respecto, el llamado «choque de trenes» en Colombia²⁴ es un muy buen ejemplo de que aun teniendo una Corte Constitucional prestigiosa y confiable siempre hay problemas en sentencias con relevancia política. En el Perú eran frecuentes los enfrentamientos entre los poderes clásicos del Estado y el supremo intérprete de la Constitución, pero ahora existe una calma relativa que parece preceder a la tormenta. Y es que, a nivel jurisdiccional, se exige que el Poder Judicial sea despolitizado, mientras que la naturaleza de los tribunales constitucionales –desde su creación– es ser órganos, entre otras cosas (jurisdiccional, administrativo, etc.), eminentemente políticos. Dadas las circunstancias políticas actuales, no queda duda alguna que el Derecho peruano de hoy está constitucionalizado, lo cual conlleva a reafirmar la gran responsabilidad de todos los que estamos vinculados con el Derecho: que las condiciones no se den solo en lo descriptivo, sino en lo analítico.

Con relación a la influencia de la norma fundamental sobre las relaciones políticas, el supremo intérprete de la constitución de nuestro país ha enfatizado que el Estado debe saber actuar, es decir, que no debe intervenir a ciegas, sino hacerlo conscientemente de que existen derechos y bienes constitucionales en juego²⁵. Además, ha resaltado la necesidad de separar, por un lado, las decisiones políticas y el enjuiciamiento político, y por otro, la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de ella quepan opciones políticas de muy diferentes signo. La labor de

interpretación de la constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas²⁶.

La jurisprudencia del tribunal constitucional como principal fuente del derecho constitucional peruano

La constitucionalización del Derecho ya no es una realidad que se manifiesta únicamente en disquisiciones académicas y reflexiones teóricas, sino también se presenta, y de manera cada vez más frecuente, en «casos concretos» en los que se puede apreciar todo su potencial. Estos casos están distribuidos en diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, las cuales, en su conjunto, nos muestran el actual estado de desarrollo de la constitucionalización del Derecho en nuestro país. Debemos tener en cuenta que estas manifestaciones se presentan indistintamente en los tres tipos de jurisprudencia constitucional: precedentes, doctrina jurisprudencial y sentencias normativas. Lo que equivale a señalar que esta constitucionalización puede mostrarse tanto en un *hábeas corpus* como en un proceso competencial. Cuando nuestro Tribunal Constitucional ha querido crear, ampliar o esclarecer una figura constitucional siempre ha encontrado espacio en su jurisprudencia para hacerlo, así no tenga relación directa el caso analizado con lo que dispone con efectos *erga omnes*²⁷.

Es evidente, por lo señalado, que en el Perú el supremo intérprete de la constitución se ha convertido en la principal fuente del Derecho nacional. En efecto, la expansión de la jurisdicción constitucional ha encontrado un terreno muy fértil en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que han desarrollado casi de manera unánime un desbordante activismo judicial. Algunas veces apelando a la autoridad de su jerarquía interpretativa y, en otras, a su autonomía procesal²⁸, el Tribunal Constitucional peruano, a través de sus fallos, ha regulado normas de desarrollo constitucional que el ocio del legislador general nos había privado o ha creado, ampliado o corregido la incompleta regulación procesal del legislador especializado. Así, ya cayó en la obsolescencia la postal del abogado en los tribunales citando la norma expresa regulada en la ley o el mito de que todo el derecho requerido se encontraba en códigos jurídicos actualizados. La nueva imagen que se aprecia es al abogado haciendo uso de la palabra y citando la jurisprudencia constitucional como la última palabra en el Derecho; además, hoy se privilegia la compilación jurisprudencial que inclusive, en no pocas ocasiones, desautoriza el texto expreso de la ley²⁹.

3.1 La constitucionalización del derecho en la jurisprudencia del tribunal constitucional

Ya en el epílogo del presente artículo se impone una pregunta que cae por gravedad: ¿cuál ha sido la principal consecuencia de la constitucionalización del Derecho en el Perú? Creemos que uno de los más importantes corolarios de este fenómeno es que un órgano jurisdiccional como el Tribunal Constitucional peruano se ha convertido en el más importante órgano legisferante. Las razones por las que la jurisprudencia del supremo intérprete de nuestra constitución es hoy un vientre generoso del que nace el más importante Derecho del país son dos:

- a. Razón intrínseca: referida a una responsabilidad exclusiva del Tribunal Constitucional. Así, el órgano de control de la constitucionalidad ha apostado por un acentuado activismo judicial que lo ha llevado, no pocas veces, a cometer excesos injustificables sin sonrojarse: invasión de fueros que correspondían a otras instituciones³⁰, irrogarse una “autonomía procesal” que no se desprende razonablemente del bloque de constitucionalidad, dar marchas y contramarchas con respecto a líneas jurisprudenciales trascendentales³¹, entre otros. Además, de dejar una atmósfera de soberbia en sus resoluciones al autorrotularse innecesariamente como “Alto Tribunal” o “Vocero del Poder Constituyente”.
- b. Razones extrínsecas: referidas a aquellas responsabilidades ajenas al supremo intérprete de la constitución. Esto es, si el círculo del poder en el Perú mantiene su diámetro inalterable y se produce el ingreso del Tribunal Constitucional que, además, ocupa un espacio importante, entonces es que los poderes clásicos han reducido su área de influencia. En efecto, la inercia y el ocio del Poder Legislativo (del Poder Ejecutivo también), así como algunas resoluciones irritas del Corte Suprema (Poder Judicial) han logrado un ensoramiento de la jurisdicción constitucional.

4. A manera de conclusiones

1. En los casi tres lustros que van transcurridos del siglo XXI en gran parte del mundo occidental en general y en el Perú en particular estamos viviendo un nuevo Derecho.
2. La más importante revolución del Derecho finisecular en el Perú es la transformación de la norma constitucional de naturaleza política en una norma jurídica vinculante desde el preámbulo hasta la última disposición final y transitoria.

3. Esta mudanza en la comprensión de la naturaleza constitucional ha tenido como consecuencia que se haya abandonado viejos paradigmas que aparecían inamovibles y que, los que nos hemos formado como abogados en el siglo pasado, repetíamos como una letanía: “el principio de legalidad como gravicentro del mundo jurídico”, “La ley es la ley”, “la última palabra en el Derecho peruano lo tiene la Corte Suprema” por otros apotegmas que se han instalado y con una raigambre muy profunda en estos años: “toda norma jurídica está sometida al control de constitucionalidad”, “todo acto que contenga una cuota de poder debe tener los filtros de la razonabilidad y la proporcionalidad”, “La última palabra en el Derecho la tiene el Tribunal Constitucional”. Hoy son estos últimos los “dogmas” del Derecho peruano actual.
4. Estas transformaciones han determinado que la constitución deje su papel de norma enunciativa y declarativa para ser la medida de toda la juridicidad. Con una diferencia no menor. Mientras la ley es una norma, casi siempre, completa, precisa y concreta, ahora su lugar ha sido ocupado por el texto constitucional que por naturaleza es incompleto, impreciso y general. Resultado, existe la necesidad de que el texto constitucional sea desarrollado, desglosado y adecuado a las nuevas exigencias.
5. El órgano que tiene esa carga –entendida como privilegio y responsabilidad al mismo tiempo- es el Tribunal Constitucional. A partir de allí, se puede entender su marcado protagonismo en el Derecho y la institucionalidad nacional a través de su jurisprudencia. Ergo, se ha convertido en la principal fuente del Derecho peruano.
6. A esta tendencia natural que experimenta nuestro mundo jurídico, se suman otros dos factores: el marcado activismo judicial desarrollado por el supremo intérprete de la constitución y la debilidad en algunas actuaciones de los demás poderes del Estado. Esto convierte al Tribunal Constitucional en el alfa y omega del ámbito forense en el Perú.
7. Así, los productos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional peruano (sentencias normativas, doctrina jurisprudencial y precedentes) han desarrollado una labor normativa con la marca registrada del texto constitucional. Esto significa que todas las parcelas del Derecho en el Perú, desde la civil hasta la tributaria, han sido barnizadas de acuerdo con los derechos fundamentales y valores constitucionales que consagra nuestra ley de leyes.

Notas

1. En: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R-La_constitucionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf
2. STC N° 1317-2008-PHC/TC, fundamento 8.

3. STC N° 014-2002-AI/TC, fundamento 3.
4. STC N° 014-2002-AI/TC, fundamento 4
5. Se desarrollan con más detalle en las páginas que siguen.
6. STC N° 1230-2002-HC/TC, fundamento 4.
7. **Artículo 201.**- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.
8. **Artículo 138.**- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.
9. STC N° 4053-2007-PHC/TC, fundamento 15.
10. STC N° 5854-2005-PA/TC, fundamentos 7 y 8.
11. STC N° 0020-2012-AI/TC, fundamentos 98.
12. STC N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 9.
13. STC N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 9.
14. STC N° 3361-2004-AA/TC, fundamento 47.
15. STC N° 1317-2008-PHC/TC, fundamento 10.
16. STC N° 4853-2004-PA/TC, fundamento 28.
17. STC N.° 5156-2006-PA/TC (fundamentos 18, 19, 20 y 21). Estos principios también se encuentran expuestos en la STC N.° 5854-2005-PA/TC (§4, fundamento 12).
18. STC N° 4053-2007-PHC/TC, fundamento 31.
19. STC N° 2939-2004-AA/TC, fundamento 9.
20. STC N° 05854-2005 Pedro Andrés Lizama Puelles.
21. STC N° 4549-2004-PC/TC, fundamento 9.

22. STC N° 1761-2008-AA/TC, fundamentos 18 y 19
23. STC N° 0020-2005-PI/TC y N° 0021-2005-PI/TC (Acumulados), fundamentos 19 y 20.
24. El término alude al choque de sentencias de los órganos judiciales máximos de ese país: la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.
25. STC N° 00013-2007-PI/TC, fundamento 30.
26. STC N° 0004-2004-AI/TC, N° 0011-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC y N° 0027-2004-AI/TC (Acumulados).
27. En la STC 00024-2003-AI/TC el supremo intérprete de la Constitución reguló -en rigor amplió la tímida regulación procesal- la figura del precedente constitucional no obstante tratarse de un proceso de inconstitucionalidad cuya pretensión no estaba relacionada con la institución regulada. Consistía en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Distrital de Lurín contra de la Municipalidad Provincial de Huarochirí y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que se disponga que corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobar la misma.
28. “(...) 11. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, de conformidad con el principio de autonomía procesal (artículo 201º de la Constitución), tiene la potestad de modular procesalmente el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales. Este principio de autonomía procesal permite al Tribunal Constitucional determinar, en atención a las circunstancias objetivas de cada caso y a las consecuencias que puedan generar los efectos de sus sentencias, el contenido de ellas. Es así como, por ejemplo, el artículo 55º del Código Procesal Constitucional ha previsto un haz de posibilidades para el caso en que la demanda sea declarada fundada. Pero también, en aquellos casos en los cuales no se estima la demanda, este Colegiado puede ponderar, con criterios objetivos y razonables, los términos de su decisión, tal como ya ha procedido en anteriores oportunidades (STC 05156-2006-AA/TC, FJ 63)”. Fragmento del EXP. N.º 01546-2007-PA/TC Carlos Gaspar Lama Borges.
29. Una muestra de lo afirmado lo constituye el artículo 5.6º del Código Procesal Constitucional que señala:
“Artículo 5º Causales de improcedencia de los procesos constitucionales: No proceden los procesos constitucionales cuando (...):
6) Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;(...)"
Sin embargo, el Tribunal Constitucional en sendas jurisprudencias ha expresado la procedencia de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data y amparo contra cumplimientos, también amparo hábeas corpus contra hábeas corpus.
30. El caso Mateo Grimaldo Castañeda Segovia STC 00791-2014-PA/TC es la más reciente muestra de exceso del Tribunal Constitucional.
31. Así, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia 04293-2012-PA/TC dejó sin efecto el control difuso administrativo que había sido establecido por el precedente contenido en la sentencia 03741-2004-PA/TC.

Referencias

- Aguila G., Guido. (2003) «*Pasado y futuro del Estado de derecho*». Ponencia presentada en el seminario “Cambio de paradigma en filosofía.” En: *Neoconstitucionalismo(s)* de Miguel Carbonell. Madrid, pp. 13-29.
- Aguiló Regla, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá. Palestra Editores S.A.C. y Editorial Temis S.A.
- Alexy, Robert (2010). *La institucionalización de la justicia* (Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez). Granada, España. Editorial Comares S. L. (Segunda edición ampliada). 2010
- Alexy, Robert (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho* (Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido). Madrid, España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Alexy, Robert (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido). Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, Robert (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo). Lima, Perú. Palestra Editores S.A.C.
- Atienza, Manuel (2009). *El sentido del Derecho*. Barcelona, España. Editorial Ariel (Cuarta reimpresión).
- Barroso, L. R. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del Derecho Constitucional en Brasil*. México, D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bellamy, Richard (2010). *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia* (Traducción de Jorge Urdánoz Gauza y Santiago Gallego Aldaz). Madrid, España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Bernal P., Carlos (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2009
- Bernal P., Carlos (2008). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia (Primera reimpresión).
- Bernal P., Carlos (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, España. Centro de estudios políticos y constitucionales (Tercera edición actualizada).

- Carbonell, Miguel (Editor) (2003). *Neoconstitucionalismo(s)* (Edición de Miguel Carbonell). Madrid, España. Editorial Trotta S.A.
- Carbonell, Miguel y García J., Leonardo (Editores) (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Comanducci, Paolo (2010). *Democracia, principios e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*. Lima, Perú. Ara Editores E.I.R.L.
- Dworkin, Ronald (1999). *Los derechos en serio* (Traducción de Marta Guastavino). Barcelona, España. Editorial Ariel S.A. (Cuarta reimpresión).
- Faralli, Carla (2007). *La filosofía del Derecho contemporánea* (traducción del original italiano por María José Falcón y Tella y Juan Antonio Martínez Muñoz). Madrid, España. Hispania Libros (Servicio de publicaciones - Facultad de Derecho. Universidad Complutense).
- Ferrajoli, Luigi (2010). *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX* (Traducción de Antonio Cabo). Lima, Perú. Palestra Editores SAC.
- Ferrajoli, Luigi (2009). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, España. Editorial Trotta S.A. (Segunda edición).
- Ferrajoli, Luigi (2003). «Pasado y futuro del Estado de Derecho». En *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (Editor). Madrid, España. Editorial Trotta, pp. 13-14.
- Ferrajoli, Luigi (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho* (Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín). Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Primera reimpresión).
- Ferrerres Comella, Víctor (2000). «Una defensa de la rigidez constitucional». En *Doxa N.º 23: Cuadernos de filosofía del derecho*. Universidad de Alicante, España, p. 30-33.
- García Toma, Víctor y José V. García Yzaguirre (2009). *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima, Perú. Gaceta Jurídica S.A., 2009. Pp. 86, 211 y 212.
- Guastini, Riccardo. (2010). *Interpretación, Estado y Constitución*. Lima, Perú. Ara Editores E.I.R.L.; p. 164.
- Hart, H.L.A. (1990). *El concepto del derecho* (Traducción de Genaro R. Carrión). Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot S.A.E. e I. (Tercera edición).
- Lifante V., Isabel (Editora) (2010). *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Lima, Perú. Palestra Editores S.A.C.
- Londoño A., César (2010). *Bloque de constitucionalidad*. Bogotá, Colombia. Ediciones Nueva Jurídica.

- Navarro A., Juan (2009). *Corrientes filosóficas del Derecho*. Cochabamba, Bolivia. Librería Jurídica Omeba. Segunda edición.
- Nieto, Alejandro (2007). *Crítica de la razón jurídica*. Madrid, España. Editorial Trotta S.A.
- Nino, Carlos (2006) *La validez del Derecho*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. Tercera reimpresión.
- Ortega, Santiago (Director) (2013). *¿Existe el neoconstitucionalismo? Razones, debates y argumentos*. Lima, Perú. Jurista Editores E.I.R.L.
- Peces-Barba M., Gregorio (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, España. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Primera reimpresión.
- Picó I Junoy, Joan (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, España. José María Bosch Editor, p. 24.
- Portela, Jorge (2011) *Derecho, desobediencia civil y principios jurídicos*. Lima, Perú. ARA Editores E.I.R.L.
- Pozzolo, Susanna (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima, Perú. Palestra Editores S.A.C.
- Prieto S, Luis (2009). *Apuntes de una teoría del Derecho*. Madrid, España. Editorial Trotta S.A. (Cuarta edición).
- Suárez, Eloy (2009). *Introducción al Derecho*. Santa Fe, Argentina. Ediciones UNL (Universidad Nacional del Litoral). Segunda edición.

Páginas web

www.ceddal.com/revista/pdf/tema5.pdf

www.tc.gob.pe

H

Hacia un nuevo modelo procesal acusatorio para los inimputables y quienes padezcan un grave estado de salud mental

Ricardo Posada Maya¹

Resumen

El presente texto examina el diseño actual del proceso penal colombiano para juzgar, con todas las garantías constitucionales, no solo a las personas que puedan ser declaradas inimputables en el proceso penal, sino también y de manera más importante, a aquellos procesados que padecen graves enfermedades mentales y, por ello, resulten incapaces de concurrir conscientemente al proceso y desplegar su defensa material. El diagnóstico supone acoger otra noción de capacidad procesal, con el rendimiento suficiente para cambiar el tratamiento procesal de los enfermos mentales, bien rediseñando el modelo o realizando cambios importantes en el procedimiento, especialmente en lo que atañe a la declaración de la inimputabilidad.

Palabras clave: Inimputabilidad. Capacidad procesal penal. Garantías. Igualdad material.

¹ Profesor de Derecho Penal y Constitución & Democracia, y Director del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Doctor en Derecho y D. E. A. por la Universidad de Salamanca, España. El presente capítulo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del Derecho Penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigaciones en Derecho Penal y Justicia Transicional “Cesare Beccaria” de la Universidad de los Andes. rposada@uniandes.edu.co

I. Introducción

Cuando se cuestiona a los especialistas en derecho penal si el diseño o esquema del actual sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004, en adelante SPA) fue pensado para investigar y juzgar de manera específica, diferencial y digna a sujetos procesales que no pueden ejercer en forma consciente y directa su defensa material o participar en los distintos actos del proceso, por padecer graves perturbaciones intelectivas, volitivas o emocionales (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013, pág. 625); la respuesta que se obtiene suele ser negativa. Este escenario incluye, desde luego, algunos casos en los cuales los procesados podrían ser declarados como inimputables en la sentencia penal (Posada, Aproximación a la inimputabilidad en el sistema penal colombiano, 2015, pág. 224)², especialmente cuando padecan trastornos mentales permanentes o transitorios con base patológica (Posada, Aproximación, págs. 228 y ss.). No obstante, cuando se indagan las razones jurídicas de dicha contestación, el asunto se diluye en argumentos que demuestran que la réplica es producto de la intuición, y no de una serie de ideas lógicas construidas a partir de la teoría material del delito y del proceso penal.

La realidad demuestra que el tratamiento de los sujetos procesales con deficiencias, discapacidades o trastornos mentales o psicológicos graves no se ha estudiado ni perfeccionado adecuadamente en la ley ni en la doctrina procesal penal colombiana, en ninguna de las múltiples formas de procedimiento que existen (menores, militares, indígenas, procedimiento ordinario, etc.), como resultado de una evidente negligencia dogmática y político-criminal en nuestro medio, ampliamente demostrada por la doctrina nacional desde el decenio de los años ochenta del siglo XX (Velásquez, La inimputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis, 1983).

2 Nota: La inimputabilidad “se puede definir como un estado personal y concreto del sujeto activo del delito que, por padecer ciertas condiciones de insanidad, insuficiencia mental o diversidad social o antropológica, encuentra impedita, disminuida o entorpecida su capacidad personal para motivarse, interiorizar, comprender o integrar las normas jurídicas que mandan o prohíben realizar un determinado comportamiento con relevancia jurídico penal; y/o actuar de una forma distinta a la que determina la condición biológica, antropológica o cultural que sobrelleva, lo que fundamenta su responsabilidad y la imposición de una medida de seguridad” (Posada, Aproximación a la inimputabilidad en el sistema penal colombiano, 2015). Según el CP, artículo 33, “*Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. / No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. / Los menores de dieciocho (18) años estarán sujetos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil*”.

Naturalmente, ello tiene que ver con la supuesta debilidad caracterológica de los inimputables (tratados como sujetos ‘anormales’, ‘incapaces’, ‘desinhibidos e incontrolables’ o ‘débiles mentales’), aspecto que no solo se han convertido en una etiqueta discriminatoria perversa, sino que también ha legitimado una despreocupación y un relajamiento de las garantías sustantivas y procesales para esta clase de sujetos, que se encuentran en manifiesta situación de debilidad (CP, artículo 13, incs. 2º y 3º); y por esta vía, una desprotección sistemática para todos aquellos procesados que no puedan ejercer su defensa material (Sotomayor, Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano, 1986; Sotomayor, Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable, 1990).

Señala con razón Velásquez (Derecho Penal, Parte General, 2009, pág. 1078), que “Aunque parezca paradójico, a los sujetos más necesitados de la asistencia del Estado se les trata con mayor desgano, pues se llega incluso a olvidar su calidad de personas, lo que no es de extrañar en un país donde el horror y el irrespeto al ser humano han alcanzado sus más espeluznantes manifestaciones, para vergüenza ante la comunidad de naciones”. De igual modo, Zaffaroni, Alagia & Slokar (2002, pág. 694), dicen que: “[...] se observa que el concepto de inimputabilidad abre el espacio para una tutela cosificante de la persona, que se hallaría en peores condiciones que el propio penado. El agente que es considerado incapaz de culpabilidad no es escuchado, ni se le otorga mediante el proceso y la pena la oportunidad de insertarse en un ritual de reincorporación y de encontrar expiación para su culpa real o satisfacción para su culpa inconsciente”.

En este sentido, la presente reflexión busca dilucidar mejor el equilibrio político-criminal que debe existir entre el hecho de garantizar los derechos constitucionales fundamentales del procesado vulnerable y la defensa de la sociedad frente a la delincuencia que proviene de personas que padecen un grave estado de perturbación mental, o que habiendo estado sanas, sufrieron un episodio de *inimputabilidad* al momento de realizar la conducta punible (CP, artículos 9º, 19, 21 y 25). En este orden de ideas, el presente texto se divide en cuatro partes:

La primera parte busca corroborar si el actual sistema procesal colombiano fue diseñado para enfrentar la investigación y el juzgamiento (como dos grandes etapas complementarias) de sujetos trastornados o enajenados (posiblemente inimputables). O si, por el contrario, sigue los patrones procesales de procesos para inimputables, con la consiguiente violación de los principios de igualdad material y dignidad humana. Por ello, en este argumento se sugiere la necesidad de una profunda reforma procesal que permita solucionar los problemas jurídicos y las injusticias que comporta el SPA en esta materia. La segunda parte muestra además, cómo el sistema procesal colombiano es problemático respecto a la de-

claración judicial de inimputabilidad del procesado, desdibujando los conceptos dogmáticos que se estudian. Para terminar este análisis, en tercer y cuarto lugar, se indican las conclusiones y la bibliografía.

II. El proceso penal Colombiano para sujetos con graves problemas de salud mental

1. ¿Es el SPA colombiano un diseño inclusivo o excluyente?

Es conocido por todos que el SPA previsto en la Constitución (artículos 250 y 251 modificados por el A. L. núm. 3 de 2002) e implementado por la ley 906 de 2004, en teoría se basa en un modelo de justicia premial (Molina, 2012, pág. 401) en el marco de un proceso oral, concentrado³, contradictorio⁴, adversarial y con inmediación en la práctica pública de las pruebas, en el juicio ante un juez penal de conocimiento⁵ (CPP, artículo 15) (Posada, Bloque de constitucionalidad y sistema penal acusatorio, 2008, págs. 17 y ss.; Gómez Colomer, 2013, pág. 841). Se trata de un sistema procesal que originalmente fue creado para fortalecer las funciones de investigación y acusación, lograr niveles de agilidad en el juzgamiento que permitieran una notable descongestión procesal, y marcar nuevos derroteros en materia de acceso a la justicia. Todo ello, a diferencia del modelo procesal mixto-inquisitivo (Ley 600 de 2000) que imperó desde principios del decenio de los noventa hasta el año 2005 (CConst., Sentencia C-025/2009), (Posada, Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano, 2010).

Si se tiene en cuenta la exposición de motivos del proyecto de Acto legislativo 3 de 2002, se advierte sobre el tema que:

3 Véase CSJ. SP. del 20 de enero de 2010, R32556; 9 de diciembre de 2010, R33989 y R33157; 12 de septiembre de 2012, R38835 y del 8 de mayo de 2014, R43481. CConst., Sentencia C-060/2010; C-920/2007; C-059/2010; C-536/2007; C-250/2011 y C-144/2010.

4 En tal sentido, CConst., Sentencias C-371/2011; C-1260/2005 y C-144/2010. CSJ. SP. del 9 de octubre de 2003, R36518 y del 12 de diciembre de 2012, R38512. CPP, artículos 377 (publicidad), 378 (contradicción) y 379 (inmediación).

5 Las características del SPA han sido objeto de una precisa conceptualización, no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia. Véase CSJ. SP. del 20 de octubre de 2010, R32556 y del 12 de diciembre de 2012, R38512. CConst., Sentencia C-920/2007. (Sobre las características del sistema acusatorio véase CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-677/2013, C-144/2010 y C-920/2007, C-801/2005, C-591 y 592/2005, C-873/2003, C-730/2005, C-873/2003)

[...] mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. (Sic) Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales —defensa y acusador— ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión. Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual [...].

Una breve mirada al SPA permite advertir dos características del modelo, importantes para determinar si este cuenta con los parámetros orgánicos y procesales necesarios para limitar de manera adecuada la potestad punitiva del Estado, y garantizar los principios de dignidad e igualdad material de aquellos sujetos incapaces de ejercer su defensa en el proceso (más allá de si tienen un abogado defensor, que usualmente no es activo ni efectivo), que hayan sufrido al momento haber realizado la conducta punible una *perturbación mental grave* o que no tengan la capacidad actual de adaptarse al mundo real. Por consiguiente, se busca determinar si el SPA en realidad es un modelo “civilizado de juzgamiento” (Vargas, 1998, pág. 103), que cumpla con todas las garantías que exige el modelo de Estado social y democrático de derecho (CN, artículos 1 y 29) cuando se trata de procesar a personas que requieren una especial protección judicial, por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta (CN, artículo 13; CP, artículo 4º) (Posada, Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano, 2010, págs. 539 y 540). Estas características son las siguientes:

Primera. Todo indica que el SPA colombiano surgió a partir de una clara idea de descongestión judicial, en cuya virtud solo se debía tramitar el juzgamiento del 10 % de los delitos denunciados, mientras que el 90 % restante debía ser resuelto por medio de los modelos premial y de justicia restaurativa que lo caracterizan, aunque las reformas recientes demuestren lo contrario. Un modelo que ha sido ampliamente criticado por la doctrina nacional (Cadavid, 2013, pág. 1276; Molina, La MacDonalización del proceso penal, 2008, pág. 318).

Se entiende que, dentro del 10 % de casos que deben tramitarse hasta el juicio oral, se encuentran aquellos delitos cuyo autor o partícipe padece de una *perturbación mental grave*, y de aquellos que podrían ser declarados como *inimputables* en el proceso penal. Esto se deduce, no solo de la estructura general del proceso, sino también de la resistencia doctrinal y judicial para aceptar la participación de “enajenados” en acuerdos, adelantar negociaciones de culpabilidad y pena, y en

general para admitir la libertad y validez de las aceptaciones a los cargos imputados o acusados por la Fiscalía. De esta manera, se puede decir que el SPA fue diseñado –primordialmente- para sujetos que acrediten una cierta normalidad cognitiva, afectiva y volitiva, que les permita disponer de su responsabilidad penal, de manera que los inimputables siguen siendo tratados como sujetos-objeto en el proceso penal, respecto de los cuales se presume su capacidad procesal concreta.

Precisamente, Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett (2013, págs. 146 y 147), afirman lo siguiente:

El sistema acusatorio aplica también a las personas inimputables, y en este caso deben cumplirse todas las actuaciones que conforman la estructura del proceso en dicho sistema. En consecuencia, debe realizarse la audiencia de imputación a personas que no comprenden la ilicitud de su comportamiento y no tienen capacidad de autodeterminarse. Ahora bien: no olvidemos que la inimputabilidad puede tener diferentes causas, por ello el juez debe determinar si es procedente que se le interroge sobre la posibilidad de aceptar o no los cargos. Si la causa que genera la inimputabilidad no afecta en ninguna forma la comprensión para determinar dicha aceptación y sus consecuencias, el inimputable puede ser interrogado sobre este aspecto o de lo contrario debe omitirse este trámite procesal (subrayado por fuera del texto original).

Lo dicho implica reconocer, en principio, que la figura de la aceptación de cargos solo procede para los sujetos imputables, pero no para los inimputables. Es más, cabe preguntarse: ¿cómo hará el juez para determinar “si la causa que genera la inimputabilidad no afecta en ninguna forma la comprensión para determinar dicha aceptación y sus consecuencias”, sin llevar a cabo un juicio sobre la imputabilidad/inimputabilidad del procesado, con base en evidencia científica que le permita dilucidar los alcances de la causa de inimputabilidad que pretende valorar? No es posible. En consecuencia, es lógico suponer que, en algunos casos, el análisis de inimputabilidad o de sus causas se debe llevar a cabo mucho antes del juicio oral.

Para reafirmar lo dicho, los autores citados (*ibid*) añaden que: “Los efectos de la aceptación de cargos y de posibles negociaciones, en caso de inimputables, solo tienen incidencia frente a la terminación anticipada del proceso, pero no respecto de la sanción aplicable, las medidas de seguridad, su duración, ni el tratamiento respectivo⁶” (Subrayado por fuera del texto original).

6 Es lógico que ello sea así para los inimputables, pues las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, tienen como fines principales según el CP, artículo 5°, “la protección, curación, tutela y rehabilitación”. Fines que no resultan compatibles con un sistema premial de responsabilidad penal, pues su proporcionalidad no se fundamenta en la culpabilidad, sino en la necesidad de rehabilitación del condenado. Las rebajas, pues, son para las penas.

Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett (pág. 872 (2) y 873), subrayan lo dicho, asegurando que:

El allanamiento implica la renuncia a ciertos derechos procesales, que contienen en su núcleo derechos fundamentales, para lograr la terminación anticipada del proceso. El allanamiento es una decisión que solo le corresponde al investigado asesorado por su defensor. En el caso del inimputable, hay que evitar una autoincriminación involuntaria, determinada por la deficiencia, debilidad o alteración de las funciones volitivas y cognitivas del procesado, que debe ser descartado por el juez en función de control de garantías o de conocimiento de manera personal. En cuyo caso el juez penal en función de control de garantías podrá decretar pruebas de oficio para verificar las condiciones de validez del allanamiento o la negociación, incluyendo dictámenes periciales⁷ (subrayado por fuera del texto original).

Es fin, es fácil concluir que el proceso penal colombiano acoge una noción contradictoria de la capacidad procesal. Mientras que el enajenado tiene capacidad para concurrir al proceso, no la tiene para disponer de su responsabilidad o para “participar en la solución de su caso”. Esta visión también se desprende de distintos artículos del CPP. Por ejemplo, el artículo 289 modificado por la Ley 1142 de 2007 (artículo 18), parágrafo 1º, señala que, en aquellos casos en los que el procesado haya sido capturado, y luego de ello haya entrado en estado de inconsciencia “**o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer su defensa material**”, la “posibilidad de allanarse a la imputación se mantendrá hasta cuando la persona **haya recobrado la conciencia**, con el mismo descuento”. Como es evidente, dentro de aquellas personas a las cuales se les suspende la oportunidad para allanarse a cargos, hasta tanto no recuperen la capacidad de ejercer su defensa material, habría que contar necesariamente a aquellos imputados o acusados que padecen graves problemas de salud mental que les impidan disponer de manera libre y clara de su responsabilidad penal y su derecho al juicio.

Es más, dicha norma permite interpretar adecuadamente el artículo 293 del CPP, bajo el entendido que los procesados que tengan graves quebrantos de salud mental, no podrían cumplir el requisito legal de ratificar ante el juez el consenti-

7 Sobre las excepciones para decretar pruebas de oficio: véase CSJ. SP. 12 de junio de 2005, R14464; 20 de marzo de 2006, R24468 y 16 de mayo de 2007, R26186; CConst., Sentencia C-396 de 2007: “bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria. [...] A juicio de esta sala, la prohibición contenida en el art. 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial” (subrayado por fuera del texto original). Al respecto, véase (Gómez-Gallego, 2010, págs. 263-282).

miento libre, voluntario y espontáneo que corresponde a la aceptación de cargos imputados por la Fiscalía General de la Nación. O si un procesado con una grave perturbación mental los acepta, éste podría incluso retractarse, situación impensable si el sujeto hubiere dado un consentimiento válido o si no tuviese suspendida su capacidad procesal para aceptarlos, pues en tales casos no podría demostrar que le han sido violadas sus garantías fundamentales.

Tratándose de los preacuerdos, el artículo 348 del CPP señala que uno de los fines de esta figura es “la participación del imputado en la definición de su caso”, bien sea a partir de la audiencia de formulación de la imputación (artículo 350, o de la correspondiente comunicación de los cargos) o con posterioridad a la presentación del escrito de acusación (artículo 352); lo que sin duda requiere de la libre aceptación del acuerdo ante el juez penal correspondiente, como lo señalan los artículos 356, numeral 5; 367 referido a la alegación inicial del imputado en el juicio oral y 368, que literalmente indica que: “De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor (...) De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad (manifestación de culpabilidad preacordada)” (subrayado por fuera del texto original).

Segunda. Sorprende comprobar, tras verificar los artículos 295 y ss. CPP, que el régimen de la libertad personal y su restricción en el SPA, también está diseñado pensando en sujetos “ordinarios”, “normales” o que no padeczan alguna alteración psíquica grave; y solo de manera subsidiaria o aislada se prevén algunas normas que pueden ser aplicadas a sujetos que padeczan enfermedades psíquicas o mentales, a quienes se les imponen las medias de aseguramiento ordinarias con una ejecución especial, como se verá más adelante. Sin embargo, es cierto que este criterio no es unánime, pues hay autores como Espitia Garzón (2010, pág. 342), que afirman que “El nuevo código no contempla la posibilidad de imponer medidas de protección al inimputable, que debe estar protegido por el sistema general de salud”. Sea como fuese, el artículo 72 del Código Penitenciario y Carcelario (en adelante CPyC), mod. por el artículo 51 de la Ley 1709 de 2014, indica que: “El Juez de Conocimiento o el Juez de Control de Garantías, según el caso, señalará el centro de reclusión o establecimiento de rehabilitación donde deban ser recluidas las personas en detención preventiva”. Y en el inc. 3º *ibid*, se precisa que “En caso de inimputables por trastorno mental o enfermedad mental sobreviniente, el juez deberá ponerlas a disposición del Servicio de Salud”, esto es que, conforme al artículo 14 *ibid*, se ingresará al inimputable detenido en el centro de rehabilitación especialmente adaptado para que la persona permanezca allí con las condiciones de salud que su enfermedad o inmadurez requieran.

En materia de sanciones penales, el régimen que corresponde a las medidas de

seguridad posdelictivas (Velásquez, Derecho Penal, Parte General, 2009, págs. 265 y ss.; 1071 y ss.) aplicables a los inimputables en el proceso penal (CP, artículo 33), se encuentran previstas en el CP, artículos 69 y ss. y en el CPP, artículos 465, 466 y ss., y suponen la internación de los inimputables (incluso de manera provisional por decisión del juez de conocimiento, artículo 452 CPP), en las entidades de rehabilitación competentes a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (establecimientos psiquiátricos, clínicas adecuadas y casas de trabajo o estudio), o a disposición de los parientes (artículo 466 CPP). Sobre esta última posibilidad, Velásquez (Derecho Penal, Parte General, 2009, pág. 1073) señala de manera crítica que:

La ley ha dispuesto que el internamiento también se pueda llevar a cabo en instituciones privadas, habida cuenta de la mala dotación y de la ausencia de personal suficiente para cumplir con dichas tareas en los centros oficiales. Esto explica que se les encomiende a los particulares –para el caso a los parientes- el ejercicio de la vigilancia correspondiente, la rendición de los informes exigidos por el juez, el otorgamiento de la caución requerida y la suscripción a la diligencia de compromiso a la que haya lugar [...]. De esta manera, pues, el Estado desatiende aún más a los inimputables y olvida el mandato constitucional según el cual a él le corresponde asegurar el cumplimiento de sus “deberes sociales” (Const. Pol., art. 2º-2) y velar por los “disminuidos... sensoriales y psíquicos” (cfr., ibídem, art. 47) y le otorga de paso a la ley un carácter discriminatorio y clasista, de tal manera que solo los inimputables provenientes de familias adineradas pueden costear dicho tipo de atención, no así el grueso de condenados, cuya extracción social los sitúa dentro de los sectores más pobres y desamparados de la población. Por supuesto, la creación legal de un “Sistema General de Seguridad Social en Salud” [...], cuya existencia real es y será una verdadera quimera, no garantiza una auténtica ejecución penal en esta materia y es una muestra más de la discriminación acabada de señalar que, naturalmente, no se elimina a fuerza de rótulos legales (subrayado por fuera del texto original).

Igualmente, el CPyC, artículo 14 (Ley 65 de 1993 mod. Ley 1709 de 2014, artículo 16), prevé que las medidas de seguridad se deberán cumplir en establecimientos de reclusión asistenciales y especiales para alojar y rehabilitar mentalmente a los inimputables con trastorno mental, y a aquellos condenados con trastorno mental sobreviniente cuando se les sustituya la ejecución de la pena privativa de la libertad⁸. Hay que aclarar que, mientras los centros de rehabilitación son cons-

⁸ Artículo 107. CASOS DE ENAJENACIÓN MENTAL, mod. Artículo 68 de la Ley 1709 de 2014. Si una persona privada de la libertad es diagnosticada como enferma mental transitoria o permanente, de acuerdo con el concepto dado por el médico legista, se tomarán todas las medidas pertinentes para la protección de su vida e integridad física y se ordenará su traslado a los establecimientos especiales de conformidad con lo que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social. **En**

truidos por fuera de las cárceles o penitenciarías, la medida se cumplirá en los anexos o pabellones psiquiátricos existentes. En caso de que un procesado sufra un trastorno mental sobreviniente, el juez de ejecución le otorgará, previo dictamen pericial, la libertad condicional o la detención hospitalaria para someterlo a un tratamiento psiquiátrico en un establecimiento destinado para inimputables. Rehabilitada o curada la persona, esta regresará al establecimiento penitenciario de origen, para terminar de cumplir su pena.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, de las dos circunstancias estudiadas es posible concluir que el SPA colombiano se caracteriza, *primero*, por ‘disfrutar’ de una arquitectura procesal intencionalmente orientada para sujetos “normales”, esto es, para procesados con plenitud de sus capacidades cognitivas, volitivas y afectivas, no solo para atender las imputaciones criminales hechas por la fiscalía, sino también para realizar actos de disposición procesal como los que exige la Ley 906 de 2004, en el ámbito del sistema premial.

Segundo, precisamente, el hecho de que el modelo procesal penal colombiano exija un arquetipo racional de procesados con capacidad de disposición y voluntad, demuestra claramente que el legislador concibió el juzgamiento de los procesados con graves problemas de salud mental y de los “inimputables”, como un elemento extraño, subsidiario o secundario en el SPA. Se configuró así, un procedimiento penal defectuoso que no garantiza plenamente sus derechos fundamentales y no permite valorar adecuadamente la responsabilidad penal disminuida que les corresponde, esto es, a partir de sus propias condiciones personales cognitivas, volitivas y afectivas. Un tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia entienden como ‘tendencialmente correcto’, en el cual lo único que importa es alegar la causal de inculpabilidad, sin dispensar un trato digno al procesado enajenado o trastornado. Un proceso penal excluyente y estigmatizador.

En este punto, recobra validez la exigencia hecha por la doctrina nacional. Así, Sotomayor (Inimputabilidad y sistema penal, 1996, págs. 189, 250-251) señala que:

Como consecuencia del principio de igualdad, el inimputable tiene derecho a un tratamiento especial, dada su situación de desigualdad manifiesta. Ello, desde el punto de vista penal, debe traducirse en mayores limitaciones a la intervención penal en este ámbito y, por lo mismo, en mayores derechos

el mismo sentido se manifiesta el artículo 72, inc. 2º, para casos de inimputabilidad sobreviniente de sujetos condenados, señalando que: “En el caso de personas condenadas, la autoridad judicial la pondrá a disposición del Director del Inpec, en el establecimiento más cercano, quien determinará el centro de reclusión en el cual deberá darse cumplimiento de la pena”.

y garantías para el inimputable. Tales garantías se deberán concertar en un “enjuiciamiento y una sanción acordes con la especial racionalidad del sujeto, que trate de evitar al máximo su estigmatización. De igual manera, (Velásquez, Manual de derecho penal, Parte general, 2014, pág. 551), señala que: la imputabilidad del agente no se agota en una valoración de contenido psicológico-psiquiátrico, sino que se traduce en un juicio cultural de carácter complejo que abarca también lo normativo; no se es imputable en abstracto sino en concreto, en un contexto social, cultural, histórico y antropológico determinado donde la persona actúa (subrayado por fuera del texto original)..

2. La regulación procesal en materia de inimputables, un reflejo inconsiguiente y acrítico del modelo dogmático.

El tratamiento de los procesados que padecen graves problemas de salud mental y no pueden ejercer su defensa o concurrir al procedimiento, con independencia de que puedan ser declarados por el juez penal como inimputables conforme artículo 33 del CP en la sentencia condenatoria (sentido del fallo) (Posada, Aproximación a la inimputabilidad en el sistema penal colombiano, 2015; Velásquez, Manual de derecho penal, Parte general, 2014), parte de una equiparación que debe ser ampliamente discutida hoy, toda vez que confunde las distintas formas de responsabilidad penal, esto es la imputabilidad o la inimputabilidad, con los presupuestos materiales o la capacidad procesal para que un sujeto pueda ser parte en el procedimiento penal moderno, que son aspectos que vale la pena distinguir.

En efecto, para la teoría dogmática tradicional, la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad es una forma de responsabilidad penal del agente semiplena, incompleta o insuficiente, esto es subsidiaria (Roxin, 2008, págs. 822-823), de segundo nivel o grado (Sotomayor, Inimputabilidad y sistema penal, 1996, pág. 264), o de menor escala que la responsabilidad plena o culpabilidad plena (Velásquez, Manual de derecho penal, Parte general, 2014, pág. 536), que se considera como una forma de hacer responsable del injusto penal al procesado. Esto, sin perjuicio de que otros autores la consideren como una forma paralela y autónoma de responsabilidad penal, con sanciones, presupuestos dogmáticos y alcances completamente distintos (Fernández Carrasquilla, 2012, págs. 345 y 351).

El mismo lenguaje dogmático se ha encargado de categorizar a la inimputabilidad *como una causal de inculpabilidad* que excluye la pena y fundamenta la medida de seguridad, entendida la última como una sanción con vocación no punitiva, es decir curativa, protectora, rehabilitadora, integradora, etc., a pesar de valerse de la restricción de la libertad. Este tratamiento dogmático dual está previsto en el artículo 9º CP, cuando señala, en el inciso 1º, que, para que la conducta del imputable sea punible se requiere que sea típica (CP, artículo 10), antijurídica (CP, ar-

título 11) y culpable (CP, artículo 12); mientras que el inciso 3º *ibídem*, señala que, “para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, anti-jurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”.

En todo caso, la consecuencia de entender la inimputabilidad como una fórmula de responsabilidad penal subsidiaria o excepcional, también ha influido de manera determinante en el tratamiento penal de todos aquellos procesados que padecen graves enfermedades mentales, pues ha impedido que en Colombia se haga depender la *capacidad procesal para ser parte* de las causas de *inimputabilidad penal* (entre ellas las enfermedades mentales), cuestión a la que se oponen autores como López Borja de Quiroga (2012, pág. 904), al afirmar que:

La capacidad del acusado no se determina con arreglo a criterios propios de la legislación civil, por lo que no se tiene en cuenta la capacidad de obrar de la persona. Es más, la enajenación ha de ser declarada dentro del curso del procedimiento, sin perjuicio de que pueda provocar una crisis en el mismo. Pero esto no significa que el enajenado pierda la capacidad procesal, pues, puede continuar en el procedimiento, reclamando contra dicha declaración, contra las medidas adoptadas, contra el mantenimiento de la situación (subrayado por fuera del texto original).

Sin embargo, todo parece indicar que, una cosa es que la declaración normativa de la inimputabilidad fundamente la imposición de una medida de seguridad pos-delictiva (limitada por la proporcionalidad y la igualdad material, CP, artículos 3º y 7º), y otra muy diferente, que todo inimputable o enajenado siempre tenga capacidad procesal para actuar y defenderse tanto en las fases persecutorias como en el juicio.

De esta manera, un sujeto imputable puede carecer de capacidad procesal por sufrir un trastorno mental transitorio o permanente, y un inimputable puede tener capacidad procesal, como sucede en los casos en los que el sujeto padeció un trastorno mental transitorio al cometer el delito, pero se encuentra recuperado al momento de adelantar el respectivo proceso judicial. Con esto en mente, Cobo del Rosal, Quintanar Díez & Zabala López-Gómez (2006, págs. 461-462) definen la capacidad procesal para ser parte, como aquella *situación psicobiológica del procesado que le permite entender en qué consiste el procedimiento, la acusación y ejercer la defensa con su abogado*. La carencia de esta particular capacidad procesal implicaría el juzgamiento de acusados sin adelantar un proceso con todas las garantías constitucionales, es decir, con infracción al debido proceso.

De igual manera, Pérez-Cruz Martín, Ferreiro Baamonde, Piñol Rodríguez & Seonne Spiegelberg (2014, pág. 158), sostienen que “[...] la capacidad procesal

del imputado puede ser definida como la aptitud mental y corporal precisa para seguir el procedimiento, es decir, capacidad natural de percepción y contradicción [...] Por lo tanto, la falta de capacidad procesal ha de referirse a la enajenación mental por alteración grave de la percepción de la realidad, que impida la actuación en el juicio”.

Desde esta perspectiva, es lógico suponer que en Colombia, no obstante que la doctrina mayoritaria sostiene que el ‘enajenado’ tiene capacidad procesal para ser parte en el proceso penal, debería exigirse, en general, que la capacidad mental –o incluso la posible inimputabilidad- deba ser un presupuesto formal y material para ser parte de los diferentes esquemas del proceso penal colombiano y para determinar las medidas de protección aplicables al procesado, como *una expresión de sentido particular* (Botero Bernal, 2013, págs. 403 y ss. y 415), tal y como se exige hoy para participar en el sistema premial. En cualquier caso, la equiparación **procesal** de sujetos sanos y enfermos implica una arquitectura procesal que desconoce la igualdad material y conlleva diferencias de trato menos favorables para los segundos durante el trámite judicial; un trato que difícilmente se compadece con la dignidad humana. Por consiguiente, el legislador penal debería hacer primar en estos casos la obligación constitucional de proteger a aquellas personas que por su condición física, económica o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta [...], tal y como como lo ordena la Constitución, artículo 13-2.

Como es evidente, la **fórmula** procesal que diseñe el legislador colombiano, necesariamente debería estudiar las condiciones de sanidad mental del procesado como un presupuesto material para definir, o bien si se suspende la actuación procesal y se nombra un curador judicial al inimputable; o si debe decidirse, mediante una declaratoria especial el verdadero estado mental del sujeto en una *questión previa incidental o persecutoria* (con contradicción de los elementos materiales probatorios, evidencia física y prueba anticipada), que le permita al juez penal impulsar un procedimiento con características especiales. Desde luego, ello no significa que el juez tenga que dilucidar de fondo si el sujeto es o no penalmente responsable, cuestión que deberá ser definida en el correspondiente juicio oral.

Véanse a continuación estas posibilidades.

a) En el caso de la suspensión del procedimiento penal, el Estado reconoce que el modelo clásico de juzgamiento de individuos que se encuentren en circunstancias de debilidad mental manifiesta, mediante un sistema penal diseñado para sujetos “normales” o imputables, ha fracasado rotundamente, pues se ha convertido en un derecho procesal de autor que, infortunadamente, no ha sido permeado por la renombrada constitucionalización del derecho, por lo que se refiere al derecho de defensa y a las sanciones penales.

Así, en cuanto al derecho de defensa, es evidente que la deficiencia mental (con o sin declaración de inimputabilidad), puede constituir realmente un juzgamiento en ausencia (mental) del procesado, en el cual los medios de defensa materiales se ven profundamente limitados o imposibilitados, como sucede, por ejemplo, con la posibilidad de que el sujeto ofrezca su propio testimonio; o con un ejercicio real y consciente del derecho de postulación de los abogados; y no se olvide la incapacidad para realizar actos de investigación o la posibilidad concreta de ejercer la contradicción de los medios de prueba, entre otros supuestos. Así lo han expuesto Cobo del Rosal, Quintanar Díez & Zabala López-Gómez (2006, pág. 457), al señalar que:

La demencia o, dicho vulgarmente, la “locura del inculpado” produce en el derecho de defensa un menoscabo, a todas luces más que notable y, por ello, el ordenamiento jurídico ha de prever dicha situación adoptando mayores garantías en el proceso para con el enfermo y, en su caso, suspendiendo el procedimiento si se percibe que el sujeto carece de la necesaria capacidad mental para ser enjuiciado, con todas las garantías, y defenderse debido a su enfermedad.

Y luego, (*Ibid*, pág. 459), señalan que:

En definitiva, juzgar y, en su caso, condenar a un enfermo mental después de un juicio oral en el que no ha podido rebatir las cuestiones planteadas por la acusación es una verdadera tropelía, más propia de regímenes totalitarios y de una justicia inquisitiva del siglo XVIII [...] Un enfermo mental o un loco, como se dice vulgarmente, es siempre un sujeto incapaz procesal, no importa que entienda y quiera al momento de realizar el hecho delictivo, tampoco afecta en absoluto si estaba en un momento de lucidez, lo que es fundamental es que el sujeto comprenda la importancia que tiene para él el acto del juicio oral o las declaraciones sumariales, o incluso, las pruebas periciales a las que puede ser sometido durante la instrucción de la causa en la que esté como inculpado (subrayado por fuera del texto original).

Respecto a la sanción, es claro que someter a los procesados con deficiencias mentales a procedimientos y sanciones basados en la prevención general (positiva o negativa), la retribución (muchas veces ejemplarizante) o la prevención especial (CP, artículo 4º), no tendrían ningún efecto real en la sanción ni en su ejecución penitenciaria, deslegitimando así la condena y la restricción de derechos que esta comporta (Posada, Bloque de constitucionalidad y sistema penal acusatorio, 2008). Procesos que resultarían claramente incompatibles con fines como la curación, tutela y rehabilitación, que deben prevalecer en estas condiciones (CP, artículo 5º).

El sistema de suspensión del procedimiento penal es acogido por ordenamientos como el italiano, el argentino y el español, entre otros. Así, el CPP **italiano** (Código di Procedura Penale, agg. al 27.02.2015. mod. 1. 23.02.2015, n. 19 e dal D. lgs. 16.3, 2015, n. 28. –testo coordinato ed agg. del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447-), dispone en los artículos 71 y 72 *ibidem*, respectivamente, la suspensión del procedimiento por incapacidad del imputado y la revocación de la ordenanza de suspensión. Según dichos artículos, cuando el estado mental del imputado sea tal que le impida la participación consciente en el procedimiento, el juez podría ordenar su suspensión (siempre que no deba ser pronunciada sentencia de absolución o de no lugar a proceder). Con base en esta suspensión (n. 2), el juez le nombrará al procesado un curador especial, designando de preferencia a su representante legal. Incluso en el artículo 73, el CP italiano le permite al juez realizar procedimientos cautelares, entre los cuales se advierte, n.1, que, cuando el estado mental del imputado sea tal que parezca necesaria su curación en el ámbito del servicio psiquiátrico, el juez informará por el medio más rápido a la autoridad competente para que adopte las medidas previstas en la ley y disponga el tratamiento sanitario de enfermos mentales.

En **Argentina**, según Creus (2010, pág. 70), “la incapacidad mental del imputado, sobrevenida cuando ya el proceso se encuentra en curso, plantea una situación parecida a la de la ausencia física de aquél, siendo también causa de paralización en iguales oportunidades y con los mismos efectos que la rebeldía”. Y agrega que la rebeldía: “[...] impone la paralización en cualquier etapa en que el proceso se encuentre, aunque sin detener la tarea de investigación del hecho, que tiene que proseguir sin la participación del imputado, y recién una vez agotada la que ha sido posible llevar a cabo, la causa se archivará hasta tanto se logre su presencia”. Si el sujeto ya ha sido acusado, la inimputabilidad del mismo se entenderá como un obstáculo que entorpece la prosecución del juicio, y deberá disponerse el archivo de la causa en el estado en el que ella se encuentre (*Ibid*, pág. 120).

Finalmente, el ordenamiento **español** consagra una regulación mixta para imputables y dementes sobrevinientes, por cierto muy confusa. En principio, la alegación de la inimputabilidad implicaría que el juez competente ordene el correspondiente dictamen pericial y disponga el sobreseimiento de la causa, pudiendo imponer una medida de seguridad (LECrim., artículo 96.2). De lo contrario, el juicio se celebrará a pesar de la dudosa capacidad procesal del sujeto, se le absolverá por la existencia de la causal de ausencia de responsabilidad (inimputabilidad, CP, artículo 20) y además se le impondrá la medida de seguridad que corresponda. En este sentido, Cobo del Rosal, Quintanar Díez & Zabala López-Gómez (2006, págs. 458-459), señalan que:

La solución por la que opta el legislador, ya en democracia, es, sin duda, la más fácil y menos engorrosa, esto es, celebrar un juicio en el que salga absuelto, en el mejor de los casos, el enfermo mental y, a continuación, imponer una medida de seguridad postdelictual basada en una sentencia condenatoria. Pero, es que ese juicio nunca se debía haber celebrado, simple y llanamente, porque el sujeto contra el que se dirige la acusación no está presente en ese juicio, obviamente psíquicamente hablando (subrayado por fuera del texto original).

Cuando la demencia sea sobreviniente al delito, según el artículo 383 LECrim. (BOE-A-188-6036 del 19/09/1882), una vez se haya surtido todo el trámite de investigación o sumario, el juez ordenará el archivo de las diligencias hasta que el procesado recobre su salud, disponiéndose además una cuestionable medida de seguridad sin juicio, conforme al artículo 96 del CP (López Barja de Quiroga, 2012, págs. 1084-1096). Respecto a la ejecución penitenciaria, el artículo 60 *ibidem* señala que, si después de pronunciada la sentencia se aprecia en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta, garantizando el Tribunal que aquél reciba la asistencia necesaria.

b) Otra posibilidad para regular el tema sería que el legislador apruebe un procedimiento especial (practicable) para sujetos que padecan condiciones de vulnerabilidad mental, incapaces de ejercer su defensa material, sean estos o no declarados inimputables en la correspondiente sentencia (sentido del fallo); o cuando menos, hacer reformas puntuales al procedimiento penal, para que el tratamiento de estos procesados se dé en condiciones de discriminación afirmativa o positiva, acordes con el sistema acusatorio vigente. En todo caso, es prudente advertir que estos procesos no pueden caracterizarse por buscar actuaciones rápidas, mediáticas, baratas y sobre todo eficaces, desconociendo los derechos fundamentales.

Se trataría de una serie de reformas que incluyan, *en primer lugar*, medidas de protección para inimputables que sustituyan a las actuales “medidas de aseguramiento”. Medidas personales especialmente orientadas a la curación, tutela y rehabilitación física y psíquica del procesado vulnerable; que no se materialicen como simples privaciones de la libertad, en las cuales se suministren medicamentos básicos. Naturalmente, la aplicación de estas medidas supone haber determinado la afectación mental del procesado, mediante alguna prueba anticipada practicada ante el Juez penal en función de control de garantías. De hecho, es fundamental que el trastorno mental del procesado sea grave.

Asimismo, la imposición de estas medidas cautelares en audiencia pública requerirá del cumplimiento de los fines propios de la detención preventiva o de medidas similares, siempre y cuando el estado mental del procesado sea compatible con la ‘internación’. También deben estar rodeadas por todas las garantías procesales y constitucionales (recursos, sustitución, suspensión, etc.), y deberían preceder al nombramiento de un curador especial o del reconocimiento de un representante legal judicial.

Finalmente, es muy importante que estas medidas cautelares garanticen cuidadosamente el derecho de defensa del trastornado o del ‘inimputable’, sobre todo, cuando el sujeto haya sido capturado en estado de flagrancia al realizar la conducta punible o se encuentre privado de su libertad, pues tales condiciones materiales lo hacen mucho más vulnerable a injerencias indebidas por parte de las autoridades, cuando busquen información o la incriminación del sujeto. Recientemente, la CSJ, Sentencia SP3006-2015, Rad. 33837, M. P.; Fernández E., ha precisado el valor probatorio de las manifestaciones incriminadoras del sujeto con trastornos mentales.

Y, en *segundo lugar*, se deben crear fórmulas que permitan mejorar el sistema de defensa, la participación de estos sujetos en el juicio, la suspensión excepcional del procedimiento y la declaratoria anticipada de inimputabilidad, entre otras cuestiones que debe decantar y analizar la doctrina nacional.

Para terminar este aparte, hay que reiterar (Posada, Aproximación a la inimputabilidad en el sistema penal colombiano, 2015), que la declaración judicial de inimputabilidad de un sujeto no da lugar a la imposición automática (y por ende peligrosista) de una medida de seguridad posdelictual. Para que se pueda imponer una medida de seguridad basada en la prevención especial (CP, artículo 5°; CCONST., Sent. C-656/1996, A. Martínez) es necesario que el procesado haya realizado un injusto penal por el que haya sido *declarado* inimputable en la sentencia condenatoria (incapaz de culpabilidad plena conforme al CP, artículo 33); siempre y cuando se haya constatado la inexistencia de *causales de ausencia de responsabilidad penal* (CP, artículos 9°, inciso 3°, y 32). Así mismo, en la audiencia general o en las cuestiones previas es fundamental determinar en concreto cuál es la realidad psíquica del sujeto procesado, pues hoy es insostenible afirmar, como se ha venido haciendo por muchos estudiosos, que la inimputabilidad existe como la incapacidad general para cometer delitos en abstracto.

3. El tratamiento de la inimputabilidad en el sistema procesal penal colombiano⁹.

La doctrina nacional ha considerado un “dogma” la relación que debe existir entre: *imputables, culpabilidad y pena*, por oposición a la relación entre *inimputables, inculpabilidad y medidas de seguridad*. Con tal punto de partida teórico, sería contradictorio que nuestro sistema permitiera castigar a los culpables con medidas de seguridad posdelictivas y, viceversa, a los inimputables con penas. Así mismo, ello parte de un concepto formal de inimputabilidad, pues el procesado solo será estimado como tal cuando sea declarado por el juez y no, como debería ser, si se toma en serio la prevalencia del derecho sustancial, por la constatación material de la condición del procesado cuando cumpla los presupuestos materiales del CP, artículo 33. Para la doctrina mayoritaria, la infracción de tal ‘dogma’ supone una clara infracción a los principios de legalidad de las sanciones penales y culpabilidad (CP, artículos 6º y 12), pues se trastocan los fines de la pena y la medida de seguridad (CP, artículos 4º y 5º).

Sin embargo, hay que reconocer que el SPA no siempre es coherente con la lógica de la teoría del delito que se ha desarrollado en nuestro ordenamiento. Esta falta de armonía surge por la obligación de descubrir aquellos elementos materiales probatorios y evidencia física (CPP, artículos. 344, Par. 2, inc. 2º; y 346) que sirvan para probar la inimputabilidad del procesado. Se trata de una obligación de parte, trasplantada de los ordenamientos del *common law*, que produce una perturbación del entendimiento tradicional de la mencionada correspondencia entre inimputabilidad (material) y medidas de seguridad.

En efecto, resulta preocupante constatar que, aunque la declaración de inimputabilidad depende exclusivamente del juez en la sentencia (sentido del fallo), éste solo podría declarar inimputable al procesado vulnerable cuando él o la defensa decidan alegar la causal según las previsiones del art. 33. En este caso el juez de conocimiento no puede decretar la práctica de pruebas de oficio para tales efectos (C. P. P., art. 361 y Gómez Gallego, 2010, págs. 263-282, nota al pie n. 36.), ni decidir de manera autónoma la declaración de inimputabilidad del procesado. De este modo, se acoge un concepto formal y dispositivo de inimputabilidad.

Lo cierto es que el CPP (2004) le exige a la defensa: primero, con fundamento en el *principio de igualdad de armas* (Posada, Bloque de constitucionalidad y siste-

⁹ Previamente sobre este análisis, véase (Posada, Aproximación a la inimputabilidad en el sistema penal colombiano, 2015).

ma penal acusatorio, 2008, pág. 7 y ss.¹⁰), descubrir y poner a disposición de las partes e intervinientes la base del dictamen pericial y las evidencias que puedan acreditar la existencia de los efectos psicológicos que determinan la incapacidad de conocimiento potencial de la ilicitud y/o la incapacidad de determinación del sujeto (artículo 344, Par. 2º, inc. 2º). Y segundo, exige que la defensa anuncie las pruebas que hará valer en el juicio oral, incluyendo las que acreditan la inimputabilidad (CPP, artículos 356, num. 3 parágrafo y 357). Asimismo, el artículo 356, num. 4 faculta a las partes para celebrar estipulaciones probatorias sobre los hechos que podrían dar por demostrada la causa de inimputabilidad, pues no es posible estipular valoraciones, como en efecto lo exige esta figura¹¹ (Bernal Cuellar & Montealegre Lynett, 2013, pág. 795).

Así las cosas, en la lógica del nuevo SPA, la declaración formal de inimputabilidad es un acto rogado de parte, para que el juez de conocimiento tome la decisión que corresponda según las pruebas practicadas en el juicio. Sin embargo, el asunto es peligroso, pues si el sujeto está enfermo, las actuaciones de sus representantes podrían comportar abusos que lo perjudiquen en beneficio de terceros (curadores o familiares), frente a los cuales poco o nada se podría hacer. En estos casos, además, no es evidente que el Ministerio Público pueda solicitar la práctica de pruebas excepcionales como lo sugiere el art. 357, inc. final (CSJ, Sent. del 03/30/2006, R24468, E. Lombana)”, en función a los derechos y las garantías del “procesado vulnerable”, cuando las partes no hayan alegado voluntariamente la inimputabilidad, pues ello comportaría una “sustitución” irregular de la defensa y podría poner en peligro su teoría del caso.

De ello se deriva que, cuando la parte no descubra la información requerida (CPP, artículo 346), no se puedan presentar las pruebas sobre la inimputabilidad en el juicio oral y, por consiguiente, alegar la inimputabilidad, con la consecuencia jurídica de que al sujeto *posiblemente inimputable* porque cumple con los elementos materiales previstos en el artículo 33, se le condenaría como si fuese un imputable culpable y se le impondría una pena. La norma procesal dice así:

Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, *ya sea con o sin orden específica del juez*, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado

10 Véase: (CSJ, Auto del 29/06/2007, R27608, S. Espinosa; CCONST. C-980/2005, C-1195/2005, C-673 y 1260/2005 y C-536/2008).

11 Véase: CSJ. SP. del 6 de febrero de 2013, R38975; CSJ. SP. del 30 de enero de 2013, R40336; CSJ. SP. del 30 de enero de 2012, R40336; CSJ. SP del 15 de septiembre de 2010, R31853)

a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada” (cursivas por fuera del texto original).

De ocurrir la sanción procesal, también habría otras consecuencias jurídicas, como por ejemplo: si el sujeto sufrió un trastorno mental transitorio al cometer el injusto penal -con base patológica, pero se ha recuperado antes del sentido del fallo, o sin base patológica-, no se podrá beneficiar de la impunidad prevista en el CP, artículo 75, justamente, porque no podrá probar tal afectación mental.

Cabe agregar que al procesado trastornado o inmaduro psicológico se le impondrá una pena que será sustituida en los términos del CPP, artículos 461 cc CPyC, artículo 14 (Ley 65 de 1993 mod. Ley 1709 de 2014, artículo 16), dada la incapacidad mental del procesado. Pena que sería ejecutada en los lugares especialmente dispuestos por la ley y por el Sistema General de Seguridad Social en Salud. O se le impondrá una pena que podría ser sustituida en los términos del CPP, artículo 461 cc 313 mod. Ley 1142 de 2007, artículo 4 cc CP, artículo 68, por una reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión, garantizada la caución a la que se refiere la ley. Se trata de una sustitución sin sentido, pues al procesado en realidad se le debió imponer, desde el principio, una medida de seguridad en la sentencia condenatoria¹² (hay que tener en cuenta que el régimen es distinto si se trata de una enfermedad mental sobreviniente a la ejecución penitenciaria). Es por ello que se afirma que el sistema debe ser ampliamente reformulado para garantizar la dignidad de las personas que sean declaradas inimputables, teniendo en cuenta que no siempre resultan afortunados los trasplantes jurídicos, tal y como se ha podido constatar en esta materia.

En fin, la controversia jurídica resulta, porque en Colombia el inimputable o el enajenado no puede seguir siendo tratado como un sujeto-objeto, como un procesado de segunda categoría, largo tiempo discriminado y estigmatizado socialmente, para el cual se cree, de manera perversa, que sus derechos se protegen solo con la designación de un defensor público. Es evidente, además, que esta forma de regular el tema nos pone de frente a una privatización de la declaración formal de inimputabilidad y, por consiguiente, de la responsabilidad penal, lo que resulta muy discutible de cara a un derecho penal liberal y garantista.

12 Es más, cabe preguntarse lo siguiente: si el procesado es capaz para decidir no descubrir la evidencia que soporta su inimputabilidad y con ello no impulsa la declaración formal y obtiene una pena, ¿por qué entonces el inimputable material (un trastornado mental) no tendría también la capacidad para allanarse a cargos a partir de la audiencia de imputación y obtener una rebaja de la pena para el caso particular?

III. Conclusiones

Primero. El tratamiento procesal penal de las personas que padecen graves alteraciones psicológicas, afectivas y volitivas –posiblemente inimputables-, requiere de una completa reformulación legal, que materialice un respeto adecuado por los principios de dignidad e igualdad, para que aquellas personas puedan atender de manera consciente, oportuna y eficaz su defensa material en el proceso penal. Esta exigencia es, por lo demás, un imperativo que se desprende del artículo 13 de la Constitución, en cuya virtud, el Estado tiene la obligación jurídica de proteger a todas las personas vulnerables y garantizar la igualdad material durante el desarrollo de los procesos judiciales y administrativos.

Segundo. Para alcanzar estándares de igualdad en el proceso penal acusatorio –en términos de acciones procesales afirmativas-, es fundamental distinguir entre el tratamiento legal que se dispensa a los inimputables, como consecuencia de ser la inimputabilidad una causa de inculpabilidad que fundamenta una responsabilidad penal semiplena o incompleta, y el tratamiento procesal o los presupuestos para que una persona sea parte de un proceso penal, especialmente cuando esta padece graves alteraciones mentales que le impidan concurrir de manera consciente al proceso y al ejercicio de su defensa material. El problema es que una generalización del trato procesal de la inimputabilidad ha condicionado negativamente la segunda. En principio, todo procesado con graves problemas mentales debe ser considerado, salvo mejor criterio, como un sujeto sin capacidad procesal.

Para ello es necesario, desde un punto de vista sustantivo y político-criminal, revisar también el fundamento tradicional de las medidas de seguridad posdelictivas, afincadas hoy en prognosis de peligrosidad personal del inimputable (teorías psicologistas) crítico: (Velásquez, Derecho Penal, Parte General, 2009, págs. 267 y ss., y 1071 y ss.). Ello permitiría dar cabida a un trato sustantivo más garantista, que admite reconocer a los inimputables todas las garantías que se derivan del principio de culpabilidad, en especial su trato diferenciado, la prohibición de responsabilidad objetiva y los límites a las sanciones penales (CP, artículo 3º), de conformidad con los fines de la pena (curación, tutela, rehabilitación y protección) previstos en el artículo 5º *ibidem*.

Tercero. Una revisión general de las normas procesales y penitenciarias que regulan el tema tratado, demuestra que el legislador colombiano ha orientado el SPA a juzgar e investigar sujetos normales o imputables, es decir, a aquellos individuos que tienen intactas sus capacidades cognitivas, volitivas y afectivas para atender el proceso y su defensa material. Justamente, las normas sobre el régimen de libertad sin medidas especiales de protección o las normas para la

aceptación de cargos y las negociaciones así lo demuestran. Así las cosas, solo se alcanza a percibir un tratamiento procesal subsidiario para los inimputables o los enajenados sobrevinientes a la condena, quienes son tratados como verdaderos sujetos-objeto en el proceso penal moderno.

Cuarto. La aplicación de procesos penales como el vigente, diseñados para sujetos imputables, ha llevado a un importante sector de la doctrina nacional, con el propósito de maximizar las garantías para el procesado inimputable, a sostener una teoría monista de las sanciones penales. En todo caso, si bien existen innumerables razones para ello, no hay que olvidar que esta es otra de las causas por las cuales la doctrina nacional no se ha ocupado de elaborar instituciones y procedimientos en los que el fundamento dogmático coincida con el procedimiento y el tratamiento sancionatorio para los inimputables, como lo ha exigido algún sector de la doctrina nacional. Así, Molina (La conformidad en el proceso penal, pág. 87), señala que:

Pues bien, si el proceso penal es un instrumento que sirve para aplicar el Derecho penal sustantivo al caso concreto, el modelo de proceso penal que adopte viene determinado por la particular concepción del delito que el ordenamiento penal sustantivo haya asimilado en su parte general, y por la configuración que realice de los tipos penales en la parte especial. [...] Por tanto, esa instrumentalidad del proceso penal debe ser idónea para aplicar los fundamentos jurídicos básicos de imputación frente a un caso concreto. En otras palabras, la particular concepción del delito que asuma un ordenamiento penal debe ser susceptible de ser aplicada en la realidad, frente a un caso concreto, por medio del proceso penal. La verificación y discusión procesal acerca de las categorías dogmáticas que componen la conducta punible deben ser una meta alcanzable por medio del proceso penal. En este sentido, se debe entender que cualquier modificación estructural del proceso penal tiene que hacerse de manera simultánea con la del ordenamiento penal sustantivo, buscando la sincronía.

Se insiste en la idea de crear procedimientos que permitan limitar mejor la criminalización secundaria de sujetos vulnerables, tal y como lo plantea Sotomayor, (Inimputabilidad y sistema penal, 1996, pág. 189), al señalar que “[...] Tales garantías se deberían concretar en “un enjuiciamiento y una sanción acordes con la especialidad racionalidad del sujeto, que trate de evitar al máximo su estigmatización”.

Quinto. Por lo expuesto, es evidente la falla del SPA cuando, a pesar de juzgar a procesados que cumplen con los presupuestos materiales del artículo 33 CP, permite imponerles una pena en la sentencia condenatoria, cuando las partes no hayan descubierto la evidencia sobre la inimputabilidad y no hayan sido declarados formalmente como tales. Obsérvese cómo el tratamiento procesal del inimputable no se hace por sus calidades particulares, sino a partir de la lógica

de la rogación de una simple causal de inculpabilidad, dicho lo cual, la declaración de inimputabilidad asume un modelo formalista. En la mayoría de estos casos, la pena impuesta se terminaría ejecutando como si se tratase de una medida de seguridad por la condición “anormal del sujeto”.

Sexto. Más allá de proyectos coyunturales de reforma judicial, la realidad del SPA debe auspiciar una redefinición integral del sistema de juzgamiento de los procesados inimputables o con graves perturbaciones mentales. Una propuesta a considerar sería que la capacidad procesal y/o tratamiento del procesado vulnerable se decidieran en una audiencia de cuestiones previas al juicio, lo que podría incluir eventualmente el reconocimiento de la inimputabilidad del procesado. Una audiencia pública que podrían solicitar la defensa, el imputado, el fiscal e incluso el ministerio público en defensa de los derechos fundamentales. De este modo, el procedimiento posterior se dedicaría a demostrar la responsabilidad penal o la inocencia de esta persona según el canon legal establecido. A ello se podría sumar la garantía de nombrar un curador especial al sujeto con problemas cognitivos, volitivos o afectivos que le impidan ejercer de manera adecuada su defensa procesal.

Finalmente, esta postura también permitiría revisar dos aspectos complementarios: *Primero*, la posibilidad de reemplazar las medidas de seguridad por medidas de internamiento para sujetos inimputables, y redefinir de modo general su tratamiento penitenciario; y 2) una revisión profunda del sistema procesal de medidas de aseguramiento, del sistema de defensa, de la participación en la investigación y el juicio, y especialmente en la práctica de las pruebas o en su contradicción.

Bibliografía

Bernal Cuéllar, J. & Montealegre Lynett, E. (2013). *El proceso Penal, Fundamentos constitucionales y teoría general* (6 ed., Vol. I). Bogotá: Universidad Estando de Colombia.

Botero Bernal, J. F. (2013). Sobre la inimputabilidad: ¿Algo más qué decir? ¿Los estados similares son una causal autónoma o amplificadora de la inimputabilidad? Sentido y alcance de los “estados similares”. En *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado* (Vol. 1). Bogotá: Ibáñez, Uniandes, UPB, Sergio Arboleda, EAFIT.

Cadavid, A. (2013). Dogmática penal y sistema acusatorio. En AA.VV. Fernando Velásquez, et al (Ed.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado* (Vol. 2, págs. 1269-1288). Bogotá: Ibáñez, Uniandes, UPB, EAFIT, Sergio Arboleda.

- Creus, C. (2010). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Espiritu Garzón, F. (2010). *Instituciones de derecho procesal penal, sistema acusatorio*. Bogotá: Legis.
- Fernández Carrasquilla, J. (2012). *Derecho penal, parte general. Teoría del delito y de la pena*. (Vol. 1). Bogotá: Ibáñez.
- Gómez Colomer, J. L. (2013). Realidad social, política criminal, dogmática penal y nuevo proceso penal español adversarial. En J. L. Gómez-Colomer, *El proceso penal constitucionalizado* (págs. 823-848). Bogotá: Ibáñez y Universidad del Sinú.
- Gómez Gallego, J. A. (2010). La prueba de oficio en el sistema acusatorio colombiano. En C. A. López, *Estudios de derecho penal*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Hernández, R. P. (2003). *El sistema de determinación de la pena en el derecho penal colombiano*. Medellín: Diké-Universidad Pontificia Bolivariana.
- López Barja de Quiroga, J. (2012). *Tratado de derecho procesal penal* (5 ed., Vol. 1). Navarra: Aranzadi.
- Cobo del Rosal, M.; Quintanar Díez, M. & Zabala López-Gómez, C. (2006). *Derecho Procesal Penal Español*. Madrid: Cesej.
- Molina, R. (2008). La MacDonalización del proceso penal. *Revista de derecho y ciencias políticas*, 38 (108), 307 y ss.
- Molina, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal*. Bogotá: Ibáñez, Universidad de los Andes y Universidad Pontificia Bolivariana.
- Posada, R. (2008). Bloque de constitucionalidad y sistema penal acusatorio. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales* (15), 7-40.
- Posada, R. (2008). El bloque de constitucionalidad y el sistema acusatorio. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, 15.
- Posada, R. (2010). Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano. En AA.VV., & J. L. Echavarría (Ed.), *Política criminal en el Estado social de Derecho* (págs. 539-571). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Posada, R. (2015). Aproximación a la inimputabilidad en el sistema penal colombiano. En Ricardo Posada, Fernando Velásquez y Camila Correa, *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* (Vol. 2). Bogotá: Unianandes-Ibáñez.
- Pérez Cruz, A. J.; Ferreiro Baamonde, X. X.; Piñol Rodríguez, J. R. & Seonne Spiegelberg, J. L. (2014). *Derecho procesal penal*. Navarra: Aranzadi.

- Restrepo Fontalvo, J. (2014). *Criminología*. Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (2008). *Derecho penal, parte general*. (2 ed., Vol. 1). Madrid: Civitas.
- Schünemann, B. (2002). Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad. En B. Schünemann, *Temas actuales y permanentes después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- Sotomayor, J. O. (1986). Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano. *Nuevo Foro Penal* (33), 297-322.
- Sotomayor, J. O. (1990). Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable. (48), 199-213.
- Sotomayor, J. O. (1996). *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- Trapani, M. (2013). *Las consecuencias penales*. Roma: PEd.
- Vargas, A. (1998). *La Fiscalía General de la Nación, desde el “sueño de la mariposa”*. Ibagué: Forum Pacis.
- Velásquez, F. (1983). La inimputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis. *Nuevo Foro Penal*(22), 715-731.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General* (4 ed.). Bogotá-Medellín: Com-libros.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de derecho penal, Parte general* (6 ed.). Bogotá: Andrés Morales.
- Zaffaroni E., Alagia A. y Slokar A. (2002). *Derecho Penal, Parte General* (2 ed.). Buenos Aires: Ediar.

D Delitos de peligro y proceso penal: condicionamientos dogmáticos en las formas jurídico penales

“Danger crimes” and criminal proceedings:
dogmatic conditioning in juridical-criminal forms

Andrés Felipe Duque Pedroza¹

Resumen

Se afirma aquí que la única manera de hacer coherentes las exigencias para el entendimiento del injusto dual (desvalor de acción y desvalor de resultado) con los delitos de peligro es suponiendo que, en todos los casos, el peligro sea un elemento propio del tipo y, por ende, su comprobación se constituye como el desvalor de resultado en estas formas delictivas. Lo anterior, a nuestro juicio, conlleva a que los delitos de peligro deban ser interpretados, siempre, como *delitos de peligro concreto*.

Así las cosas, siendo el proceso penal el medio legítimo para la aplicación del derecho penal sustantivo al caso concreto, tanto el desvalor de acto como el desvalor de resultado condicionan la argumentación procesal cuando se trate de la investigación y juzgamiento de delitos de peligro. La sola comprobación de la peligrosidad de la conducta, sin la verificación objetiva del resultado jurídico producido, acarrearía una inversión de la carga de la prueba en materia penal y, consecuencialmente, una presunción de culpabilidad para el reo.

¹ Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Penal de la Universidad EAFIT; Docente del Área de Derecho Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana e Investigador y Coordinador del Grupo de investigaciones en Sistema y Control Penal de la misma Universidad. Este escrito es resultado del proyecto de investigación “Perspectivas y retos del derecho penal y procesal penal en la sociedad contemporánea”, financiado por el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación (CIDI/UPB). Correo electrónico: andresf.duque@upb.edu.co.

Abstract

The only way to understand the “injusto dual” (negative assessment of action and negative assessment of result) with danger crimes is to suppose that, in every case, danger is an element of the type, and therefore, its proof is the negative assessment of result in those forms of crime. This implies that danger crimes should always be interpreted as *crimes of concrete danger*.

Keeping that in mind, the criminal proceeding is the legitimate means for the application of criminal law in this particular case, the negative assessment of action as well as the negative assessment of result condition the procedural argumentation in the case of the investigation and prosecution of danger crimes. Proof of danger of conduct alone, without objective verification of the legal result, causes an inversion of the penal burden of proof and thus, the presumption of guilt for the offender).

Palabras clave: Delitos de peligro. Proceso penal. Dogmática penal. Injusto penal. Riesgo.

Sumario

1. Introducción. **2.** La referencia al bien jurídico como fundamento de criminalización y la relación de complemento entre bienes jurídicos individuales y colectivos. **3.** Norma subjetiva de determinación y norma objetiva de valoración. **4.** El concepto de riesgo en los delitos de peligro abstracto. **5.** Imposibilidad jurídica de verificar el desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto. **6.** De las cargas procesales en la investigación y juzgamiento de los delitos de peligro. **7.** Conclusiones. **8.** Bibliografía

Introducción

El derecho es, por esencia, una regulación de fenómenos sociales. De allí la innegable relación que existe entre derecho y sociedad. Los cambios sociales exigen del derecho reacciones, las cuales, en muchas ocasiones, incluyen la regulación de comportamientos, bien a manera de prohibiciones, mandatos, o prescripciones de pautas comportamentales conforme al deber de cuidado.

Así, la constante creación e introducción al ordenamiento positivo de bienes jurídicos colectivos y su tipificación a través de formas de peligro, hace que se requiera una evaluación dogmática de la construcción del concepto de injusto en estas formas de criminalización, para concluir, como se hará, que una coherencia dogmática en relación con el injusto penal, en los delitos de peligro, condiciona la argumentación para la demostración del mismo en un estadio procesal.

Los cambios mencionados importantes consecuencias acarrearán en el proceso penal. Es en este donde los desarrollos en materia dogmática alcanzarán verdadero sentido. De nada sirve un perfeccionamiento dogmático, que con sistematización y crítica pretenda limitar el ejercicio del poder punitivo, si el proceso penal se desliga por completo de los estudios sustantivos para obedecer sólo a exigencias de seguridad y prevención carentes de limitaciones formales y materiales y con un marcado énfasis simbólico.

Por ello, en relación con los actuales retos del derecho procesal penal, expresa Claus Roxin:

En el fondo de esta historia de conversión del derecho penal procesal vigente en un sistema sólido, garante de la seguridad jurídica y al mismo tiempo abierto a nuevos desarrollos, hay una intensa tarea de futuro que quizás ni siquiera aún hemos percibido y que sólo ha sido emprendida de forma incipiente (2004, pág. 392)

En particular, en este trabajo se pretende relacionar un estudio dogmático de los delitos de peligro y su aplicación en el marco procesal, en búsqueda de la respuesta a la siguiente pregunta: *¿cómo un análisis dogmático de los delitos de peligro exige del proceso penal la adecuación de sus formas a las exigencias sustantivas?*

En la medida en que se parte de un estudio dogmático, las consideraciones iniciales versarán sólo sobre ello, para así, luego, intentar explicarlas en correspondencia con el proceso penal.

2. La referencia al bien jurídico como fundamento de criminalización y la relación de complemento entre bienes jurídicos individuales y colectivos

Con la incorporación de los esquemas funcionalistas² en la evolución de la dogmática penal es posible diferenciar con claridad dos posturas diametralmente opuestas, las cuales asignan funciones primarias a la existencia del derecho penal: por un lado, la protección de bienes jurídicos y, por otro, la reafirmación de la vigencia de la norma aparentemente violentada con la lesión de las expectativas.

² Entendiéndose por tales aquellos esquemas dogmáticos que se preguntan, de manera primaria, por la función de la norma penal en un modelo de Estado.

En nuestro caso, para lo que sigue, aceptamos la postura esgrimida por el profesor Roxin, estimada en la primera de las teorías, porque se considera aquí que la otra vertiente puede reducir los límites, que desde un derecho penal ilustrado, demarcan la aplicación racional del poder punitivo, ya que, el concepto de bien jurídico opera como garantía en los procesos de criminalización, y al no existir, es posible justificar una mayor intervención penal a partir de la finalidad preventivo general positiva, conforme a expectativas y roles, de la que parte el esquema teórico mencionado³.

Hablar de bien jurídico supone aceptar que el legislador valora con finalidades de protección ciertos objetos o situaciones que considera relevantes para la existencia social.

La discusión que en la historia y evolución del concepto bien jurídico se ha sostenido entre corrientes trascendentalistas y corrientes inmanentistas nos sirve para afirmar que una cosa es hablar de la validez del bien jurídico a partir la aceptación de un modelo positivista y otra, si se acepta un modelo de derecho natural⁴.

De conformidad con lo mencionado, se acepta que el bien jurídico en materia penal nace o se constituye, al tenor de la corriente positivista que aquí se promueve, por la manifestación del legislador que, previamente, de acuerdo a la escala axiológica dominante en una sociedad, valora positivamente ciertas relaciones de disponibilidad al punto de positivizarlas luego y darles el rango de bienes jurídicos penalmente tutelados.

Así pues, la pregunta frente a la legitimación o la justificación externa del bien jurídico, teniendo en cuenta el sistema al que se incorpora, sea el bien de carácter individual o colectivo, es distinta a la de su validez⁵.

3 Otros, como el profesor Fernando Velásquez Velásquez, critican la posición funcionalista mencionada, pero a partir de otra perspectiva, al afirmar: “De esta manera, entonces, es posible trasladar el centro de subjetividad del sistema social, del individuo al sistema mismo, con lo cual —de cara a la estabilidad de éste último— se le atribuye mucho más valor a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales, que al principio crítico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva” (2005, pág. 200)

4 En cuanto a los anteriores términos, debe recordarse que, en palabras de Eduardo García Máñez “La diferencia se hace consistir en el distinto fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo encuéntrase condicionada por la ocurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. Todo precepto vigente es formalmente válido” (2010, pág. 40)

5 En palabras de Luigi Ferrajoli, “La separación entre legitimación interna y legitimación externa —es decir, entre el derecho y la moral, o entre la validez y la justicia— constituye una conquista

Es por eso que el profesor Henry Solano Vélez, de acuerdo con su estudio sobre la realidad radical y su relación con el positivismo jurídico, expresó:

El contenido del derecho podrá ser justo o injusto, sin que pueda afirmarse que, siendo injusto en determinadas circunstancias, deje de ser un contenido jurídico. Ello no significa que el derecho ideal, el derecho esperado “en plenitud” sea el derecho injusto. (2012, pág. 124)

Aunque aceptamos pues que, desde el punto de vista de la legitimidad, no todo bien jurídico penal debería serlo, no significa que por ello deje de serlo.

Desde esta perspectiva, y para la búsqueda de una definición de bien jurídico, vital importancia asume la diferencia que se ha establecido entre bien e interés⁶. El derecho valora entonces positivamente ciertas circunstancias en la medida que representan intereses para el individuo.

Para nuestro caso, en el sentido propuesto por el profesor Claus Roxin, (2006, pág. 56) aceptamos que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo”. Ahora, refiriendo sólo los denominados bienes jurídicos individuales, consideramos, en el sentido de Eugenio Zaffaroni, que:

Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas (1981, pág. 240)

Por consiguiente, los bienes jurídicos colectivos, siendo también circunstancias o finalidades, operan sólo de manera instrumental al servicio de la garantía de los primeros.

De manera que, en cuanto a la categorización como bienes individuales y colectivos, se acepta la postura clásica que atiende su titular, así:

fundamental del pensamiento jurídico y político moderno. Además de favorecer (en tanto que principio axiológico) modelos de derecho penal mínimo y garantista, sirve para fundamentar (como principio teórico) por un lado la posibilidad de un enfoque científico de tipo descriptivo y por otro la de un enfoque crítico de tipo valorativo en relación con el derecho positivo” (2005, pág. 354)

6 “Interés es la posición favorable para la satisfacción de una necesidad, los medios para la satisfacción de esas necesidades son los bienes” (Carnelutti, 1944, pág. 11)

a) Dentro de los bienes jurídico-penales individuales se incluyen: a.1. los bienes jurídicos personalísimos: vida, integridad física, libertad de movimiento, libertad sexual, honor y a.2. personales: patrimonio; b) Dentro de los bienes jurídico-penales supraindividuales, se distinguen, básicamente, entre: b.1. los bienes jurídico-penales institucionales que son aquellos en los que la protección de los intereses supraindividuales aparece mediatisada por una persona jurídico-pública y b.2. los bienes jurídico-penales colectivos, esto es, aquellos que afectan —o mejor sería decir, podrían afectar— a una generalidad de personas individuales, sin mediación de un ente institucional que opere como aglutinador de la protección penal. (Santana Vega, 2000, pág. 77)

Para nosotros es el ser humano, tanto en los casos de bienes jurídicos individuales, como en los llamados bienes colectivos, el que justifica la existencia de las valoraciones que pretenden la protección de las relaciones de disponibilidad.

De ahí que profesora Santana Vega concluya:

La referencia de los bienes jurídico-penales al ser humano tendrá desde un punto de vista técnico-dogmático dos consecuencias: a) sostener un concepto material de bien jurídico y, por ende, otro de antijuridicidad “dblemente material”. a.1. la materialidad que se determina por la relación a la lesión del bien jurídico y a.2. la materialidad que se establece por la referencia del concepto bien jurídico al ser humano, b) rechazar: b.1. las concepciones monistas del bien jurídico-penal que dan prevalencia a los bienes universales por entrañar peligro de estatalismo o deshumanización y b.2. las construcciones dualistas que colocan en un mismo plano bienes jurídicos individuales y colectivos porque esto solo tiene operatividad como criterio sistemático, soslayando el problema de la jerarquización de los bienes jurídico-penales. (Ibíd., pág. 92)

Es por eso que, dígase, negamos la supuesta legitimación que se hace de bienes jurídicos colectivos como instituciones positivas que existen de forma autónoma o independiente, sin estar motivados, por lo menos, en la protección del ser humano como eje social. Es decir, para nosotros, el bien jurídico colectivo siempre tiene una función instrumental, la cual debe estudiarse en relación con el ser humano⁷. La protección autónoma de bienes jurídicos colectivos, a nuestro parecer, otorgaría un amplio margen de configuración al legislador, pudiendo incluso instrumentalizarse al derecho penal sólo para la protección de valores al parecer

⁷ En palabras de Roxin, “tal concepto de bien jurídico no puede limitarse a los bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Éstos, sin embargo, solo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual” (2008, pág. 124)

comunes e incluso solamente morales, lo cual, excedería las limitantes al ejercicio del *Ius puniendi*.

Como se ha dicho que no se admite la lesión de bienes jurídicos colectivos de forma autónoma, esto es, sin estar motivada o referida a la protección de un bien individual, se concluye que *en todos los casos en los que se utilice el concepto de delito de peligro, frente a los bienes jurídicos colectivos, deberá valorarse el peligro como concreto y efectivo, nunca de modo abstracto e hipotético*. Sólo el peligro concreto permitirá valorar el bien jurídico individual, haciendo posible la construcción del juicio de lesividad. No se admite la lesión autónoma de los bienes jurídicos colectivos, porque, por un lado, se aparta de los postulados clásicos del derecho penal que aquí se defienden y, por otro, porque afirmar la lesión sin referente individual significa construir concepciones ideales que pueden terminar en una de dos cosas, o extendiéndolo, o haciéndolo bastante discrecional al operador judicial.

3. Norma subjetiva de determinación y norma objetiva de valoración

Existe una estrecha vinculación entre injusto y normal penal. Es la norma, o mejor, el contenido que a ella se le atribuya y su función en el derecho penal, la que permite calificar normativamente una conducta de injusto.

De la relación manifestada, surgen las funciones de determinación y valoración que se atribuyen a la norma. Debe recordarse que fruto del esquema finalista en la evolución dogmática del delito, primó la idea de injusto personal, por el cual, la función de éste, y por ende de la norma penal, iba en todo caso dirigida a regular comportamientos. De allí que se considerara que lo importante era la contradicción del comportamiento realizado con lo que imponía la norma, pues, como se dijo, ésta se encargaba de imponer deberes de comportamiento.

Entonces, creyéndose superado por completo el esquema monista valorativo en materia de la norma penal, con la incorporación y auge del injusto personal, se comenzó luego a pensar si era cierto que el injusto podía fundamentarse únicamente de cara con la norma subjetiva de determinación; o si, por el contrario, también era necesario en éste un elemento propio valorativo que no mirara con el comportamiento realizado, sino con el resultado jurídico causado, función que, de cara con la perturbación de los bienes jurídicos, se le atribuyó a la norma penal entendida como objetiva de valoración.

Se acepta que los finalistas impusieron un sistema de injusto personal de difícil superación, como lo expresa Feijóo, pero no por eso, a nuestro juicio, válido:

La afirmación central de la «teoría del injusto personal» es difícilmente rebatible: si las normas penales son pautas de comportamiento, estas sólo pueden referirse a comportamientos y ocuparse de los mismos. Ni toda lesión o puesta en peligro de la vida, salud o bienes de las personas es un injusto (sucedos naturales-inundaciones, enfermedades, rayos, etc.-, supuestos de ausencia de acción) ni todo injusto implica siempre una lesión o puesta en peligro de objetos (tentativa inidónea, delitos denominados de peligro abstracto, etc. Incluso, en algunos supuestos, el mayor contenido de injusto de un hecho no depende del resultado, sino de cómo se produce el resultado (1997, pág. 19)

Como se ve, un sistema puro de injusto personal es perfectamente adecuado a la incorporación de delitos de peligro abstracto. Sin embargo, el problema, como se explicará, está en su legitimidad, si se afirma que el injusto también requiere de una valoración negativa en el resultado jurídico producido; no sólo frente al comportamiento.

Si bien es cierto que la función del derecho penal va dirigida en un primer momento a la regulación de comportamientos, mediante la imposición de deberes de conducta, (función de determinación), estos deberes siempre se imponen en relación con lo que se entiende valioso y merecedor de protección para el derecho penal o, en términos generales, bienes jurídicos, por lo cual sólo podrá ser contraria a derecho la conducta que, además de violentar el deber impuesto, lesione o ponga en peligro efectivo un bien jurídico (función de valoración).

A lo largo de las manifestaciones anteriores se ha hablado de la función imperativa y de la función valorativa de la norma, y del desvalor de acto y del desvalor de resultado como elementos estructurantes del injusto. El entendimiento inicial de los conceptos parte por aceptar que, el desvalor de acción surge de la violación al contenido de la norma en relación con su función de determinación, y el desvalor de resultado, de acuerdo al contenido de aquella en relación con su función de valoración.

Sin embargo, específicamente frente al desvalor de acto, su utilización a nivel jurídico penal es equívoca.

Huerta Tocido manifiesta que, por lo menos, puede entenderse en dos sentidos:

Una primera que lo identifica con el desvalor de la intención, esto es, con el juicio de desaprobación que recae sobre el autor por el hecho de haberse decidido a actuar de forma típica; y una segunda que, bajo dicho término,

no sólo entendería comprendido lo anterior sino, además, toda una serie de elementos específicamente objetivos que describen la forma y clase de la perpetración del hecho. (1984, pág. 32)

Por nuestra parte, consideramos que la sola intención no puede colmar al desvalor de acción, entendiéndolo de la primera manera mencionada, pues sería tanto como afirmar que la intención o motivación, por sí sola, fundamenta una valoración negativa, aun cuando la misma no se exteriorice. Por eso es que se comparte la segunda acepción, aquella que entiende que además de la intención de realización típica, se comprende todo lo relacionado con la forma y clase en que la misma se realizó. Es decir, hay elementos que rodean la acción, como la forma en que se lleva a cabo el verbo rector, que hacen parte del desvalor de acto. Todo ello, si bien plena relación tiene con el desvalor de resultado, que se verá más adelante, no hace parte de este.

Esto que se viene diciendo hasta ahora es bastante importante a la hora de justificar el injusto, específicamente el desvalor de resultado en los delitos de peligro, pues, como lo considera Mendoza Buergo:

Según la opinión doctrinal más extendida, aunque no unánime, los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente como peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. (2002, pág. 19)

De la consideración del desvalor de acción depende en gran medida la afirmación o no de un desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto. Ello por cuanto algunos afirman que el modo o forma que rodea la conducta realizada y que encuadra la intención típica hace parte, más bien, del desvalor de resultado, por cuanto del modo de realización depende en gran parte la probabilidad de lesión para el bien jurídico. Sin embargo, creemos que *esa tesis es errada*. Una cosa es la valoración ex ante de la lesión o peligro a un bien jurídico, la cual depende, además de la intención típica, del modo de llevar a cabo el comportamiento; y otra, la efectiva lesión o peligro juzgado ex post. *Lo primero siempre será desvalor de acción, mientras que lo segundo, desvalor de resultado.*

Ahora, en relación con el desvalor de resultado, se dejará por sentado que se entiende aquí por este la lesión o el peligro que un comportamiento causa a un bien jurídico.

4. El concepto de riesgo en los delitos de peligro abstracto

El riesgo⁸, como concepto jurídico referido al derecho penal, ha venido encontrando una importancia trascendental a la hora de hablar de la conformación del injusto penal. Así, es común hacer referencia a los términos “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”, “aumento del riesgo” y “concreción del riesgo en el resultado. Esto, porque desde comienzos del siglo pasado tomó fuerza en la evolución de la dogmática penal la llamada teoría de la imputación objetiva.

Richard Honig, quien fundamentó las bases de la moderna teoría de la imputación objetiva, desarrollada por Claus Roxin, expresó:

En el intento de mostrar la propiedad específica del juicio de imputación frente al juicio causal, hay que partir del hecho de que el juicio de imputación presupone, como punto de referencia de un resultado, exclusivamente una conducta humana en el sentido de manifestación de voluntad (2009, pág. 114)

En relación con lo mencionado por el autor, si bien parece evidente afirmar que el juicio de imputación objetiva presupone la existencia de una conducta humana, lo que ahora parece necesario recalcar es que desde comienzos de siglo la imputación objetiva requería, además de esa conducta (aquella que es catalogada como peligrosa o, también, generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado), de un resultado jurídico, visto no desde el plano fenoménico, sino valorativo.

Por eso, el mismo Honig menciona:

El segundo punto de apoyo para restringir el concepto causal filosófico lo ofrece el resultado. La ley lo fija como suceso, por medio de lo cual, él adquiere su significación jurídica. En él reside la lesión del bien jurídico o su puesta en peligro (Ibídem)

Posteriormente, Roxin, quien puede ser considerado el mayor exponente de la teoría de la que se viene hablando, intentó sistematizar esta a partir de la agru-

⁸ Por riesgo, en un sentido natural, entendemos la situación objetiva de peligro que existe para algo o alguien. Por lo tanto, la expresión riesgo, referenciando la posibilidad de un daño futuro, es valorada siempre *ex ante*. Así, esa posibilidad de peligro, valorada jurídicamente, asume luego características de permisión o prohibición, lo que determina, en últimas, la construcción del injusto penal de cara con el bien jurídico como fundamento de protección.

pación de varios casos en niveles de imputación, a saber: primero evaluando la creación de un riesgo no permitido, segundo verificando la realización del riesgo no permitido y, por último, a través del nivel del alcance del tipo.

En efecto, no es de recibo que la teoría de la imputación objetiva sólo aplique para los delitos de lesión, aceptando que en los delitos de peligro los criterios de imputación sean distintos, al punto de requerir sólo del primer nivel de imputación. El mismo Roxin despeja cualquier duda al respecto: “Los problemas de imputación se plantean no solo en los delitos de lesión, sino también en los delitos de peligro” (2006, pág. 403).

Una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado será aquella que, no guardando el cuidado debido, se presenta *ex ante* como idónea para afectar el bien jurídico, en términos de lesión o peligro concreto, superando el umbral permitido por el derecho, en los casos en los cuales este tolera o acepta ciertos riesgos para facilitar la convivencia social.

Si bien guardan una relación bastante cercana, los conceptos de riesgo y peligro, en términos jurídico penales no son sinónimos. Entendemos por riesgo o peligrosidad la valoración *ex ante* que concluye acerca de la posibilidad objetiva de daño a un bien jurídico, por lo que, con lo que se viene diciendo, el riesgo hace parte del llamado desvalor de acto. El peligro sería la valoración *ex post* que afirma que la conducta peligrosa efectivamente perturbó el bien jurídico, lo cual requerirá de la evaluación del bien jurídico frente al que se dio el riesgo, pues, como se ha visto, en caso de ser colectivo deberá tener en cuenta la finalidad del mismo⁹. Para nosotros, puede haber riesgo sin peligro, lo que ocurre, por ejemplo, en la falta al deber de cuidado que no produzca resultado alguno al bien jurídico. Si la falta al deber de cuidado ocasionó un resultado en el mundo exterior que casi termina en la lesión de un bien jurídico, existirá un peligro.¹⁰

9 Luhmann propone, por su parte, una diferencia entre riesgo y peligro, pero distinta a la que aquí se asume. Así: “Nos serviremos, más concretamente, de la distinción entre riesgo y peligro. Esta distinción supone (y así se diferencia precisamente de otras distinciones) que hay una incertidumbre en relación a daños futuros. Se presentan entonces dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente; y en este caso, hablamos de peligro” (1992, pág. 37).

10 Aun cuando afirmamos la existencia de un peligro efectivo, no admitimos, dogmáticamente, la posibilidad de plantear una tentativa culposa, pues se afirma que toda tentativa requiere de una finalidad lesiva al bien jurídico.

Como se ve, mencionada brevemente la teoría de la imputación objetiva, es posible plantear una relación entre los conceptos de desvalor de acto, creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, violación objetiva al deber de cuidado¹¹ y peligrosidad de la conducta¹².

Con lo dicho hasta ahora se ha pretendido expresar que, en materia de injusto, una cosa es el desvalor de acto, y otra el de resultado, y que, llevados ambos términos a la teoría de la imputación objetiva, una cosa es que se cree un riesgo desaprobado por el ordenamiento y otra que se materialice el riesgo en el resultado, a través de la afectación del bien jurídico. Entonces, *no hay injusto cuando solo hay desvalor de acto, y no hay imputación cuando solo hay creación de un riesgo desaprobado*. Como bien lo menciona Günter Stratenwerth, “La cuestión de si el resultado producido se basa en un peligro creado o aumentado por el autor se puede decidir adecuadamente sólo según una irrestricta apreciación ex post” (2009, pág. 205)

5. Imposibilidad jurídica de verificar el desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto

Pese a que a lo largo de la evolución de la dogmática moderna, específicamente en relación con la denominada sociedad del riesgo en materia penal, los análisis en relación con los delitos de peligro abstracto son comunes, las tesis que pretenden

11 De ahí que, como se vio, algunos expliquen los delitos de peligro abstracto a través de los delitos imprudentes, pues es evidente que tienen muchos aspectos en común. Ahora, específicamente frente al concepto de riesgo permitido, ha sido la dogmática del delito imprudente quien, con mayor riqueza conceptual, ha explicado el concepto. Por ejemplo, Feijóo, explica la relación entre riesgo e imprudencia, así: “La ciencia jurídico-penal se ha dado cuenta de que no siempre que existe un conocimiento de la peligrosidad abstracta de una actuación se puede hablar de imprudencia. Si así fuera, el derecho penal estaría actuando como un contrapeso insoportable para el desarrollo de la vida moderna y para el desarrollo de la vida en comunidad. En relación a esta constatación de la realidad se ha insistido muchas veces en la idea de que “toda conducta social encierra riesgos para los otros integrantes de la sociedad. A partir de esta idea surge la teoría del riesgo permitido como una teoría básica para el desarrollo de una teoría moderna del delito imprudente” (2003, pág. 289)

12 Claro está, salvo el caso denominado por Roxin como la disminución del riesgo, no existiendo en él imputación objetiva pues para el autor no se ha creado un riesgo no permitido. La salvedad se presenta pues, en el caso citado, debe valorarse el resultado de cara con el bien jurídico, lo que sería ya no sólo un aspecto referido al desvalor de acto, sino también al desvalor o valor de resultado.

dar razón de un juicio jurídico sobre el resultado son insuficientes, pues, como se manifestó desde el comienzo de este escrito, parece que en los delitos de peligro abstracto sólo es posible identificar con claridad el denominado desvalor de acto, producto de la consideración de la función de la norma penal como norma subjetiva de determinación.

Las tesis que buscan una explicación del desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto podrían agruparse así: primero, las teorías que presumen el desvalor de resultado o la afectación del bien jurídico solo con la comprobación de la acción peligrosa. En un segundo nivel, aquellas teorías que parten de criterios ideales en torno a la justificación de la lesión o del peligro como desvalor de resultado, entendiendo por “ideal” la pretensión de construcción de un desvalor de resultado frente a objetos abstractos o difusos, por lo que, si bien se les reconoce el hecho de querer exigir un desvalor de resultado comprobable, se les puede criticar que las construcciones utilizadas —las que pueden en últimas ser catalogadas como normativas en extremo—, no son capaces de llenar con un contenido sujeto de verificación el desvalor, dando lugar a que se termine castigando por el solo comportamiento peligroso; y en tercer lugar, las tesis que, con base en consideraciones todas relativas al desvalor de acción, colman la configuración del desvalor de resultado, lo que en otros términos sería la confusión entre ambos desvalores en un solo juicio.

Todo lo anterior es producto lógico de asumir que el peligro, en los delitos de peligro abstracto, no es un elemento del tipo penal, sino sólo el motivo que tuvo el legislador al momento de la creación típica. Al no ser un elemento esencial del tipo, no debe exigirse su comprobación, pero, no exigiéndose ésta, los requerimientos del injusto se satisfarían con el sólo desvalor de acto y, por ende, en el proceso penal bastaría con demostrarse la peligrosidad de la conducta, sin ninguna valoración al bien jurídico. Es decir, la imposibilidad jurídica de demostrar el desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto termina por aminorar los límites formales y materiales que supone un juicio de responsabilidad penal.

Situación distinta ocurre en los denominados *delitos de peligro concreto*, pues en estos el peligro sí es un elemento del tipo penal y, por ende, desvalor de acto y de resultado pueden ser objetos de comprobación. El desvalor de acto requeriría la comprobación de la acción peligrosa en los términos mencionados y el desvalor de resultado se construiría por la verificación de la afectación del bien jurídico colectivo con el que se anticipan las barreras de protección al bien jurídico individual, es decir, la comprobación del peligro concreto sería un análisis en relación con el peligro demostrable al bien jurídico individual que indirectamente se protege mediante la tipificación.

6. De las cargas procesales en la investigación y juzgamiento de los delitos de peligro

Como hemos dicho, no consideramos posible plantear una desvinculación entre los estudios dogmáticos y el proceso penal, independientemente del modelo que éste último asuma, pues se ha creído, erradamente, que en procesos de tipo acusatorio las formas técnicas eliminan la esencia, teniendo sólo relevancia las tantas reglas que rodean los procesos del tipo mencionado.

Por esa razón, de la misma manera que es deber de la dogmática jurídica abrir sus interpretaciones a los cambios sociales que exigen del derecho reacciones, el proceso debe aceptar las condiciones que en materia sustantiva se plantean y exigir de cada uno de los actos reglados que conducen a la afirmación o no de responsabilidad penal, una carga argumentativa en relación con la existencia del delito, dogmáticamente entendido, y no simplemente una demostración mediática de control punitivo desbordante.

Si reconocemos entonces que la esencia del delito está en el injusto penal, no debe el proceso desvincularse de los condicionamientos dogmáticos que surgen de la forma en que creemos correcta la interpretación de los delitos de peligro, por lo que, si se está investigando y juzgando un supuesto delito de los mencionados, siempre deberá valorarse o interpretarse como de peligro concreto y en relación con un bien jurídico individual, facilitando la verdadera conformación del injusto dual y haciendo coherentes las exigencias del derecho penal sustantivo con el proceso penal.

De allí que expresemos que las cargas argumentativas que exige la construcción del injusto penal en los delitos de peligro deben materializarse en los distintos actos procesales que buscan la afirmación de la responsabilidad penal.

Veamos de dónde surge lo planteado: la afirmación de responsabilidad penal requiere del cumplimiento de todas las formas jurídicas propias por las que discurre la finalidad del proceso. Es la esencia del proceso la averiguación técnica del delito como construcción jurídica y es el delito, como construcción jurídico-dogmática, una conducta típica, antijurídica y culpable.

Entonces, siempre, el objeto del proceso vincula los estudios sustantivos. En palabras del profesor Gaitán Mahecha, “El objeto del derecho procesal penal está, pues, vinculado y dirigido al estudio de las formas legales propias para realizar la función del Estado en cuanto a la represión de los delitos, por medio del procedimiento” (1958, pág. 6).

Aunque sea una verdad de Perogrullo, suele olvidarse que el proceso penal existe en la medida en que se busca verificar o no la existencia del delito. Es decir, las categorías de delito y proceso guardan una íntima relación existencial.

Si el proceso existe en cuanto medio de investigación de delitos, la consideración dogmática de este como conducta típica, antijurídica y culpable debe estar presente durante todos los actos reglados que dan lugar a la afirmación de responsabilidad penal, aun cuando las cargas argumentativas sean distintas, desde la imputación o fase inicial del proceso, al juicio oral o fase final.

Reparemos cómo, en nuestra legislación, lo anterior tiene consagración:

El Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó la Constitución en su artículo 250, permitiendo la incorporación de un sistema de procesamiento penal con un énfasis acusatorio, establece, “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito”. Para nosotros es claro entonces que el proceso penal no es más que el entorno de los estudios dogmáticos.

Con acierto, el profesor Ricardo Molina López, en el sentido por nosotros planteado, estima:

Si el proceso penal es un instrumento que sirve para aplicar el Derecho penal sustantivo al caso concreto, el modelo de proceso penal que se adopte viene determinado por la particular concepción del delito que el ordenamiento penal sustantivo haya asimilado en su Parte general, y por la configuración que realice de los tipos penales en la Parte especial. (2012, pág. 87)

Un derecho penal esencialmente preventivo, en el cual basta la comprobación del desvalor de acto como fundante del injusto en los delitos de peligro, dará lugar también a un proceso penal únicamente preventivo, que termine por aminorar los límites y las garantías que se exigen en los modelos de Estado propios de un derecho penal mínimo.

Es decir, *la Fiscalía General de la Nación tiene el deber, en los casos de investigación de delitos de peligro, de demostrar con claridad no sólo el desvalor de acción, lo que hará con la comprobación de la peligrosidad ex ante del comportamiento, sino también el desvalor de resultado*. En los casos de los delitos de peligro concreto, el desvalor de resultado requerirá de la comprobación de la afectación del bien colectivo en relación con el bien individual, o de la situación del bien jurídico individual luego de la realización de la acción peligrosa, si no existe ningún bien colectivo que opere como anticipación de las barreras de protección.

Los casos de delitos de peligro abstracto deberán ser interpretados siempre como de peligro concreto, haciendo del peligro un elemento propio del tipo penal y exigiendo la comprobación del desvalor de resultado como en el evento anterior, pues de lo contrario carecerían de justificación racional.

Todo lo visto conduce a afirmar que la carga probatoria, tanto del desvalor de acto, como del desvalor de resultado, recae en la Fiscalía, siendo luego el juez penal el encargado de la verificación de la comprobación de cada elemento del injusto penal.

La sola comprobación del comportamiento peligroso invertiría la carga de la prueba, de la fiscalía, al acusado, al punto tal de presumir el injusto donde verdaderamente no lo hay, presunción que sólo se desvirtuaría con la comprobación defensiva de ausencia de desvalor de resultado; lo que, a todas luces, atenta contra las máximas generales que en materia probatoria deben redundar como limitantes al ejercicio irracional y desproporcionado de los procesos de criminalización.

Pero, además, todo esto acarrearía una presunción de culpabilidad, pues del solo desvalor de acto se presumiría responsable al sujeto de investigación. Veamos el sustento de nuestra afirmación.

El estudio de la presunción de inocencia, parte, en palabras del jurista italiano Luigi Ferrajoli, de lo siguiente:

Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. (2005, pág. 549).

Entonces, si no existe medio probatorio alguno que conduzca a afirmar la lesión o el peligro efectivo al bien jurídico, causado con el comportamiento peligroso considerado desde una perspectiva *ex ante*, realmente no debe ser desvirtuada la presunción de inocencia, pues aún no se ha demostrado la existencia del delito; sin embargo, en la investigación y juzgamiento de delitos de peligro parece ocurrir lo contrario, al indicar, aunque sea de forma tácita, que la sola peligrosidad del comportamiento presumiría la perturbación al bien jurídico penalmente tutelado.

Si bien el proceso penal debe garantizar la aplicación del derecho penal sustutivo al caso concreto, los nuevos retos a los que se enfrenta el control punitivo estatal no deben hacer que este ceda a los límites planteados, por un lado, por un sistema penal acorde con los proyectos de un modelo constitucional y democrático de derecho y, por otro, a las garantías que un modelo dogmático por siglos ha pretendido elaborar frente a la constante búsqueda de una racionalización de la respuesta penal. No puede menos el proceso penal que aceptar las formulaciones

dogmáticas, pues estas, en últimas, son garantías en relación con la arbitrariedad que tan fácilmente puede surgir en la aplicación del derecho penal.

Las nuevas formas delictivas que son hoy patrimonio de la humanidad, con o sin razón de ser (drogas, terrorismo, medio ambiente, economía nacional y tributos fiscales, derecho penal relativo a la informática, entre otros), amenazan con destruir el edificio de la administración de justicia penal elaborado durante casi dos siglos y criticado hoy universalmente, a diestra y a siniestra, por impracticable. (Maier & Struensee, 2000, pág. 30)

En síntesis, aunque se reconoce que la argumentación frente al delito varía en cada etapa procesal, de menos a más, en todas debe hacerse referencia al delito, dogmáticamente entendido, por lo que, conforme a lo dicho, en los delitos de peligro no basta sólo con afirmar el juicio *ex ante* para considerar satisfecha su argumentación en relación con el injusto penal¹³.

7. Conclusiones

El carácter instrumental del proceso penal vincula a éste directamente con el derecho sustantivo. Los estudios dogmáticos deben condicionar la interpretación de las formas jurídicas. Es por eso que, aun en sistemas de tipo acusatorio, es un error plantear una desvinculación entre la dogmática y proceso penal. La criminalización de comportamientos a modo de tipos de peligro abstracto es una constante en las legislaciones penales actuales. En Colombia, no son pocos los casos de los tipos penales que acuden al “peligro” como fundamento del injusto. La anticipación de la protección penal de bienes jurídicos a estadios previos a su lesión supondrá siempre una pregunta frente a la legitimidad de un derecho penal, con características de mínimo, en aquellos eventos donde reviste una importancia superlativa el desvalor de acto en comparación con el juicio sobre el resultado jurídico.

A partir de las razones que preganan la existencia de un derecho penal rodeado de garantías y que justifican su intervención sólo cuando se demuestre una perturbación de un bien jurídico penalmente tutelado, consideramos que el delito de peligro abstracto es, por esencia, ilegítimo, en atención a que sus contenidos no

13 En la misma línea, y como crítica del sistema de procesamiento actual, estima Alfonso Cadavid: “Sorprendentemente el grueso de las imputaciones efectuadas ante nuestros jueces resultan carentes de cualquier reflexión acerca por ejemplo, de la lesividad en los delitos de peligro; haciendo de la imputación un juicio absolutamente formal” (2013, pág. 1286)

se corresponden con las exigencias del injusto penal dual al que parece reconducir un derecho penal mínimo. Un planteamiento conclusivo similar lo expresa el profesor Sergio Moccia, así:

En este contexto queremos recalcar la incompatibilidad existente, desde diversas perspectivas entre la utilización de tipos de peligro abstracto y un sistema penal garantista en un sentido formal y substancial. Nos referimos, como es de sobra conocido, a supuestos de hecho cuya realización, desde el punto de vista de la ofensividad, no requieran ni la causación de un daño, ni la creación de un peligro real para el bien en cuestión. De hecho, la total ausencia de lesividad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, soslayando cualquier otra consideración, hace difícilmente aprehendible el desvalor del acto, tanto para la globalidad de los ciudadanos como para el eventual reo. Éste no podrá darse cuenta de la extrema gravedad de su conducta —solo «abstractamente» peligrosa. (1997, pág. 136)

El injusto requiere una evaluación a partir de su fundamento de existencia: “el bien jurídico”. Son los bienes colectivos aquellos que de mejor manera se prestan para la configuración de delitos de peligro abstracto, pues en ambos, lo difuso e inmaterial compone su esencia.

Se toma postura aquí por la legitimidad de los delitos de los delitos de peligro, pero sólo si estos se interpretan siempre como de peligro concreto. En estos el peligro es un elemento del tipo, el cual servirá para construir la desvaloración en sede de resultado. Frente a los denominados de peligro abstracto, proponemos que se valoren de forma que permita verificar el peligro como elemento del tipo y no solo como razón o motivo de existencia.

La existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado es requisito necesario, más no suficiente, para realizar el juicio de imputación. Se quedan cortos los planteamientos que, bien pretenden omitir la comprobación del juicio sobre el resultado producido, bien lo confunden con la peligrosidad del comportamiento, o bien lo presumen.

Todas las anteriores consideraciones dogmáticas, en relación con la construcción del injusto penal en los delitos de peligro, deben condicionar las formas jurídicas por las que discurre el juicio de responsabilidad penal. Sólo de esa forma es posible articular las exigencias de un sistema penal, con características de mínimo, y las nuevas exigencias de respuesta estatal a la conducta que se considera desviada.

Referencias

- Cadavid, A. (2013). Dogmática penal y sistema acusatorio. En F. Velásquez Velásquez, et al (Ed.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado* (Vol. II, págs. 1269-1288). Bogotá: Ibañez, Universidad de los Andes, Universidad Pontificia Bolivariana, EAFIT, Universidad Sergio Arboleda.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de derecho procesal civil* (Vol. I). Buenos Aires: UTHEA.
- Feijóo, B. (1997). *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*. Madrid: Colex.
- _____. (2003). *Resultado lesivo e imprudencia*. Bogotá-Barcelona: Universidad Externado de Colombia-JM BOSCH.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón* (Séptima ed.). Madrid: Trotta.
- Gaitán Mahecha, B. (1958). *Esquema de derecho procesal colombiano*. Bogotá: Temis.
- García Mányez, E. (2010). *Introducción al estudio del derecho* (Sexagésima segunda ed.). México: Porrua.
- Honig, R. (2009). Causalidad e imputación objetiva. En M. Sancinetti (Ed.), *Causalidad, Riesgo e imputación* (págs. 105-134). Buenos Aires: Hammurabi.
- Huerta Tocido, S. (1984). *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid: Tecnos.
- Luhmann, N. (1992). *Sociología del riesgo*. (J. Torres, Trad.) Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Maier, J., & Struensee, E. (2000). Introducción - Las reformas procesales penales en América Latina. En J. Maier, K. Ambos, & J. Woischnik (Edits.), *Las reformas procesales penales en América Latina* (págs. 17-34). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Mendoza Buergo, B. (2002). *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares.
- Moccia, S. (1997). De la tutela de bienes a la tutela de funciones. En J. M. Silva Sánchez (Ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro homenaje a Claus Roxin)* (págs. 113-144). Barcelona: JM BOSCH.
- Molina López, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad de los Andes, Ibañez.

- Roxin, C. (2004). La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. En F. Muñoz Conde (Ed.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (págs. 389-421). Valencia: Tirant lo Blanch.
- _____. (2006). *Derecho penal Parte General* (Segunda ed., Vol. I). (D. Luzón Peña, Trad.) Madrid: Civitas.
- _____. (2008). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En C. Roxin, *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Santana Vega, D. (2000). *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson.
- Solano Vélez, H. (2012). *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho*. Medellín: Diké.
- Stratenwerth, G. (2009). Observaciones sobre el principio del incremento del riesgo. En M. Sancinetti (Ed.), *Causalidad, riesgo e imputación* (págs. 201-216). Buenos Aires: Hammurabi.
- Velásquez Velásquez, F. (2005). El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. *Revista de derecho penal y criminología N° 15*, 197-220.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de derecho penal Parte General* (Vol. III). Buenos Aires: Ediar.

V

Verdad, certeza y duda: las cuestiones en torno de la cadena de custodia de las pruebas en el proceso penal

Geraldo Prado¹

Resumen

El presente ensayo trata sobre la cuestión de la fiabilidad probatoria en el proceso penal. El argumento central consiste en el reconocimiento de la relevancia jurídico penal del esquema de ingreso de los elementos probatorios, en un procedimiento en cuyo ámbito, posteriormente, estos elementos probatorios deberán ser objeto de evaluación y se refiere específicamente, a la cuestión de los controles epistémicos comprendidos en esta etapa como “controles de entrada”. Examina la “prueba sobre la prueba”.

Palabras clave: Prueba. Derecho probatorio. *Common law*. *Civil law*. Verdad. Certeza. Duda.

¹ Texto base de la comunicación del autor en el ámbito del I Seminario Internacional sobre Perspectivas y Retos del Proceso Penal: *in memoriam, Francesco Cornelutti*, organizado por la Universidad Pontificia Bolivariana en Medellín, Colombia, el día 17 de septiembre de 2015. El autor se graduó en Derecho en la Universidade do Estado do Rio de Janeiro, es Máster en Derecho de la Universidade Gama Filho y Doctorado en la misma institución. Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), del Instituto Carioca de Criminología (ICC) y del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

1.

Mis palabras iniciales son de agradecimiento a la Universidad Pontificia Bolivariana por la gentil invitación para participar de este Seminario Internacional en memoria de Francesco Cornelutti.

Se trata de una iniciativa que al mismo tiempo que presta el merecido homenaje a quien inspiró el estudio del derecho procesal en América Latina, a un nivel elevado, fortalece los lazos y la complicidad teórica entre los juristas latinoamericanos hermanados por el proyecto de lucha contra todas las manifestaciones de desigualdad y en favor de la libertad.

Realizar un seminario internacional, que contara con la participación de profesores españoles y alemanes en este lugar al que Isabel Allende afortunadamente definió como “pedazo de corazón” o “un corazón partido”, por su forma, tiene el sentido de colocar en destaque la reacción de las fuerzas progresistas y de transformación, inconformadas con el nuevo *status quo* propuesto para la ciencia por el *establishment*.

Reacción, conviene subrayar, que ha operado en especial contra la onda neoliberal que provocó euforia en Europa Occidental, en los años 90, y también en la década siguiente en Brasil, incluso en el dominio de gobiernos situados más a la izquierda, pero que se transformó en un *tsunami*, que progresivamente avanza sobre las conquistas sociales y políticas de un imperfecto panorama de *bienestar social* de nuestras sociedades semiperiféricas y que comprende también los modos de producción científica y de distribución de capital científico entre sus agentes. Dije eso recientemente, en Portugal, y lo repito en Medellín. Este es el contexto académico en que esta comunicación es presentada, puesto que tiene como objetivo contribuir en el perfeccionamiento de las prácticas penales en su doble dimensión: asegurar la dignidad de las personas implicadas en la persecución penal y mejorar la calidad epistémica de las actividades de persecución penal.

El presente ensayo está inserto, por lo tanto, en este horizonte de colaboración recíproca y en líneas generales busca mirar en dirección al futuro.

Claro que si hay una inspiración carneluttiana, el tema de la prueba penal está fuertemente presente.

Presente porque en 1965, la Rivista di Diritto Processuale, editada por la Cedam, publica, en su volumen XX (II Serie), p. 4-9, el ensayo intitulado “Verità, dubbio e certezza”, que representa una especie de ajuste de cuentas del maestro con un

pasado de creencia en una verdad que puede ser investigada con tal precisión en el proceso criminal, que terminó por condicionar la propia concepción de proceso penal defendida por Cornelutti.

Su conclusión, de que “la verdad está en el todo, no en la parte, y el todo es demasiado para nosotros”, que lo motiva a declararse dispuesto a substituir el objetivo del proceso, de “búsqueda de la verdad” por “búsqueda de la certeza” parece chocar con la sólida convicción, muy bien percibida por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en el prólogo a la traducción para el español del clásico “Lecciones sobre el proceso penal”², que la finalidad del proceso penal de conocimiento es el “acertamiento” del delito.

De hecho, era lo que sustentaba Cornelutti, en el Título Primero (“De la declaración de certeza en cuanto al delito”, ítems 55 y siguientes) y que, en alguna medida, él mismo había resuelto cuestionar en uno de sus últimos escritos.

El aspecto parcial del tema, del que me ocuparé, trata justamente de negar las posiciones extremadas, de confianza absoluta en la obtención de una verdad material por el proceso y de negación de las “virtudes” operativas de la idea de verdad, en un seductor diálogo con posiciones escépticas, para centrarme en lo que me parece fundamental: en el Estado de derecho, el proceso de determinación de la responsabilidad penal de alguien debe estar condicionado por reglas, que son reglas jurídicas, evidentemente, mas también epistemológicas, de tal manera que la sentencia emitida exprese una cualidad de verdad que legitime el ejercicio del poder punitivo.

Entre los extremos a los que se puede llegar, contemplando la posición de Cornelutti, hay posiciones intermedias, que valoran el proceso como método racional-legal de resolución de casos penales, limitando el arbitrio que los extremos terminan por proporcionar.

La cuestión tal vez pase por comprender, como subrayó Alcalá-Zamora y Castillo, en el referido prólogo, que para Cornelutti el proceso penal era antes un “derecho penal procesal”, esto es, un método orientado a determinar la punición de autores de delitos, que no podrían quedar impunes, mientras que visto por el ángulo del Estado de derecho este proceso busca contener los abusos inherentes a la represión penal, aún a costo de no punir a todos los agentes culpados.

La forma en que me imagino que se puede controlar el ansia de punición, que inspira ideológicamente a muchos de los que ejercen la jurisdicción penal, en

2 Buenos Aires: El Foro, 2002. Vol. 1, pág. 14.

América Latina, pasa por técnicamente separar las actividades concernientes a la prueba penal y distinguir aquellas relativas a la fiabilidad probatoria, de las que se refieren a la evaluación de la prueba.

La fiabilidad probatoria se refiere al esquema de ingreso de los elementos probatorios en el procedimiento en cuyo ámbito, posteriormente, estos elementos podrán ser objeto de evaluación. El tema está encuadrado en el horizonte de los controles epistémicos, comprendidos como “controles de entrada” de los elementos probatorios.

Solamente cuando son superados de manera satisfactoria estos controles es posible pasar a la etapa de la evaluación de la prueba.

Los controles epistémicos tienden a funcionar como antídotos contra el decisionismo y los obstáculos al retorno inquisitorial de la “verdad real” al proceso penal latinoamericano. Por eso el tema: la importancia de la preservación de la cadena de custodia de las pruebas en el proceso penal.

Difícilmente el proceso penal llegaría al nivel de calidad técnica, sin la preciosa contribución del maestro Francesco Carnelutti.

Como el deber de las generaciones futuras consiste en avanzar “a partir de ahí”, creo que está justificada la forma de homenaje.

2.

El punto de partida es garantista. La existencia de un enlace entre verdad, prueba y proceso penal configura condición de posibilidad de un proceso penal ajustado a los mandamientos del Estado de derecho y en estos términos la presunción de inocencia constituye el principio rector del proceso penal.

La presunción de inocencia rige el proceso penal en el Estado de derecho y solamente por medio del proceso ha de considerarse válida la condenación de alguien (Sanches-Vera Gómez-Trelles 2012, 35)³.

3 Sobre el concepto construido a partir del consenso dogmático acerca del papel funcional de la presunción de inocencia: “Frente a todo lo anterior, el mejor entendimiento del principio de la presunción de inocencia ha sido desarrollado de forma monográfica por Stuckenberg – quien habla significativamente del <<valor normativista de la presunción de inocencia >> -, concepto al que Roxin y otros se han adherido. Dicho *nuevo* concepto no pasa tanto por una suerte de realidad procesal de un encausado todavía inocente, sino por la existencia misma del proceso.

En este sentido, la prohibición de desautorización del proceso, efecto directo de la presunción de inocencia, encuentra perfecta traducción en el axioma “no hay pena sin proceso”, máxima garantista que Luigi Ferrajoli designa como fundamental, en una perspectiva de estricta jurisdiccionalidad del castigo. La obligatoriedad del proceso, sin embargo, no es algo que posea valor por sí, al punto de dispensar el trabajo intelectual de reducción de su complejidad por intermedio de la captación de las funciones del propio proceso penal.

“Proceso” en este caso no significa cualquier tipo de proceso. La condición de método de definición de la responsabilidad penal de la persona acusada de la práctica de una infracción penal reclama que el “proceso” sea concebido a partir de una perspectiva analítica que considere su función y finalidad.

De esta manera, si el juicio de partida de toda investigación penal es la duda, afirmada por la presunción de inocencia, y la punición solamente estará legitimada cuando esté superado este estado de duda, el tipo de “proceso” adecuado constitucionalmente es aquel que se caracteriza por hacer viable el conocimiento de la infracción penal y su autoría en un esquema lógico y jurídico que esté apto para apoyar la decisión en un determinado contexto de “verdad”.

Luigi Ferrajoli resalta, por lo tanto, la fuerza jurídico-política del esquema epistemológico y normativo que, a partir del nexo entre verdad y legitimidad, definirá “la naturaleza específica de la jurisdicción en el moderno Estado de derecho” (Ferrajoli 2009, 95)⁴.

En efecto, la definición de *nulla poena sine iudicio* exige que se comprenda la función (re)cognitiva del proceso, asumido como condición para fundamentar la obligatoriedad de la decisión que sea adoptada (Sánchez-Vera Gómez-Trelles 2012, 37)⁵, de modo que exija que el proceso esté estructurado y sea capaz de constituirse en terreno jurídico de verificación y refutación de las tesis antagónicas deducidas por la acusación y defensa.

Es en la supervenencia del proceso como tal, donde el principio de la presunción de inocencia hunde sus raíces y encuentra su fundamento; exclusivamente. A través del concepto de proceso y de su subsistencia se logra superar la sensación que la presunción de inocencia es una mera fórmula ampulosa vacía de contenido. La función del proceso penal reside en fundamentar la obligatoriedad de la decisión que sea adoptada”. Sánchez-Vera Gómez- Trelles, Javier. Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 35.

4 Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón: Teoría del garantismo penal. 9^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 36/97 (particularmente en la p. 95). Obra citada, p. 69.

5 Sánchez-Vera Gómez- Trelles, Javier. Variaciones sobre la presunción de inocencia, obra citada, p. 37.

3.

La configuración del proceso penal como método de verificación de una determinada verdad – o mejor, de la constatación del carácter verdadero de la acusación–tiene en cuenta el hecho de que la verdad perseguida en el curso del proceso penal, que tiene como meta la superación de un estado de duda para el de certeza, no tiene una “naturaleza ontológica”, tampoco se encuentra accesible para, como por arte de magia, conducir a los sujetos procesales a un viaje en el tiempo, al pasado, para verlos hechos como en realidad ocurrieron.

El denunciado aspecto complejo del recorte de la realidad que se torna objeto del proceso penal está asociado, como destaca Winfried Hassemer, a elementos normativos de orden penal (particularidades de una realidad mayor), y al interés jurídico del que los sujetos son titulares, en el sentido de demostrar o refutar la existencia de estos hechos específicos (tipo de injusto penal o la coartada), extraídos de un complejo mayor (la realidad), operación realizada conforme parámetros de respeto a los derechos humanos que demarcan el Estado de derecho (Hassemer 2009, 18)⁶.

Michele Taruffo señala que “el proceso constituye un contexto jurídico” (Taruffo2002, 90)⁷. No se trata, pues, de investigar cualquiera de los hechos, aunque puedan tener relevancia política, económica, cultural, etc. El contexto que delimita la investigaciones jurídico y, como menciona Taruffo, “en el proceso los hechos en relación a los cuales ha de establecerse la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica” (Taruffo2002, 91)⁸.

4.

En este terreno la “verdad” cumple la función de indicador epistémico y sirve al propósito de distinguir –teóricamente y en relación con sus consecuencias prácticas–un tipo de proceso basado en la investigación y demostración de los hechos penalmente relevantes bajo la inspiración de límites éticos, de aquel fundado en

⁶ Hassemer, Winfried. *La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal: la medida de la Constitución*. México: Ubijus Editorial, 2009, p. 18.

⁷ Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 90.

⁸ Traducción libre. Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*, obra citada, p. 91.

la determinación de la responsabilidad penal a partir del consenso o en bases caprichosas, insondables por medio de criterios de apreciación adecuados.

La adopción de la categoría “verdad” como indicador epistémico se revela, pues, funcional a fin de proporcionar al proceso de una meta y simultáneamente definir los límites éticos, políticos y jurídicos de la actividad de investigación de la verdad material (Dworkin 2014, 262-265)⁹.

El contexto jurídico del proceso resulta de la elección política del Estado de derecho que es por sí fruto de una elección ética.

Para comprender la opción teórica cabe hacer notar, pues, que se recurre a la categoría oriunda del rico pensamiento de Michel Foucault, que este autor tomó de la “arqueología del saber”, y, por lo tanto, de la *episteme* como objeto de “descripción arqueológica”, para la genealogía del poder, con la introducción del “dispositivo” como categoría central de una nueva perspectiva analítica que, notando las limitaciones de la enunciación de los discursos de las diferentes *epistemes*, no pudiendo describirlos cambios, sino solamente apuntar hacia los resultados exigido de sí la postura de análisis del poder y de sus relaciones entre lo “discursivo y lo no discursivo” (Castro 2009, 124)¹⁰.

5.

El carácter original del abordaje de la cadena de custodia de las pruebas en el proceso penal brasileño busca beneficiarse de ese “doblez”, que no significa exactamente ruptura, pero que se revela como una mirada diferente para el viejo problema categorial de la prueba penal y su relación con la verdad material.

Observadas las debidas proporciones, la trayectoria intelectual de Michel Foucault sirve, por lo tanto, como metáfora del estado de espíritu de las ciencias penales en Brasil, teniendo en cuenta que no hay una correlación directa entre la sofisticación teórica del autor de “La arqueología del saber” y de la “Microfísica del poder” y el aparato metodológico que inspira el pensamiento conservador brasileño.

9 Perspectiva complementaria, en mi opinión, es la de Ronald Dworkin, que juega con el criterio binario de concepto criterial y concepto interpretativo para elucidar la función de la “verdad” en el discurso moral. Dworkin, Ronald. A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 262-265.

10 Castro, Edgardo. Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Traducción de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Auténtica, 2009, p. 124.

Aun así, cabe destacar que mientras buena parte de los juristas brasileños con influencia en el escenario político y presencia en la comunicación social –dicho sea, dominada monopolísticamente por algunas pocas familias en un sistema oligárquico–pauta su producción intelectual por una “arqueología del saber jurídico-penal”, aunque con impropiedad y a veces de manera vulgar, los pensadores jurídico-penales con formación crítica siguen relegados al plano secundario, con notable pérdida de espacio en las instituciones universitarias¹¹.

En el campo del proceso penal, más debilitado porque no tiene en Brasil una tradición fundada en la crítica, eso es bastante evidente.

La propia tentativa de comprensión de las tareas probatorias en el campo procesal penal se agota en descripciones imprecisas de lo que se supone es el diseño normativo que puede ser extraído de una lectura de la Constitución de 1988. Las explicaciones sobre los excesos judiciales anotados en el día a día forense, a su vez, son atribuidas a las imperfecciones técnicas que resultan de dos órdenes de factores: una genética autoritaria intuida de la propia historia de nuestras instituciones políticas, entre las cuales se encuentra el poder judicial; y la débil preparación teórica de los jueces, que en su mayoría no sabrían aplicar la constitución al caso concreto.

El análisis en estos términos es pobre, incompleto y en alguna medida incorrecto. Parece poco probable, sin embargo, que el panorama cambie si no son alteradas las condiciones de investigación de la realidad.

Cuestiones relacionadas con la protección del interés vital de individuos que viven bajo el estigma incriminador, y que bajo tal estigma están sujetos a una “acomodación funcional” a los estratos sociales más vulnerables, colocándose de relieve cuestiones como la protección de su domicilio, la garantía de su integridad física y psicológica contra la tortura, y la preservación de las condiciones de su autodeterminación informativa, más allá del derecho de participar activamente de un procedimiento penal que no esté codificado lingüísticamente a punto de necesitar de “desciframiento” [“no participo activamente de aquello que no consigo comprender”] son posibles de ser formuladas solamente si las relaciones

11 Aquí cabe el registro de la jubilación por edad de los prof. Nilo Batista, Juarez Tavares y Juarez Cirino dos Santos y la negativa de las universidades públicas de mantenerlos en sus plantillas, en régimen especial previsto en ley, como ocurrió, por ejemplo, con Juarez Cirino dos Santos. Los episodios que cercan el concurso público para profesor de Derecho Penal y Criminología, del cual participó el prof. Salo de Carvalho, a fines de 2013, en la UFRGS, igualmente dan la medida de las dificultades concretas enfrentadas por los pensadores críticos. El citado concurso, en el cual fue perjudicado el prof. Salo de Carvalho, referencia del pensamiento crítico, fue anulado en el año 2014.

de poder que el fenómeno penal expresa pudieran ser capturadas por medio de herramientas teóricas adecuadas.

Y “captura” aquí tiene el sentido menos descriptivo de la realidad y más abarcador, puesto que los rigores metodológicos de la analítica tradicional tienden a clasificar los objetos de análisis y reunirlos conforme identidades o afinidades que les confieren cierta homogeneidad.

El desafío que la expansión del encarcelamiento propone al científico social y al jurista crítico del proceso penal – con datos que hablan claramente de selectividad y manipulación del poder penal (Husak 2013)¹²– consiste en dar un salto metodológico de lo homogéneo para lo heterogéneo y percibir “la naturaleza del nexo que puede existir entre esos elementos heterogéneos” (Castro 2009, 124)¹³.

6.

Este salto consiste en el empleo de la herramienta teórica del dispositivo, de inspiración en Foucault.

Según Rui Cunha Martins, el estatuto del “dispositivo” se caracterizará por las “cadenas de variables relacionadas entre sí, produciendo, en esa interpenetración, determinadas líneas de fuerza y determinadas líneas de fractura, mas resistiendo a presentarse como entidades dotadas de contornos bien definidos” (Martins 2007, 18)¹⁴.

El “dispositivo” es el guía o buscador en el cual está insertada la actividad probatoria.

Es interesante observar que Foucault, según Giorgio Agamben, se valdrá del “dispositivo” estratégicamente, en el curso de su pensamiento, al ocuparse de las cuestiones de “gobernabilidad” o de “gobierno de los hombres” (Agamben 2014, 24)¹⁵.

12 Sobre el tema, en relación con la realidad norteamericana, con datos que no discrepan proporcionalmente de los que se refieren a la experiencia brasileña: HUSAK, Douglas. Sobre criminalización: Los límites del derecho penal, traducción de Rocío Lorca Ferreccio. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

13 Castro, Edgardo. Vocabulario de Foucault: obra citada, p. 124.

14 Martins, Rui Cunha. O método da fronteira. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

15 Agamben, Giorgio. O que é um dispositivo & O que é um amigo, traducción de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014, p. 24.

De acuerdo con Agamben, el término técnico “dispositivo” sirve para designar:

- “a. (...) un conjunto heterogéneo, lingüístico y no-lingüístico, que incluye virtualmente cualquier cosa en el mismo título: discursos, instituciones, edificios, leyes, medidas de policía, proposiciones filosóficas, etc. El dispositivo en sí mismo es la red que se establece entre esos elementos.
- b. El dispositivo tiene siempre una función estratégica concreta y se inscribe siempre en una relación de poder.
- c. Como tal, resulta del cruce de relaciones de poder y de relaciones de saber” (Agamben 2014, 25)¹⁶.

La introducción de una categoría estratégica de este orden para analizar el modo en el que en Brasil son articuladas las prácticas jurídicas que determinan responsabilidad penal proyecta una ganancia de calidad que se refleja, por ejemplo, en la percepción de los engranajes inquisitoriales que están presentes en el sistema penal brasileño, cuyo rastro, fundado en la hipótesis de un dominio inquisitivo del proceso penal, no se deja borrar o esconder por estrategias discursivas de ocultación. Como el “dispositivo” está compuesto por elementos “discursivos” y “no discursivos”, la aprehensión de los elementos no discursivos revela las franjas por donde las prácticas represivas escapan de cualquier especie de control democrático.

El grado de operatividad de las categorías de la “verdad” y de la “prueba” es desnudado. Los bajos índices de revisión de las condenaciones con fundamento en la aplicación práctica de nuevas técnicas –como por ejemplo el examen de ADN– denuncia el predominio de los elementos no discursivos en el campo del proceso penal.

La prueba penal conforme es tratada cotidianamente, en la mayoría de los casos, sirve solamente como pretexto para justificar discursivamente condenaciones que parecen cumplir el vaticinio de los oráculos de los medios de comunicación masiva tradicionales o de la retórica del sentido común.

¡Las condenaciones se fundamentan en pruebas *a pesar* de no estar fundamentadas en pruebas!

Se constata con facilidad el alto grado de colonización inquisitorial del proceso penal brasileño cuando se perciben las permanencias inquisitoriales en el dispositivo procesal. El convencimiento judicial es elevado a la categoría superior y su libertad –el “libre convencimiento”– configura dogma protegido de los avances técnicos y científicos orientados a la comprobación de la existencia de los hechos penalmente relevantes.

16 Agamben, Giorgio. O que é um dispositivo... obra citada, p. 25.

La conciencia de la predominancia de elementos discursivos más cercanos a la “voluntad de poder” que al propósito de justificación por la comprobación de los hechos, constituye condición previa para la ruptura con el dispositivo inquisitorial.

La reorientación del dispositivo procesal exige una nueva elaboración teórico-práctica de las actividades probatorias que remite al inicio de la persecución penal, con la valorización concreta del análisis de los elementos probatorios. El éxito de esta tarea, fundamental para la operatividad de la categoría “verdad” en el ámbito del proceso penal, como indicador epistémico, demanda la introducción de métodos y prácticas probatorias de verificación de los hechos que puedan ser efectivamente confrontados en contradictorio y testados en relación con su potencial de explicación de la realidad.

En efecto, Taruffo advierte que el *cómo* en la determinación de los hechos jurídicamente relevantes es siempre constitutivo del juicio sobre el hecho (Taruffo 2002, 103 e 111)¹⁷. Al final, qué medios fueron empleados y qué resultados cognitivos resultan del empleo de estos medios son aspectos decisivos en la determinación de la existencia de un hecho como evento del mundo extrajurídico. En la base de la aplicación de una norma deberá haber siempre un hecho histórico (Taruffo 2002, 112)¹⁸.

El conocimiento de circunstancias relevantes para la decisión exige del dispositivo procesal que se beneficie, cuando sea posible, del empleo de medios científicos, de modo que “reduzca el área en la cual el juicio sobre los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognoscitivas no científicas” (Taruffo 2009, 34-35)¹⁹.

Esta es la contribución que la exigencia de manutención de la cadena de custodia de las pruebas puede ofrecer para la adecuación del proceso penal a los principios del Estado de derecho.

7.

El argumento central de la relevancia jurídico-penal de la manutención de la cadena de custodia de las pruebas fue desarrollado en el libro intitulado *Prova penal*

17 Taruffo, Michele. La prueba de los hechos, obra citada, p. 103 e 111.

18 Taruffo, Michele. La prueba de los hechos, obra citada, p. 112.

19 Taruffo, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial, In: *Processo, prueba y estándar*. Santiago Ortega Gomero. Director. Lima: ARA, 2009, p. 34-5.

e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos (Prado, 2014),²⁰ que abordó la tesis enfrentada por la 6.^a Sala del Superior Tribunal de Justicia en el juicio de *habeas corpus* N° 160.662/-RJ.

En votos de los ministros Assusete Magalhães²¹ y Rogério Schietti, la cuestión de la preservación de la cadena de custodia de las pruebas mereció tal vez el primer análisis sistemático en el ámbito de los tribunales brasileños.

En el derecho brasileño prácticamente no hay referencias doctrinarias a la cadena de custodia, designación por la cual es conocido el dispositivo que pretende asegurar la integridad de los elementos probatorios, no obstante su significado en términos de reducción de complejidad de la garantía constitucional contra la prueba ilícita.

Aún así, la bibliografía sobre pericia criminal no ignora el tema. Vale la pena la reproducción de las enseñanzas de Alberi Espindula:

“Finalidad de la cadena de custodia

Claro está que la finalidad de garantizar la cadena de custodia es para asegurar la idoneidad de los objetos y bienes seleccionados por la pericia o aprehendidos por la autoridad policial, a fin de evitar cualquier tipo de duda en cuanto a su origen y camino recorrido durante la investigación penal y el respectivo proceso judicial.

Es importante esclarecer que la cadena de custodia no está restringida solo al ámbito de la pericia penal, sino que comprende desde la comisaría, cuando aprehende algún objeto y ya debe observar con rigor tales procedimientos de la cadena de custodia. Podemos ir más atrás aún: cualquier policía, sea civil o militar, que sea receptor de algún objeto material que pueda estar relacionado con alguna denuncia, debe también—en el momento de su recepción o hallazgo—proceder con los cuidados de la aplicación de la cadena de custodia. Y estas preocupaciones van más allá de la policía y de la pericia, extendiéndose a los momentos de trámites de estos objetos en la fase del proceso penal, tanto en el ministerio público como en la propia justicia. Los procedimientos de la cadena de custodia deben continuar hasta que el proceso haya tramitado en juzgado.

20 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

21 Sobre el tema la Ministra Assusete Magalhães (STJ) publicó el bellísimo artículo: *quebra de sinalo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte de prova*. Edição Commemorativa dos 25 años do Superior Tribunal de Justicia – abril de 2014. Brasília, p. 507-534.

Muchas situaciones ya son conocidas sobre hechos de esta naturaleza, en las cuales es levantada la sospecha sobre las condiciones de determinado objeto o sobre la propia certeza de ser aquel el material que de hecho fue aprehendido. De este modo, el valor probatorio de una evidencia o documento será válido si su origen o tramitación no está cuestionado. Cualquier cuestionamiento causará perjuicio para el proceso como un todo (Espindula, 2009, 165)”²²

La materia, sin embargo, no es desconocida de los sistemas jurídicos que más recientemente perfeccionaron los procedimientos penales en busca de la mejor calidad de la prestación jurisdiccional.

A fines de los años 90 e inicios de este siglo, en América del Sur, Chile dio un salto cuántico de un proceso penal de clara y abierta adhesión al modelo inquisitorial para otro, fundado en un paradigma acusatorio, más condescendente con las exigencias del Estado de derecho, mas también más preocupado por el acierto de la decisión judicial.

En el campo de las pruebas una de las cuestiones delicadas consistió en establecer criterios de un sistema de controles epistémicos que sea, el sistema, por sí, capaz de asegurar la “autenticidad” de determinados elementos probatorios, documentos y objetos, empleados como base de los argumentos de las partes para convencer al juez acerca de la existencia de hechos penalmente relevantes. Sobre la materia resaltan los juristas chilenos Andrés Baytelman y Mauricio Duce (Baytelman y Duce 2005, 283)²³ que documentos y objetos tienen cada día mayor importancia en la decisión de las causas penales, en lugar de la antes preponderante prueba testimonial y, como estos elementos probatorios se prestan a indicar la veracidad de los argumentos manejados por las partes, resulta fundamental que se preserven las condiciones de credibilidad.

Destacan los cultos profesores chilenos que “armas, contratos, vídeos”, tienen en común, como elementos probatorios, el hecho de: (a) ser producidos, por definición, sin intermediación, esto es, su existencia autónoma, en relación al juez, a diferencia de la declaración del testigo por éste recogido, no está cercada de la garantía de la presencia del juez en el momento de formación de la prueba; (b) no hay contradictorio en el acto de formación de la prueba. El contradictorio operará,

²² Espindula, Alberi. Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3^a Ed. Campinas: Millenium, 2009. p. 165.

²³ BAYTELMAN A., Andrés; y DUCE J., Mauricio. Litigación penal: juicio oral y prueba. México: FCE, 2005. p. 283.

con exclusividad, por ocasión del ingreso del elemento probatorio en el proceso (Baytelman y Duce 2005)²⁴.

En el contexto del proceso penal colombiano la previsión de métodos de “autenticación” de la pruebase remonta al Decreto N° 786, del 16 de abril de 1990, pero solamente con los Códigos de Proceso Penal de 2000 y 2004 (capítulo IV, denominado “De la Cadena de Custodia”) la materia mereció tratamiento sistemático (Bautista 2014).²⁵

Comentando el asunto, Juan Carlos Urazán Bautista destaca que “la autenticidad del elemento [probatorio] constituye seguridad para la administración de justicia, pues ésta se desarrolla con fundamento en la realidad, no en medios de conocimiento que no la reproducen” (Bautista 2014)²⁶.

De ahí que, subraya el Director del Centro de Estudios de la Fundación Lux Mundi, en Bogotá, la cadena de custodia se fundamenta en el principio universal de “autenticidad de la prueba”, definido como “ley de la *mismidad*”, esto es, el principio por el cual se determina que “lo «mismo» que se encontró en la escena [del crimen] es lo «mismo» que se está utilizando para tomar la decisión judicial” (Bautista 2014)²⁷.

Se comprende, pues, que la formación y preservación del elemento probatorio esté cercado de cuidados, independientemente de la previsión expresa de reglas procesales penales en el derecho ordinario.

Se trata de una cuestión epistémica, que se traduce, con precisión, en las palabras de los autores chilenos Baytelman y Duce (Baytelman y Duce 2005, 284),²⁸ por un principio procesal de desconfianza:

“Estas características traen como consecuencia que el mero objeto o documento no sea, en sí mismo, información de calidad suficiente, al menos porque no podemos estar seguros de que sean lo que efectivamente la parte que los presenta dice que son. Nadie, incluidos los jueces, tiene por qué depositar ninguna confianza especial en dicha parte. Ésa es toda la gracia

24 Ídem, ibídем.

25 BAUTISTA, Juan Carlos Urazán. La Cadena de Custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal. Disponible en: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Acceso: 30 jul. 2014.

26 Ídem, ibídем.

27 Ídem.

28 BAYTELMAN A., Andrés; y Duce J., Mauricio. Op. cit., p. 284.

del juicio: no hay confianzas preestablecidas. El fiscal tiene una carga probatoria, el defensor puede jugar a desacreditar el caso del fiscal hasta hacerlo caer por debajo del estándar, o bien puede acreditar su propia defensa afirmativa; pero, en todo caso, todo se remite al lenguaje de la prueba y de la credibilidad concreta de la misma; fuera del mundo de la prueba, no tiene por qué haber concesiones para nadie (tanto al fiscal como al defensor les pagan para decir lo que están diciendo), y eso incluye también a las proposiciones fácticas que dicen ‘este objeto (o documento) es aquello que yo afirmo que es’”.

El cuidado que implica el tema de la formación de la prueba tiene en cuenta cuestiones de orden práctico como, por ejemplo, la manipulación indebida del elemento probatorio con el propósito de incriminar o eximir a alguien de responsabilidad y, también interroga, en el plano teórico, las condiciones concretas del mejor conocimiento judicial. En otras palabras, se trata de perseguir la mejor calidad de la decisión judicial y reducir al máximo los riesgos de incriminación impropia.

Esa es la razón por la cual las órdenes jurídico-procesales, que se ajustaron constitucionalmente al modelo acusatorio de proceso, regulan el procedimiento probatorio y buscan no solo asegurar la producción del elemento probatorio –en este sentido existe poca diferencia en relación con el modelo inquisitorial reformadosino también las condiciones para la demostración de que estos elementos están preservados para la pericia y eventual exhibición en audiencia.

Cabe hacer notar que los principios de la “mismidad”²⁹ y de la “desconfianza” son fundamentales para garantizar el juicio mediante la reducción de los riesgos de error judicial.

La experiencia contemporánea de preservación de la «cadena de custodia» impone que “la cadena de custodia debe estar conformada por el menor número de custodios posible; el menor número hace que el elemento sea menos manipulado; la menor manipulación lo expone menos; al exponerse menos, se está protegiendo el elemento, se lo está defendiendo” (Bautista, 2014, 3)³⁰.

29 Empleo el término en su forma aproximada a la existente en lengua española, porque no hay un correspondiente adecuado en portugués, no tratándose de “mesmice”, puesto que en portugués el uso coloquial de esta palabra remite a otro significado. El uso del término “identidade” tampoco resolvería la cuestión, fuera de que tal vez sea más propicio que “mesmice”.

30 BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. Op. cit., p. 3. Traducción libre.

8.

Últimas palabras de estas breves consideraciones.

La consecuencia de la quiebra de la cadena de custodia de las pruebas:

En el derecho anglo-americano “la supresión por la acusación, de evidencias favorables al acusado mediante pedido, viola el debido proceso legal cuando la prueba es material para culpar o punir, independientemente de la buena fe o mala fe de la acusación (Case *Brady v Maryland*, 1963)”³¹.

En el caso de quiebra de la cadena de custodia no se cogita de indagar sobre la buena o mala fe de los agentes policiales que manipularon el producto de la actividad de investigación de los medios de prueba.

La destrucción de los elementos informativos, comprobada por pericia en el proceso, hace inviable el ejercicio del derecho de defensa y la propia fiscalización judicial, en relación con el carácter de confiabilidad de los demás elementos, puesto que elimina cualquier posibilidad de tener acceso a informaciones que, *a priori*, justificaron la intervención de naturaleza cautelar y que podrían relacionar, de diferentes maneras, los múltiples elementos probatorios recolectados.

De hecho, en un proceso penal que se legitima a partir de la verdad procesal, han de regir providencias que resguarden de hecho el carácter cognitivo de la persecución penal, que no se justifica jurídicamente cuando esté fundada en impresiones personales, sentimientos o valores preconcebidos, dispensando la incidencia y operación de elementos informativos obtenidos de modo lícito.

Por este motivo, la supresión indebida de elementos informativos opera efecto impeditivo de empleo de las informaciones remanentes, que carecen de “suficiencia probatoria”. En general, el material probatorio remanente termina afectado por la referida quiebra y configura prueba ilícita, pues no hay cómo someterlo, adecuadamente, a los procedimientos de comprobación y refutación.

La decisión política que proscribe pruebas ilícitas se escuda en experiencia de “rellenos posteriores de lagunas” relacionadas con los requisitos legales para las providencias cautelares.

³¹ Case *Brady v Maryland*, 1963. Disponible en <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>>. Acceso el 05 de agosto de 2013, (traducción libre).

Se trata de algo equivalente al “lavado de pruebas ilícitas”, que en concreto sabotea el sistema normativo de controles epistémicos del proceso.

Conforme a las circunstancias, además de excavar lagunas en los elementos probatorios y volverlos porosos y faltos de datos capaces de orientar en otra dirección la conclusión judicial acerca de los hechos penalmente relevantes, la quiebra de la cadena de custodia da indicios de la perversión de los fines de la cautelar: en el lugar de la “adquisición” y “preservación” de elementos informativos, la medida tiende a instrumentalizar acciones abusivas de supresión de algunos de estos elementos, esgrimiendo los remanentes con apoyo en el efecto alucinatorio de las evidencias.

En un proceso penal que no se quiere ver instrumentalizado para perseguir individuos que viven bajo el estigma incriminador, en un terreno político de “accomodación funcional” de los estratos sociales más vulnerables a la condición de delincuentes, sino que al contrario esté dotado del potencial de tutela de los derechos fundamentales de todas las personas, el dispositivo procesal y el dispositivo probatorio son dependientes de la cadena de custodia de las pruebas.

La exigencia de la preservación de la cadena de custodia de las pruebas configura elemento fundamental de adecuación del proceso penal al Estado de derecho.

Referencias

Agamben, Giorgio. *O que é um dispositivo & O que é um amigo*, traducción de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2014.

Baytelman A., Andrés; y DUCE J., Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. México: FCE, 2005.

Bautista, Juan Carlos Urazá. *La Cadena de Custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Disponible en: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>>. Acceso el: 30 jul. 2014.

Carnelutti, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Buenos Aires: El Foro, 2012.

.Verità, dubbio e certezza, in: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, XX (II Série), 1965.

Castro, Edgardo. *Vocabulário de Foucault: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Traducción de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

- Dworkin, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- Espindula, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3^a Ed. Campinas: Millenium, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. 9^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- Hassemer, Winfried. *La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal: la medida de la Constitución*. México: Ubijus Editorial, 2009.
- Magalhães, Assusete. *Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte de prova*. Edição Comemorativa dos 25 anos do Superior Tribunal de Justiça – abril de 2014. Brasília.
- Martins, Rui Cunha. *O método da fronteira*. Coimbra: Almedina, 2007.
- Prado, Geraldo. *Provapenal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- Sánchez-Vera Gómez- Trelles, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia, Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.
-
- _____. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. In: *Processo, prueba y estándar*. Santiago Ortega Gomero. Director. Lima: ARA, 2009.

L La verdad en el proceso penal

José Martín Ostos¹

Resumen

El autor analiza el problema de la verdad real y de la verdad procesal en la moderna justicia penal adversarial, con especial atención a la independencia del órgano instructor, la práctica de la prueba, la prueba de oficio, etcétera.

Palabras clave: Moderno proceso penal. Verdad procesal. Verdad real. Investigación penal. Juicio oral. Prueba.

Abstract

The author analyzes the problem of real truth against procedural truth in the context of the modern adversarial criminal process. Al- so analyzes the evidence proceedings and the evidence assessment.

Keywords: criminal procedure, real truth, procedural truth, oral hearing, pre-trial investigation, evidence.

Sumario

I.- INTRODUCCIÓN: 1.- Estado de Derecho y justicia penal; 2.- La verdad procesal; 3.- La verdad real. II.- LA COMPETENCIA: 1.- La competencia territorial; 2.- La conexión. III.- LA DENUNCIA. IV.- LAS ACUSACIONES: 1.- Pública; 2.- Particular; 3.- Po-

¹ Catedrático de derecho procesal. Universidad de Sevilla. (España).
Correo electrónico: martinos@us.es

pular. V.- LA DEFENSA. VI.- LA INSTRUCCIÓN: 1.- Naturaleza y finalidad; 2.-Diligencias de instrucción; 3.- La independencia del órgano instructor; 4.- Conclusión. VII.- El JUICIO ORAL: 1.-Planteamiento general; 2.- Práctica de la prueba; 3.- Iniciativa probatoria de oficio; 4.- La prueba de indicios; 5.-Tesis judicial distinta; 6.- Interrupción por nuevo hallazgo;7.- El derecho del acusado a la última palabra. VIII.-REFLEXIÓN FINAL.

I.- Introducción

1.- Estado de derecho y justicia penal

A lo largo de los siglos, han sido diversos los sistemas jurídicos surgidos para resolver los conflictos entre las personas. En efecto, distintas formas de administrar justicia han estado vigentes en los diferentes ordenamientos, incluso a veces coexistiendo en el tiempo. Lo afirmado puede comprobarse todavía en aquellos grupos indígenas que conservan sus propios modelos de justicia.

Actualmente, en nuestras sociedades más desarrolladas, se percibe una creciente preocupación por mejorar el enjuiciamiento penal, atendiendo especialmente a las exigencias planteadas por el Estado Social y Democrático de Derecho.

En general, la doctrina científica se pronuncia a favor del sistema acusatorio—sin que falten partidarios de su versión más pura-, aunque no siempre se acierte en la exposición de las razones ni en la propuesta de las reformas. Además, algunos llegan a afirmar que el inquisitivo nunca fue un proceso en su verdadero sentido. Sin embargo, es obvio que en la historia de la Humanidad el acusatorio no ha sido la única forma de aplicar el derecho penal y que, incluso si lo hubiera sido, también ha experimentado importantes variedades y modificaciones.

Tal vez, la cuestión no deba plantearse en torno al predominio del sistema acusatorio sobre el inquisitivo (lo cual nadie discute), sino en buscar la superación de ambos, abogando por un nuevo modelo. En este sentido, un proceso garantista puede constituir la solución—no sólo en lo relativo a su denominación-, superando la situación existente, pues, en síntesis, como afirma Ferrajoli (Derecho y razón. Teoría del garantismo penal), el garantismo consiste en la tutela de los derechos fundamentales de la persona. A nuestro juicio, como sucede en tantos otros aspectos de la vida, hay que procurar la armónica síntesis de los principios válidos que han inspirado dicho enjuiciamiento a través del tiempo.

Sea cual sea la opción por la que nos decantemos, con sus posibles singularidades, debe tenerse presente en todo caso que el Estado es hoy día el único que

está legitimado para administrar la justicia penal, cuya tarea organiza a través de uno de sus poderes y, consecuentemente, lo hace mediante el proceso. Cualquier regulación en sentido contrario representaría un evidente retroceso en relación con el grado de civilización que hemos alcanzado.

Por ello, es de desear que el futuro modelo procesal colabore de la mejor manera posible a la plena satisfacción de los justiciables, esto es, a procurar por todos los medios lícitos un debido equilibrio entre los derechos del acusado y los de la víctima.

2.- La verdad procesal

La verdad del proceso -es decir, la obtenida en éste y recogida en la sentencia- puede coincidir o no con la realidad histórica de los hechos que han dado lugar al mismo. En efecto, puede consistir en la mayor aproximación posible a lo verdaderamente acaecido, pero, también, se puede tratar de un resultado bien distinto, incluso de una mera negociación o acuerdo entre las partes. En el primer caso, se habla de verdad real; en los otros, de formal¹.

Dentro de la primera, se plantea la dificultad de su consecución, pues, en ocasiones, tras las alegaciones y la práctica de las pruebas, lo obtenido puede no corresponder en su totalidad con lo que verdaderamente sucedió en su día. Pero, al menos, se tiende a ello, se intenta su logro; naturalmente, no a cualquier precio, sino por medios respetuosos con los derechos fundamentales de las personas; tampoco, aunque se aspire a la certeza, se excluye el posible error. De ese modo, los defensores de su búsqueda pretenden que el supuesto sometido a la aplicación del derecho penal se corresponda con lo realmente acontecido (por ejemplo, a pesar de la fingida confesión del acusado). En otras palabras, aquí se desea la coincidencia de la verdad procesal resultante con la realidad histórica acontecida; por eso se habla de verdad real.

Por lo que respecta a la segunda modalidad, se destaca su carácter pragmático, aceptándose desde un principio que el resultado procesal final puede no corresponder con la realidad histórica, pero que es en definitiva la verdad obtenida. En su favor se alega que coadyuva a una mejor y más satisfactoria administración de justicia. Piénsese, por ejemplo, en la conformidad e, igualmente, en los supuestos de mediación penal (ambos, en la actualidad, alcanzan el principal modo de resolución de asuntos penales en muchos países), en los que la contradicción puede estar ausente en gran medida, siendo sustituida por la solución alcanzada entre las partes. En resumen, da la impresión de que aquí no nos encontramos muy alejados del proceso civil de carácter disponible, sometido en última instancia a la decisión de los litigantes.

En relación con lo expuesto, la doctrina científica no especifica, pues realiza diferentes análisis que, obviamente, conducen a heterogéneas conclusiones. De este modo, algunos autores relacionan estrechamente la mencionada búsqueda de la verdad real en el proceso penal con la manifestación de un oscurantista sistema de justicia, el inquisitivo. A su juicio, aquélla se halla próxima -cuando no plenamente identificada- con una obsoleta etapa histórica, que conlleva ausencia de separación entre las distintas funciones procesales, así como falta de respeto a los derechos fundamentales del acusado y, en ocasiones, uso de cualquier medio para la obtención de la verdad a toda costa. En suma, se asocia dicha finalidad con un caduco sistema de justicia penal, carente de toda garantía procesal, en el que el autoritarismo y la arbitrariedad judicial primaban por encima de otras consideraciones.

Como contrapartida, los mismos autores suelen defender el logro de la verdad formal como manifestación de la libertad, obtenida por la democrática intervención de las partes e inspirada por la moderna aplicación del derecho penal, sin perniciosa intervención judicial. Entonces, nos encontramos en presencia del sistema acusatorio, cuya última exigencia –según el criterio de dicho sector doctrinal- se fundamenta en el exclusivo predominio de la actividad de las partes, sin permitir la más mínima intervención pública, lo que se consideraría como una injerencia inadmisible. Sin embargo, para sorpresa de todos, en la versión actual de este sistema se concede un inusitado protagonismo al Ministerio Fiscal (¿alguien duda sobre el carácter público de este?).

3.- La verdad real

Al sopesar dichas consideraciones, hemos de admitir las dificultades que entraña la consecución de la verdad absoluta en el proceso penal; en puridad, probablemente inalcanzable. El derecho procesal sólo puede pretender, con el auxilio de otras disciplinas (psicología, medicina, física,...), que la aplicación de la ley penal al caso concreto se realice con la máxima objetividad e imparcialidad. Del resultado de la prueba practicada se deducirá la motivada absolución o condena del acusado, respetando la presunción de inocencia (en su caso, siempre se decidirá a favor del reo).

Sin embargo, estimamos que, para una efectiva tutela judicial penal, se ha de procurar que el pertinente proceso -mecanismo previsto para solucionar conflictos y encargado de aplicar el correspondiente derecho material- verse en la medida de lo posible sobre la realidad de los hechos en él debatidos. En consecuencia, la obtención de la verdad no se convierte en un requisito *sine quan non*, pero sí en un factor determinante y conveniente para el acertado enjuiciamiento. Como punto de partida, bajo ninguna excusa cabe admitir la renuncia a la verdad real,

pues ello implicaría el reconocimiento de la incapacidad del proceso como válido instrumento legal y democrático para administrar justicia.

En el proceso se observan tanto una manifestación de poder como una necesidad de saber. A lo segundo debe tender también la potestad judicial, aunque limitada por la legalidad y por el respeto a los derechos fundamentales. Esto es, la verdad no debe buscarse a cualquier precio, ya que implicaría la admisión de medios ilícitos –también, ilegales, por supuesto- que podrían conducir a un resultado forzado y cuya manifestación histórica podemos encontrar en el proceso de inspiración inquisitiva (que, por cierto, también, estuvo sometido a unos límites).

Pero, sin incurrir en una incontrolada persecución de la verdad, no hay duda de que, dentro de sus parámetros, esta constituye el objetivo deseable de todo enjuiciamiento. Es una exigencia de la propia naturaleza de la prueba y del proceso penal respetuoso con los derechos y garantías de los ciudadanos. La justificación social del mismo explica la búsqueda de la verdad. De lo contrario, ¿para qué el proceso? ¿Cómo proclamar las virtudes de un sistema de justicia penal que, *a priori*, renuncia a la autenticidad y se esconde tras lo formal o artificial?

El sentido común, junto con los principios políticos y procesales que inspiran una determinada manera de aplicar el derecho penal, exigen que el instrumento utilizado no sea ajeno a la auténtica realidad de los hechos en él planteados.

Motivados por ese propósito, seguidamente, abordaremos diversos aspectos tanto generales como relativos a la instrucción y al juicio oral que, debidamente regulados en el marco del actual Estado de derecho, pueden colaborar de modo significativo a la consecución-*o*, al menos, aproximación- de dicha meta.

II.- La competencia

La competencia no es ajena a facilitar la obtención de dicho objetivo. En este sentido, hay dos aspectos que destacan especialmente: la competencia territorial y la conexión.

1.- El criterio de fijación de la competencia territorial atendiendo al lugar de comisión del delito, indiscutiblemente, favorece el conocimiento de los hechos y de las circunstancias atinentes al mismo. En efecto, la separación entre la sede del órgano instructor y el lugar del presunto hecho delictivo incrementa las dificultades para llevar a cabo una útil investigación, a la vez que la encarece; por el contrario, la proximidad del instructor con el *locus delicti commissi* propicia el

contacto inmediato con las personas implicadas, así como facilita la labor de recabar datos y de acceder a las fuentes de información.

A tal efecto, es conveniente una adecuada distribución territorial de los órganos de la administración de justicia, de forma que se establezcan unas demarcaciones no muy extensas. Para ello se necesita un número suficiente tanto de órganos instructores como de enjuiciamiento, que acerquen la justicia al justiciable.

2.- En cuanto a la acumulación de delitos conexos, igualmente puede repercutir en la finalidad pretendida. No sólo por el ahorro de repetidas investigaciones y por la rentable concentración de esfuerzos, en evitación de inútiles actuaciones, sino, lo que es más importante, por el resultado final. Tras una coordinada investigación, el dictado de una sola sentencia evitará posibles pronunciamientos contradictorios apoyados en diferentes hechos probados. Además de reforzar la congruencia de la justicia penal, se protege la continencia de la causa, evitando la división de su objeto procesal.

Como principio general, hay que disponer la preferencia de la jurisdicción ordinaria sobre las especiales, en su caso (siempre que alguno de los investigados esté sujeto a la primera, aunque hubiera aforados) y, dentro de la misma, la competencia objetiva deberá atribuirse al órgano al que corresponda la instrucción del delito de mayor gravedad.

No obstante, la conexión ha de regularse con prudencia, atendiendo tanto a los mismos delitos –en los que la investigación debe corresponder al órgano que primero haya comenzado a practicar diligencias-, como a los supuestos de tramas complejas de delincuencia organizada (con el negativo efecto de la posible prescripción, motivada por la dificultad para realizar una eficaz investigación).

III.- La denuncia

La obligación de denunciar constituye otro de los elementos a tener en cuenta en la finalidad apuntada en el presente trabajo. En numerosas ocasiones, si no se presenta la correspondiente denuncia –especialmente, en los supuestos en los que intervienen funcionarios públicos, personal sanitario, etcétera-, podría el órgano judicial no tener conocimiento de la *notitia criminis* con la deseable proximidad en el tiempo. Lógicamente, esa obligación no afecta a los delitos privados.

Trasladando a un órgano judicial, fiscal, o policial, la pronta información de la presunta comisión de una infracción penal, se facilita su investigación y la adopción de las correspondientes medidas de aseguramiento.

En este sentido, el detective privado puede convertirse en un eficaz colaborador. Como profesional especializado, la aportación de la información obtenida en el curso de su labor puede ayudar en gran medida a la investigación penal. En algunos ordenamientos jurídicos deberían removese los obstáculos que dificultan la intervención del mismo en los delitos de carácter público.

También de especial interés es el caso de las personas que están exentas de la obligación de denunciar (en concreto, el secreto profesional del abogado). Sin duda, su supresión podría colaborar al hallazgo de la verdad, pero afectaría al derecho de defensa, fundamental e irrenunciable en un Estado de derecho. Este último exige su máximo respeto, sin paliativo alguno.

IV.- Las acusaciones

Tres son las principales modalidades de acusación en un proceso penal y todas ellas pueden tener interés en el hallazgo de la verdad real. Desde distintas perspectivas, y con diferentes motivaciones, persiguen la investigación y el conocimiento de todos los hechos y circunstancias relativos al delito presuntamente cometido. En consecuencia, podrán solicitar la práctica de las diligencias oportunas, con objeto de que la resolución última recoja, en su caso, la adecuada coincidencia entre el supuesto contemplado en el ordenamiento penal y la realidad del hecho criminal enjuiciado.

1.- Pública

Por regla general, el Ministerio Público o Ministerio Fiscal (de ambas maneras se le denomina), tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, actuando de oficio o a instancia de los interesados.

Ejercitárá la acción penal en los supuestos establecidos por la ley y conforme a la forma dispuesta en la misma. Quedan excluidos los delitos privados, exclusivamente perseguibles por los ofendidos, debido a su peculiar naturaleza (injurias y calumnias contra particulares).

Algunos ordenamientos, además de la acusación pública, contemplan la intervención de distintos acusadores (como expondremos seguidamente). Sin embargo, existen otros en los que el fiscal detenta el monopolio de la acción penal; en estos casos, resulta evidente la importancia de su actuación procesal, pues la eficacia de

la misma será decisiva para la búsqueda de la verdad real, como medio de evitar imputaciones infundadas, maniobras torticeras, e impunidades no deseadas.

2.- Particular

En ciertos países, la ley permite la personación procesal de la víctima del delito. Se trata de una persona directamente interesada en la averiguación de la verdad y en el castigo del infractor penal.

Nadie como ella para desear el hallazgo de la verdad en el proceso, solicitando la práctica de las diligencias oportunas, así como la aplicación acertada del derecho, con la exacción de la correspondiente responsabilidad penal y, si procede, también de la civil (esto último dependerá de la posibilidad legal de acumular ambas pretensiones en el mismo proceso).

Su legitimación proviene del hecho de haber sido víctima directa de un delito o falta, en su persona o en su patrimonio (obviamente, en caso de homicidio, serán sus familiares). Ninguna diferencia existe entre la víctima física o jurídica, pues ambas tendrán interés en que el desarrollo del proceso penal conduzca al descubrimiento de la verdad de los hechos acontecidos.

3.- Popular

Además, algunos textos legales contemplan la posibilidad de la intervención procesal del llamado querellante o actor popular. Se considera de este modo a toda persona física o jurídica que, sin haber sido directamente ofendida por el delito, interviene en nombre de la sociedad (*quibus expopulo*), solicitando la aplicación del *ius puniendi* del Estado al infractor penal.

Es una interesante forma de participación popular en la administración de justicia. Se parte de la base de que la soberanía nacional corresponde a todos los ciudadanos; también, su ordenamiento jurídico. Por tanto, la infracción de este puede ser perseguida por todo miembro de la comunidad, en solicitud del restablecimiento del orden alterado.

Esta figura no es incompatible con la presencia simultánea de un querellante particular, aunque en España al acusador popular se le exigen determinados requisitos, lo que no acontece con la víctima directa del delito. Son de tipo económico, con objeto de frenar el posible abuso en su ejercicio; así, el acusador popular ha de prestar fianza por el ejercicio de su acción, al mismo tiempo que debe constituir un depósito económico para recurrir.

V.- La defensa

Por su parte, la defensa insistirá en la necesidad de que se investiguen todos los datos y circunstancias que tengan relación con el hecho histórico tipificado penalmente y que es objeto del proceso penal. Igualmente, pues, solicitará la práctica de aquellas diligencias que considere convenientes. Esto tiene destacada importancia cuando le conste de modo indubitable la inocencia del imputado, aunque sin descartar, en otro caso, una estrategia conducente a la estimación de un atenuante.

Partiendo de la obligada intervención de abogado, el imputado ha de tener el derecho de libre designación del mismo, surgiendo entre ambos una relación de confianza que sólo puede basarse en la libertad y en la confidencialidad. En ningún supuesto debe restringirse dicha elección, ni aún en los delitos más graves (incluidos los de terrorismo), al mismo tiempo que la citada relación ha de estar protegida, sin fisuras, por el secreto profesional.

Ante la manifiesta carencia de recursos económicos del imputado, el Estado debe arbitrar los oportunos mecanismos que faciliten el derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, ofreciéndoles el servicio de unos letrados experimentados y con sólida formación jurídica.

Otro aspecto de interés, en relación con la verdad a perseguir en el proceso penal, lo constituye la conformidad del imputado con los hechos atribuidos y con la pena solicitada. Al respecto, debemos tener presentes algunas consideraciones fundamentales; así:

- A - libertad indubitada del imputado;
- B - acuerdo de su abogado defensor;
- C - autorización del tribunal, que debe controlar el respeto a la ley;
- D - conformidad con la pena máxima (si fuesen varias las acusaciones);
- D - límite máximo de conformidad (no aconsejable para delitos muy graves);
- E - manifestación de la misma en cualquier etapa procesal;
- F - sentencia firme en el momento (en general, sin posterior recurso)

VI.- La instrucción

1.- Naturaleza y finalidad

La doctrina no es pacífica a la hora de calificar la naturaleza jurídica de la etapa de instrucción –también, llamada de investigación- de un proceso penal, discutiéndose en torno a si es de carácter procesal o, por el contrario, administrativo. Hay que tener presente la finalidad de aquella, pues lo que se persigue con la misma es averiguar todo lo concerniente a un presunto hecho criminal y preparar el juicio oral a celebrar más adelante. En consecuencia, tal actividad –incluidas la imputación y las medidas cautelares- difícilmente puede considerarse como meramente administrativa y abandonarse en manos de una autoridad diferente de la judicial o fiscal.

Tanto el juez como el representante del Ministerio Público, ambos funcionarios públicos y cualificados expertos jurídicos, pertenecen a los estamentos superiores de la administración de justicia en su amplio sentido. Sin excepción, a uno de ellos debe corresponder la instrucción de un proceso penal; incluso, cabe admitir un posible reparto de atribuciones entre ambos, de modo complementario. Pero, en un Estado de derecho, en ningún caso puede encomendarse dicha actividad a otra persona u órgano. Solamente dichos especialistas jurídicos se encuentran capacitados y revestidos de legitimidad para la mencionada tarea.

Por otra parte, dicha etapa que, entre otros, está inspirada por los principios fundamentales del proceso –dualidad, igualdad y contradicción- se encuentra regulada por normas de carácter público. En general, las partes no deben disponer de su inicio, desarrollo y término, sino que la dirección de la actividad procesal corresponde a la autoridad estatal designada al efecto.

2.- Diligencias de instrucción

Durante esta etapa puede acordarse la práctica de cualquier diligencia de investigación. Sus únicos límites serán la legalidad, la pertinencia y la viabilidad de la misma. Al menos de modo somero, destaquemos algunos aspectos importantes para que aquélla resulte eficiente; así:

- A) Intervención de las partes en toda diligencia, con fedatario judicial.
- B) Prohibición de tortura u otro medio que viole los derechos del imputado.
- C) Reducción del número de personas exentas de ser testigos.
- D) Libre interrogatorio del imputado y de los testigos.

- E) Autorización del careo entre imputados y/o testigos.
- F) Adecuada utilización de modernos medios técnicos.

3.- La independencia del órgano instructor

Además de los requisitos que deben adornar al órgano encargado por el Estado para el desempeño de tan relevante función (selección adecuada, formación jurídica acreditada, dedicación exclusiva, probidad en su trabajo, celeridad en el mismo, predeterminación legal...), fundamentalmente, dos son los inexcusables principios que deben inspirar su actuación: la legalidad y la independencia. Ambos son complementarios entre sí.

En virtud de la primera, sobre todo en un Estado de derecho, el órgano encargado de la instrucción de un proceso penal debe someterse en todas sus actuaciones escrupulosamente a lo establecido legalmente. También ha de estar reglada la aplicación de criterios de oportunidad, en su caso. No cabe, pues, conceder al instructor un ilimitado poder sobre el inicio o no de la investigación de unos hechos aparentemente delictivos, ni sobre el desarrollo de las actuaciones. El principio de legalidad ha de primar siempre, como garantía para todos los justiciables.

A la misma ha de ceñirse la independencia, siendo inadmisible una actuación en dirección contraria. Sea cual sea el órgano al que se atribuya la instrucción, este ha de gozar de indiscutible independencia; es decir, ha de estar sometido solamente a la ley. No en otra cosa consiste la independencia, sino en el respeto absoluto a la legalidad y en actuar en todo caso con sometimiento exclusivo a la misma. Podemos afirmar que la legalidad es el único límite de la independencia, pues esta se realiza en aquella.

Ahora bien, la independencia que se pregoná del órgano instructor admite dos variantes: externa e interna.

En función de la primera, en su conjunto, los órganos instructores han de ser independientes de todo otro poder (legislativo y ejecutivo), así como de todo órgano o autoridad, sea cual sea su clase, sin excepción alguna. Por lo que respecta a la independencia interna, cada órgano instructor ha de ser independiente, incluso, de los órganos superiores del propio poder al que pertenece; de lo contrario, la independencia quedaría restringida en su propio seno.

Cuando el órgano instructor pertenece al poder judicial, su necesaria independencia es cuestión pacífica. No se discute la exigencia de que todo ese poder en general, y cada uno de sus tribunales en particular, sean plenamente indepen-

dientes, sin que sea de recibo la admisión de cualquier limitación, injerencia, o presión externa.

Sin embargo, cuando se atribuye la instrucción del proceso penal al Ministerio Público, la doctrina no es unánime. No suele discutirse su independencia externa (es decir, de todo poder, órgano o autoridad...), pero sí se cuestiona la interna. Para muchos autores, el fiscal instructor debe incardinarse en un Ministerio Público independiente –suele hablarse de autónomo-, pero los miembros que lo conforman, de acuerdo con su tradicional consideración, han de quedar sometidos a los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica.

A nuestro juicio, ello choca frontalmente con la exigencia de independencia del instructor; el Ministerio Público –máxime si se le encarga de dicha función procesal penal- ha de experimentar una necesaria renovación, pasando a formar parte del poder judicial en su amplio sentido, desvinculándose por completo del gobierno.

En resumen, la misma independencia de la que goza el juez ha de concederse al fiscal, tanto en su posible función de instructor como siempre de acusador. Externamente y internamente, el fiscal ha de ser independiente, sirviendo sólo a la legalidad. Coincidimos con Ferrajoli en que la independencia no sólo ha de adornar al juez, sino también a la acusación pública, que no puede estar subordinada a poderes o intereses extraños a la administración de justicia; tan importante es una independencia como la otra.

4.- Conclusión

De lo expuesto se deduce que no sólo se trata de establecer quién instruye, sino, especialmente, cómo lo hace (es decir, con qué garantías). Dejar esa fundamental tarea en manos de los miembros de un estamento jerarquizado y dependiente del poder ejecutivo, puede provocar suspicacias y recelos en torno a la justicia penal. La independencia no admite zonas intermedias; es una, como la verdad. Además, coincidiendo con el prestigioso jurista florentino, existe un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia.

Póngase en relación el tema de la independencia con el del monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, así como con el aumento de las facultades de negociación del mismo durante el proceso penal, y se obtendrán unas conclusiones preocupantes.

¿Estamos asistiendo a una creciente injerencia del poder ejecutivo en la administración de justicia, en detrimento del poder judicial? Ese nuevo modelo de justicia, al que parece que se aproximan algunos ordenamientos jurídicos, y que

es ardorosamente propugnado por cierto sector doctrinal ¿colabora en la búsqueda de la verdad real en el proceso penal? Por el contrario ¿nos encontramos ante una concepción del mismo libremente disponible por las partes? En este caso ¿se percibe un aumento de la labor negociadora del fiscal, claro representante del poder ejecutivo?

VII.- El juicio oral

1.- Planteamiento general

Para la resolución de las controversias entre los ciudadanos, el Estado se sirve de los tribunales legalmente constituidos, quienes, por medio del proceso, habrán de dictar definitiva y fundada sentencia en cada supuesto. Como contrapartida al monopolio de la administración de justicia, no se admite el *non liquen*; esto tiene especial importancia en la justicia penal, al estar regulada por unas normas de carácter imperativo, es decir, de *ius cogens*.

El juicio oral, etapa fundamental en el desarrollo del proceso penal, además de gozar de los principios procesales básicos (dualidad, igualdad y contradicción), debe también perseguir la búsqueda de la verdad, como método idóneo para la obtención de un pronunciamiento justo; no sólo adornado de *potestas*, sino principalmente de *auctoritas*. La publicidad y la grabación de sus sesiones (la segunda, por modernos medios técnicos), constituirán una estimable ayuda.

En un proceso acusatorio formal o mixto –que, conforme hemos afirmado más arriba, podríamos denominar garantista, como medio de superación de la tradicional alternativa entre el inquisitivo y el acusatorio- las partes gozan de un claro protagonismo durante el juicio oral. En efecto, son ellas quienes determinan si este se celebra o no, fijando los hechos objeto del enjuiciamiento y la pena máxima aplicable. Pero, esto no debe significar su intervención exclusiva. No existe justificación para vetar una actividad del juzgador cuando la situación del caso así lo requiera. Admitir lo contrario significaría dejar por completo la justicia penal en manos de las partes, aún en contra de lo evidente. A nuestro juicio, el único límite razonable a la intervención de oficio del tribunal debe fijarse en la prohibición de la parcialidad.

Así, pues, en la regulación que el texto procesal criminal establezca en relación con el juicio oral, deben autorizarse aquellas iniciativas judiciales que, sin afectar a la legalidad y a la imparcialidad, faciliten la obtención de la verdad real.

2.- Práctica de la prueba

La necesidad de la prueba en el proceso se justifica por la existencia de duda de cara al enjuiciamiento. Sin la segunda, no tendría razón de ser la primera. Además, cuando lo que se ignora, o resulta controvertido, gira en torno a una posible conducta delictiva, las consecuencias pueden ser graves.

En la admisión de la prueba se percibe una potestad del órgano judicial, reflejo de su soberanía; por tanto, su práctica debe someterse a la mayor racionalidad posible, persiguiendo la verdad real de los hechos sobre los que versa. Defender otra finalidad significaría admitir la posibilidad de un resultado artificial, de una verdad formal para la que no sería necesaria siquiera la prueba.

Consecuentemente, la prueba ha de ser legal y lícita, evitándose tanto la arbitraría decisión del juzgador en cuanto a su acuerdo, como la utilización de medios o mecanismos ilícitos en lo referente a su práctica. Resulta difícil explicar el fundamento de la prueba si su acuerdo, su práctica, o ambos, se regulan en abierta confrontación con las exigencias de la razón.

Admitido esto, las partes disponen del derecho a proponer la práctica de las pruebas que estimen pertinentes para su pretensión, gozando de derecho a recurso en el supuesto de no admisión de alguna. Igualmente, pueden intervenir durante la práctica de todas ellas, en su caso.

Pero ¿solamente las partes gozan de la posibilidad de participar en la práctica de una prueba? Lógicamente, también se ha de permitir que el tribunal, tras los pertinentes interrogatorios de las partes sobre los testigos y peritos propuestos por las mismas, pueda solicitar alguna aclaración, explicación, o ampliación de datos, en relación con una respuesta oscura o incompleta.

3.- Iniciativa probatoria de oficio

Pero, no sólo la actividad del juzgador durante el juicio oral debe limitarse a esto último. La cuestión a plantear es más amplia y afecta la posible actividad probatoria de oficio, cuando las partes –más claro en el caso de la defensa- han incurrido en graves omisiones que pueden afectar directamente a los hechos probados. Si el tribunal está obligado a dictar sentencia –y sólo debe condenar sobre resultados probatorios, no sobre intuiciones, aunque su valoración sea libre-, estimamos que el ordenamiento jurídico le debe proveer de los poderes adecuados para indagar la auténtica verdad. Lo contrario sería un contrasentido.

El juzgador no puede buscar nuevos hechos, pues el objeto del proceso lo delimitan exclusivamente las partes; pero, nada impide que aporte prueba de oficio sobre esos hechos (no que sugiera a una parte que la pida). Naturalmente, no puede aportar su conocimiento privado (siendo testigo y juez, al mismo tiempo), ni anticiparse a la actividad probatoria de las partes. Respetados ambos límites, no encontramos razón alguna para que el tribunal no pueda ordenar:

- A - el careo entre testigos y/o acusados (de oficio, o a instancia de parte);
- B - la práctica de una prueba que no ha sido propuesta por ninguna parte y que sea fundamental en relación con un hecho objeto de los escritos de calificación;
- C - la práctica de una prueba propuesta en el mismo juicio oral, que pueda influir en la valoración de un testigo;
- D - la lectura de alguna diligencia de la instrucción que, en general, no sea reproducible en el juicio oral.

Dicha potestad ha de regir también en los supuestos de prueba anticipada y de prueba ilícita.

4.- La prueba de indicios

También, puede obtenerse la verdad real por la verosímil conjetura o juicio de hecho que se forma de las cosas o acaecimientos por meras deducciones u observaciones; es decir, el resultado que se obtiene de señales, presunciones o palabras que, aunque no demuestran plenamente la verdad, coadyuvan al conocimiento de unos hechos y de sus autores.

Obrándose con cautela ante la apreciación de un solo indicio, para evitar la conclusión errónea, la jurisprudencia, y con ella la doctrina de los autores, ha ido señalando una serie de requisitos para que, por medio de indicios, se pueda probar la participación del acusado en el hecho punible; son éstos: a) pluralidad de indicios; b) indicios probados por pruebas directas; c) periféricos respecto al hecho a probar; d) relacionados entre ellos; e) directa relación con el hecho a probar; y f) la motivación de la sentencia ha de contener el razonamiento lógico por el que se obtuvo la conclusión.

5.- Tesis judicial distinta

En el juicio oral puede producirse el supuesto de que las conclusiones definitivas de la acusación –o acusaciones, según el ordenamiento procesal en cuestión– no coincidan con la valoración que el tribunal extraiga de los hechos alegados y de la prueba practicada. Tampoco aquí parece razonable vincular inexorablemente al tribunal con una errónea calificación de las partes, cuando él mismo estima que la

acción delictiva afecta a un bien jurídico distinto del proclamado por la acusación. Dicha facultad judicial, consistente en plantear una tesis distinta –por algunos autores, llamada tesis de desvinculación–, facilita la conducción del proceso penal hacia su debida resolución, igualmente en coincidencia con la verdad real, y sin afectar a la libertad de las partes.

Como hemos afirmado en alguna ocasión, ello tiene importancia en orden al principio acusatorio y al derecho fundamental de defensa del acusado, que ha planteado su estrategia en relación con una acusación concreta. El tribunal debe pronunciarse sobre la acusación mantenida por los actores; si estima que la misma es errónea, deberá absolver al acusado, pues no coincidiría con el delito acusado. Para evitar la posible impunidad de la conducta delictiva, en algunos textos procesales se contempla esta iniciativa judicial.

Lo lógico es que se haga uso de la misma una vez planteada por la acusación su calificación definitiva, aunque en puridad nada impide que sea antes. Lo que sí resulta evidente es que, respetando el principio acusatorio en dicha etapa procesal, el tribunal no puede condenar conforme a su propia tesis si la acusación no la hace propia. Al mismo tiempo, tampoco se limita el papel de juzgador al de mero espectador, sino que se le dota de un sensato protagonismo.

Similar planteamiento cabe cuando el tribunal percibe la existencia de una atenuante o eximente que no ha sido debidamente alegada por la defensa.

Si el juzgador está obligado a sentenciar y su pronunciamiento ha de ceñirse a la realidad de los hechos, estimamos que hay que dotarle de los mínimos poderes que faciliten su tarea.

6.- Interrupción por nuevo hallazgo

Generalmente, el juicio oral se desarrolla en una sesión, al término de la cual se acuerda el visto para sentencia (como excepción, en atención a su especial complejidad, puede durar varios días).

Ahora bien, puede acontecer que, durante la práctica de las pruebas (en concreto, testifical e inspección ocular, aunque sin excluir el interrogatorio inicial del propio acusado e, incluso, el careo), el tribunal y las partes tengan noticia por primera vez de unos nuevos hechos, graves e importantes, estrechamente relacionados con el objeto del proceso penal.

Ante esta situación, en evitación de la ruptura de la continencia de la causa (afectando a la división del mismo objeto procesal), no resulta razonable –ni útil, para

el conocimiento de la verdad de lo debatido- continuar con la celebración del juicio oral, relegando los nuevos hechos conocidos para un posterior proceso. Por el contrario, atendiendo a la relación entre los hechos investigados durante la instrucción y los de posterior conocimiento en el propio juicio oral, se aconseja la conveniencia de su enjuiciamiento conjunto; por tanto, la solución debe ser la de suspender la celebración del juicio oral, devolviendo la instrucción al órgano competente para que practique las diligencias necesarias.

7.- El derecho del acusado a la última palabra

Como es sabido, por regla general, su repercusión es intrascendente y, en numerosas ocasiones, el interesado no hace uso del mismo al término del juicio oral. Sin embargo, este preceptivo turno de palabra, además de respetar el fundamental derecho del acusado a ser oído (del que ha disfrutado al comienzo de la sesión, durante su interrogatorio), le ofrece de modo definitivo la posibilidad de añadir algún dato o de efectuar alguna explicación.

En teoría, ello coadyuva igualmente al logro de la verdad, en cuanto que puede aportar una información que, aun secundaria, influya en el juzgador a la hora del dictado de su sentencia.

VIII.- Reflexión final

Las consideraciones expuestas, acertadamente reguladas, pueden coadyuvar al más eficaz logro de la verdad real en el curso del proceso penal, sin detrimento ni menoscabo alguno de los derechos de los justiciables, sino, por el contrario, en coincidencia con la legítima aspiración de nuestra sociedad a un sistema procesal pleno de garantías. Las propuestas planteadas, articuladas y armonizadas en debida forma, pueden contribuir a la consecución de una mejor administración de justicia.

De este modo, colaboraremos de modo significativo en el empeño de una de las constantes metas de la humanidad: la búsqueda de la verdad que, junto con el bien y la belleza, han constituido desde siempre los objetivos más nobles a perseguir. Hacia ellas debemos dirigirnos, aún cuando resulte muy grande el esfuerzo².

Notas

1. Pero, siempre: *veritas non auctoritas facit iudicium*.
2. La batalla en defensa del garantismo es siempre una batalla de minorías, nos recuerda Norberto Bobbio (en el prólogo a la citada obra de Luigi Ferrajoli).

Referencias

Luigi Ferrajoli, Luigi (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta. 1024p

Justicia retributiva, justicia premial, justicia restaurativa y justicia transicional: ¿diferentes verdades en el proceso penal?

Ricardo Molina López¹

Resumen analítico

Este texto pretende presentar una síntesis de las diferentes formas de verdad a las que se puede llegar en el proceso penal, dependiendo del sentido o el fin que se le asigne a la pena en el caso particular objeto de procesamiento.

Abstract

This text aims to present a synthesis of the different forms of truth which can be reached in the criminal proceedings, depending on the direction or order that is assigned to the punishment in the particular case under processing.

Palabras clave: Verdad procesal. Fines de la pena. Sistema penal. Proceso penal. Justicia procesal.

Keywords: Procedural truth. Purposes of punishment. Penal system. Criminal proceedings. Procedural justice.

¹ Profesor Titular de la Universidad Pontificia Bolivariana; Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Miembro del Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal de la UPB. Este escrito es resultado del proyecto de investigación “Perspectivas y retos del derecho penal y procesal penal en la sociedad contemporánea”, financiado por el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación (CIDI/UPB) Correo electrónico: ricardo.molina@upb.edu.co

Introducción

Es para mí un honor participar en este Primer seminario internacional sobre perspectivas y retos del proceso penal, no solo porque se realiza en nuestra casa, sino porque tenemos la oportunidad de recibir a una gran cantidad de juristas provenientes de diversas partes del mundo que compartirán sus conocimientos con esta comunidad académica que los recibe con los brazos abiertos. Quiero presentar un especial saludo a dos grandes maestros a quienes le debo muchas enseñanzas, no solo de corte académico sino en lo relativo a la vida: me refiero a los doctores Hernando Londoño Jiménez y José Martín Ostos. Si algo tengo para compartir con todos ustedes, será debido a lo que aprendí de ellos.

Esta ponencia está dividida en tres partes fundamentalmente: en primer lugar presentaré la relación tan estrecha que existe entre el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal; seguidamente, a partir de lo anteriormente expuesto hablaré de los fines de la pena, la verdad, los tipos de justicia que se pretenden alcanzar en las diversas formas de procesamiento penal existentes en nuestro, por así llamarlo, “ordenamiento jurídico”; y finalmente, en tercer lugar, ofreceré unas conclusiones.

1. Relación del derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal

Siempre hemos sostenido que el proceso penal es el instrumento que posibilita la aplicación del derecho penal sustantivo o material a un caso concreto; esto es, la norma de derecho penal sustantivo que define una conducta como delictiva y le asigna una consecuencia jurídica sólo puede y debe ser aplicada a través de ese instrumento llamado proceso penal; esto implica que el proceso penal tenga que ser el “debido”, esto es, que dicho modelo de proceso sea un instrumento de manifestación de civilidad de acuerdo con los postulados establecidos constitucionalmente (Goldschmidt, 1935). Recordemos que en la Constitución Política de Colombia el debido proceso tiene tanta importancia que adquiere la jerarquía de un derecho fundamental, lo cual, entre otras cosas, lo hace susceptible de tutela a través del ejercicio de la respectiva garantía constitucional, esto es, de la acción de tutela.

De lo anteriormente dicho se infiere que el proceso penal es un medio que posibilita la aplicación del derecho penal sustantivo, derecho este que a su vez se fundamenta desde la perspectiva material en el sentido y los fines que se le asignan a la pena (Roxin, 1972). De conformidad con lo prescrito por el artículo 4 del Código Penal Colombiano (Ley 599/200), la pena está llamada a cumplir un

sentido retributivo y unas finalidades preventivas, tanto general como especial (Feijoo Sánchez, 2007). Así pues, el proceso penal es el medio que posibilita que los fines, esenciales y orientadores de la intervención punitiva se materialicen en un caso específico. Esto hace que las normas de derecho penal sustantivo sean determinantes en la creación y aplicación de las normas que regulan o disciplinan el debido proceso penal (Wolter/Freund, 2004).

2. Fines de la pena, tipos de justicia y verdad en el proceso penal

Según lo que se pretenda lograr con la aplicación de una pena a un caso concreto a través del proceso penal, ello nos llevará a una particular forma de justicia e implicará el establecimiento de una particular forma de verdad en el proceso penal (Taruffo, 2009). Puede decirse entonces que en un ordenamiento jurídico habrá tantas formas de procesamiento penal, como tipos de justicia se pretendan lograr a partir del sentido o fin que se le asigne a la pena, fundados en una particular forma de verdad (Ferrajoli, 2006; Gössel, 2000).

Por todo lo dicho, si la persecución penal se fundamenta y busca la aplicación de una pena con sentido retributivo, el Estado adquiere la obligación de perseguir todas las conductas que revistan las características de punible, así como aparece prescrito en la parte primera del artículo 250 de la Constitución Política. Allí se establece lo que ha sido definido como el principio de legalidad en materia procesal penal y ello implica que el Estado debe perseguir oficiosamente todas las conductas presuntamente punibles, excluyendo por tanto cualquier solución alternativa a la persecución penal, dejando al margen, incluso, la prescripción tanto de la acción penal como de la pena. Una actuación persecutoria por parte del Estado concebida de esta manera, está basada en el establecimiento de una verdad material a partir de lo cual de manera absoluta se busca la aplicación de una pena con sentido retributivo.

De otro lado, si la persecución penal se fundamenta en un fin preventivo especial –recordemos que el único válido constitucionalmente sería el positivo– ello daría pie a que no necesariamente se tendrían que perseguir todas las conductas presuntamente punibles; se posibilitaría la aplicación de soluciones alternativas, como por ejemplo la conciliación, la mediación, la suspensión del procedimiento a prueba y la indemnización integral de la víctima. En el orden de ideas expuesto, se vislumbra claramente cómo la verdad que se busca tiende más hacia lo formal, hacia lo procesal, hacia aquello que se deba conocer y reconocer para que la persecución penal materialice una utilidad práctica. Es más, puede otorgarse la potestad a la víctima de decidir sobre el inicio de la persecución y el ejercicio

de la acción penal. Repárese que en estos casos una verdad formal posibilitaría la concreción de una justicia de corte restaurativo.

Ahora bien, si la pena se orienta hacia la búsqueda de finalidades preventivo generales, el Estado podría buscar una verdad simbólica para lograr enviar los mensajes asociados a estos tipos de prevención. Así ocurre, por ejemplo, con los casos de la llamada justicia premial manifestada en nuestro ordenamiento con las figuras de aceptación de responsabilidad penal a través de los mal llamados allanamientos, y de los preacuerdos y negociaciones, donde hay que incluir las causales 4 y 5 del artículo 324 del Código de procedimiento penal, supuestos de colaboración con la justicia ubicados como hipótesis de manifestación del principio de oportunidad (Molina López, 2012). En estos casos el Estado busca una verdad formal, con carácter simbólico, para enviar a la sociedad un mensaje de confianza en el derecho, de restauración de los valores sociales a partir de la imposición de una pena, no obstante que ello haya sido a costa de un premio como lo es una rebaja punitiva considerable para el penalmente responsable. Valga aclarar que la verdad es obtenida no necesariamente a partir de una negociación, sino más bien desde el constreñimiento al procesado a partir del miedo que se le infunde a este por un eventual desenlace del proceso más gravoso para él (Molina López, 2010). Con todo, en la balanza que pondera el costo-beneficio, desgraciadamente resulta más útil para el Estado el mensaje simbólico que se transmite a la sociedad.

En cuanto a la justicia transicional se refiere, esta, a diferencia de las demás, no implica visualizar al Estado en una posición de soberano que ejerce el *ius puniendo*. Por el contrario, la justicia transicional implica que hay dos o más poderes que se encuentran en un plano de igualdad unidos por circunstancias de violencia. En la justicia transicional estos poderes paralelos buscan que la intervención punitiva cumpla fines útiles para la construcción de un nuevo proyecto social, en donde queden erradicadas las circunstancias de violencia que implicaron a los para-poderes. En ese sentido, se negocia la búsqueda de una verdad, casi siempre establecida por una comisión integrada por miembros que representan los intereses involucrados, y a esa verdad se le llama “verdad histórica” o “memoria histórica”, la cual tiene un gran contenido simbólico. Consecuente con ello, las penas o medidas punitivas que se derivan de este tipo de justicia son también de carácter simbólico, y buscan enviar un mensaje para que en la memoria colectiva se asiente la idea de que las situaciones de violencia vividas no volverán a repetirse.

3. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto puede concluirse que son varios los tipos de justicia que se pueden buscar dentro de un ordenamiento, y ello depende, fundamentalmente, del sentido o las finalidades que se pretendan lograr con la pena a impo-

ner en el caso concreto. Todo ello, evidentemente, repercute en la configuración de un determinado modelo de procesamiento penal, ya que este podrá transitar hacia la búsqueda de una verdad material, formal impuesta o formal negociada.

En el caso colombiano vemos que existen muchos tipos de formas de procesamiento penal, como las contenidas en el Código de procesamiento penal (Ley 906/2004), en el Código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098/2006), en el Código penal militar (Ley 1407/2010), en la Ley de justicia y paz (Ley 975/2005), y en el denominado Marco jurídico para la paz contenido en la Constitución política (artículos transitorios 66 y 67). Incluso, puede afirmarse que en el Código de procedimiento penal (Ley 906/2004) se encuentran incluidas varias formas de procesamiento penal, y allí se puede ver claramente hacia dónde se orienta la pena y la verdad que fundamenta la aplicación del derecho penal sustantivo al caso concreto.

De tal modo, pues, conviene tener presente estas consideraciones para analizar cuál es el debido proceso por medio del cual se deberá aplicar el derecho penal sustantivo, para evitar incoherencias como las que se viven frecuentemente en nuestro medio donde no existe claridad si la justicia que se aplica es retributiva, restaurativa, premial o transicional, o si de la verdad que hablamos es material o negociada (Molina López, 2013).

4. Referencias

- Feijoo Sánchez, Bernardo (2007). *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: B de F.
- Ferrajoli, Luigi (2006). *Epistemología jurídica y garantismo*. México D.F.: Fontamara.
- Goldschmidt, James (1935). *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal (conferencias dadas en la universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935)*. Barcelona: Bosch.
- Gössel, Karl Heinz, (2000). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal: aspectos jurídico-constitucionales y políticocriminales*. Cuadernos de Política Criminal (n.º 45), pp. 673-694.
- Molina López, Ricardo (2010). *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Molina López, Ricardo (2012). La conformidad en el proceso penal. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.

Molina López, Ricardo (2013). El desordenamiento jurídico penal colombiano. En: Velásquez Velásquez, Fernando, et al. (Coords.). Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado (pp. 1353-1364). Bogotá: Grupo editorial Ibáñez/ U. Sergio Arboleda/Uniandes/Eafit/Universidad Pontificia Bolivariana.

Roxin, Claus (1972). Política criminal y sistema del derecho penal. Barcelona: Bosch.

Taruffo, Michele (2009). La semplice verità. Roma: Editori Laterza.

Wolter, Jürgen/Freund, George (2004). El sistema integral del derecho penal. Madrid: Marcial Pons.

D ¿De qué hablamos cuando hablamos de verdad en el proceso?

Luis Felipe Vivares Porras¹

1. Introducción

Raymond Carver fue un escritor estadounidense recordado por su poesía y sus relatos breves. Entre estos últimos, existe uno que ha servido de inspiración para el título del presente escrito: *What We Talk About When We Talk About Love*. En esta historia, tres parejas charlan acerca de sus experiencias amorosas mientras plácidamente beben ginebra. A medida que la conversación va avanzando, se dan cuenta cómo una misma palabra —amor— puede admitir diversos (y hasta contradictorios) significados: compromiso, sexo, violencia, convivencia, entrega, ternura, odio, resentimiento. Hablan sin ningún interés de entender, de justificar, de convencer; en realidad, no parece que dialogaran, sino que, pese a estar en una misma habitación, cada uno pronuncia *viva voz* un soliloquio nacido en las profundidades de sus ensimismamientos.

¹ Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Medellín. Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Este escrito es resultado del proyecto de investigación “Perspectivas y retos del derecho penal y procesal penal en la sociedad contemporánea”, financiado por el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación (CIDI/UPB)

Me parece que esta imagen literaria representa aceptablemente la situación actual de la ciencia procesal en lo que respecta al problema del conocimiento de la verdad. Son muchos los teóricos que han elevado su voz, ora proponiendo una solución a este problema, ora despojándolo de su calidad de problema digno de la reflexión jurídica. Pero al leer con detenimiento estas propuestas, advierte cualquier lector que las mismas giran en torno a diversos significados del concepto de verdad.

Quisiera en este texto proponer algunas críticas a las tres teorías más destacadas que existen al respecto, distinguidas por la profesora española Marina Gascón Abellán de la siguiente manera: teoría de la verdad como correspondencia, teoría de la verdad como coherencia y teoría de la verdad como aceptabilidad justificada. En mi concepto, ninguna de estas teorías explica a satisfacción el fenómeno epistémico que ocurre en el interior del proceso jurisdiccional, toda vez que son teorías ancladas en una tradición filosófica anacrónica —o mejor: pensada por generaciones pasadas y destinada a explicar problemas hoy ausentes—caracterizada por la dicotomía *realismo – idealismo*.

Para exhibir mis argumentos al respecto, seguiré el siguiente derrotero: en primer lugar, hablaré del *giro metafísico* ocurrido en la filosofía del siglo XX que aún hoy impacta en contextos aparentemente extraños a ella —como es el caso del derecho procesal—; seguidamente, haré una breve exposición crítica de las tres teorías sobre la verdad antes mencionadas; finalmente, expondré la teoría que considero correcta y que he denominado *perspectivismo jurídico*, pues no pretendo ser otra cosa que la aplicación al derecho procesal del perspectivismo metafísico del filósofo español José Ortega y Gasset.

2. Giro metafísico: superación de la dicotomía realismo-idealismo

Uno de los menesteres más pronunciados de la experiencia jurídica es el conocimiento correcto de los acontecimientos para aplicar sobre ellos, —o mejor: a partir de su ocurrencia— las normas estatuidas por el legislador. Sólo conociendo verazmente la realidad, el aplicador de normas realizará su función correctamente. Esta necesidad se perfila con profunda intensidad en aquel ámbito del derecho llamado *proceso jurisdiccional*. Surge así, en forma natural, el siguiente interrogante: ¿es posible conocer la verdad en el proceso jurisdiccional? Me parece que la forma como Taruffo aborda esta pregunta es la adecuada:

(...) la regulación legal del proceso y de las pruebas no es de por sí un obstáculo para que se determine la verdad de los hechos en el proceso, supuesto que se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto en el que es establecida. Qué tipo de verdad es establecida en el proceso, en qué medida resulta aceptable y su proximidad o lejanía de la verdad que puede establecerse en otros contextos cognoscitivos, es un problema que sólo puede tener soluciones concretas y específicas en función de la naturaleza, de la amplitud y de la incidencia de los límites que imponen las normas de un determinado ordenamiento a la búsqueda de una versión verdadera de los hechos. En consecuencia, puede suceder que las normas de un ordenamiento procesal operen en el sentido de precluir absolutamente o en gran medida el descubrimiento de una verdad aceptable según criterios epistemológicos válidos en un contexto más amplio, del mismo modo que puede suceder que esa preclusión no derive de las normas destinadas al efecto sino de ideas, ideologías o prejuicios que también <<entran en el contexto>> y condicionan el resultado del proceso. Sin embargo, puede también darse la hipótesis contraria, es decir, que a pesar de la presencia de normas, o incluso gracias a ellas, el proceso se oriente hacia el descubrimiento de una verdad aceptable en la medida en que se funde en criterios racionales y controlables. También éste, si se quiere, es un elemento del contexto en el que se plantea el problema de la verdad procesal: no obstante, se trata de un fenómeno distinto y mejor (2002, págs. 79 - 80).

Esta pregunta que, al ser tratada principalmente por teóricos jurídicos, pareciera pertenecer privativamente al pensamiento jurídico, es en realidad una pregunta filosófica. El derecho es aquí sólo uno de los mil caminos desde los cuales se llega a problemáticas esencialmente filosóficas. Ésta es una pregunta que inquierte por la verdad, cuyo conocimiento ha sido y será *el* problema filosófico por excelencia. El filósofo es filósofo porque ansía la verdad, porque desea, con furioso desasosiego, hurgar la realidad y conocerla, saber qué es, estar al corriente de su ser. Preguntarse si en la experiencia jurídica es posible conocer la verdad, no es otra cosa que encubrir con la caparazón de la experiencia jurídica una problemática propia de la filosofía.

Con todo, en el derecho el conocimiento de la verdad no es sólo importante: es también imprescindible. Intuirá fácilmente el lector (aun el mayor de los profanos en temas jurídicos) que todos aquellos fenómenos que se engloban dentro del mismo concepto de *derecho*, se caracterizan por ostentar una nota común: todos suponen la restricción de la libertad humana. Es esta una característica enormemente problemática del derecho, pues la libertad es, con seguridad, el atributo definitivo del hombre, su rasgo esencial. Un hombre cualquiera es y será el conjunto de sus actos, de sus conductas, de sus comportamientos; es todo lo que ha hecho y seguirá haciendo y, por lo mismo, el hombre tiene una historia que lo define, que lo constituye, hasta el punto que resulta más indicado decir que

el hombre *es* su historia. Para hacer (y ser) historia, el hombre goza de un atributo fundamental: la libertad. Nadie distinto a nosotros mismos puede decidir aquello que habremos de hacer; sólo nosotros podemos decidir el curso de nuestras actuaciones, solamente nosotros somos *libres* para encauzar nuestros comportamientos en una dirección u otra. De opinión semejante es Jaspers cuando afirma que:

Al hombre le es dado manejar con libertad su existencia como si fuese un material. Por eso es el único que tiene historia, es decir, que vive de la tradición en lugar de vivir simplemente de su herencia biológica. La existencia del hombre no transcurre como los procesos naturales (67).

Pero es ahí cuando aparece el derecho con sus prohibiciones y órdenes, sus normativas y procedimientos, sus disciplinas y pautas conductuales. Por muchos motivos (no viene al caso recordarlos ahora) el derecho restringe la libertad de los hombres y, para hacerlo, los juzga. De allí el motivo inicial de este apartado: para juzgar correctamente, el operador jurídico deberá inquirir por la verdad de la vida humana que ha de juzgar.

Pero... *quid est veritas?* Esta pregunta enorme, incisiva hasta lo más, desconcedora de certezas rocosas, resurge cada vez que las respuestas dadas pierden vigencia. Estoy convencido de que las respuestas tienen un término de vigencia —de vigor, de fuerza, de brío— que al cumplirse, dejan de responder la cuestión expresada. Esto acontece porque toda pregunta, desde la más doméstica hasta la referida a los insondables misterios del cosmos, nace siempre en el seno de una generación, de una especial clase de hombres. Cada época supone para los hombres que la viven unas exigencias particulares, unos problemas concretos, unas dudas específicas: de allí el sentido de sus preguntas y las condiciones de la respuestas buscadas. “Cada época es un repertorio de tendencias positivas y negativas, es un sistema de agudezas y clarividencias unido a un sistema de torpezas y cegueras” (Ortega y Gasset, *El ocaso de las revoluciones* 619). De nada serviría explicarle a uno de nuestros ancestros cavernarios la dinámica de un eclipse de sol, pues significaría para él un montón de palabras huecas, carentes de sentido y, por lo mismo, inútiles para satisfacer la pregunta que en él brota al ver, con horror, como la brillante divinidad que lo vigila a diario, con incandescente sigilo, se tiñe de negro. Es por este motivo que cabe preguntarse: ¿son vigentes todavía las respuestas que en torno a la verdad dieron en su momento el realismo o el idealismo? ¿Las respuestas originadas en la Antigüedad o en la Era Moderna, por hombres como Parménides o Descartes, como Agustín o Kant, tienen vigor en la hora presente? ¿Son esas respuestas, respuestas efectivas, vigorosas, ineludibles para nosotros? Porque una respuesta vigente es una que no podemos eludir, que responde nuestras dudas querámoslo o no. ¿Esto acontece con las doctrinas que sobre la verdad nos legaron los filósofos antiguos, medievales y modernos?

Al respecto, se anota que desde finales del siglo XIX ha sido una constante en la filosofía occidental reconocer que la razón especulativa, fisicomatemática, si bien útil para comprender el proceso de formulación de juicios en el campo de las ciencias de la naturaleza, resulta totalmente inidónea para abarcar las realidades humanas. Prueba de ello es que la historia (y con toda seguridad las demás ciencias del espíritu) no se deja tratar por la razón ilustrada. Bien lo dice Julián Marías:

(...) la atención a la peculiaridad del conocimiento de las realidades humanas, como distintas a las naturales, llevó, desde diversas perspectivas, al descubrimiento de la historia como realidad irreducible a la naturaleza. Las llamadas <<ciencias morales>>, las *Geisteswissenschaften* del Dilthey, la oposición entre *Natur-* y *Kulturwissenschaft* de Rickert, los nuevos enfoques de la psicología (...) todo ello son caminos diversos a través de los cuales penetran en el horizonte de la ciencia europea, por primera vez y con sorprendente fascinación, esas realidades casi desconocidas antes, sin derecho a ciudadanía teórica, que son, nada menos, la vida humana y la historia (89).

Sentido semejante tienen las siguientes palabras de Gadamer:

(...) el verdadero problema que plantean las ciencias del espíritu al pensamiento es que su esencia no queda correctamente aprehendida si se las mide según el patrón del conocimiento progresivo de leyes. La experiencia del mundo sociohistórico no se eleva a ciencia por el procedimiento inductivo de las ciencias naturales. Signifique aquí ciencia lo que signifique, y aunque en todo conocimiento histórico esté implicada la aplicación de la experiencia general al objeto de investigación en cada caso, el conocimiento histórico no obstante no busca ni pretende tomar el fenómeno concreto como caso de una regla general (2003, págs. 32 - 33).

¿Por qué sucede tal cosa? ¿Por qué las ciencias humanas o del espíritu no se acomodan a los rigores de la razón fisicomatemática? Pues porque la vida humana, la de cada uno de nosotros, no es aprehensible inductivamente y, por lo mismo, no es comprensible con los instrumentos con los que se estudian las *cosas* que encontramos dentro de ella.

Ahora bien: si la vida humana no puede comprenderse desde la razón tradicional, científica, ¿No será esto un claro indicio de la pérdida de vigencia de las teorías tradicionales que se han encargado del problema de la verdad? Porque por lo menos tratándose de la realidad humana, de la vida misma del hombre, se ha reconocido por la filosofía la necesidad de empezar a comprender por razón algo muy distinto a lo indicado por el cándido realismo o el intrincado idealismo, lo que supone por necesidad un cambio en el concepto de verdad. Razón y verdad son conceptos coligados, necesariamente vinculados, como lo están las caras de

una moneda, pues la primera no es más que el camino que tiene el hombre para conocer la segunda. Sin razón no hay verdad y, por fuera de la verdad, carece de sentido hablar de razón. Acudiendo a una metáfora, se me ocurre que es posible comprender el binomio razón - verdad recordando el mito de los Dioscuros, aquellos hijos de Zeus a los que siempre se les veía agarrados de las manos, inseparables, juntos incluso después de la muerte.

Que los conceptos de razón y de verdad cambien para acomodarse a las necesidades que les impone la vida, supone todo un *giro metafísico*, esto es: una revisión de los medios utilizados para auscultar la realidad y una redefinición de lo que entendemos por esta última. Pues bien: es la razón perspectivista, vital, histórica (propuesta con esta terminología por José Ortega y Gasset, pero que se deja entrever en el pensamiento de pensadores como Hegel, Heidegger, Gadamer, Arendt, entre otros) el medio que habrá de conducirnos a una realidad entendida como perspectiva y, por lo mismo, fruto siempre de una interpretación.

La perspectiva —dirá incesantemente Ortega— es un aspecto fundamental de la realidad. Precisamente por serlo, esto es: por ser *la realidad* “y hallarse fuera de nuestras mentes individuales, sólo puede llegar a éstas multiplicándose en mil caras o haces” (Ortega y Gasset, *El Espectador I* 162). Las cosas con las que nos topamos en la vida aparecen según el punto de vista que hayamos adoptado; sus detalles, texturas, matices, radiaciones dependen de la posición que asumamos respecto de ellas. No se afirma (pues no es lo que afirma Ortega) que las cosas sean para cada quien lo que a bien le parezca —no es la realidad simple proyección del intelecto humano—; las cosas *existen*, están allí por cuenta de su íntima objetividad, pero su *esencia*, su consistencia, se organiza conforme son percibidas. Pues bien: se percibe siempre desde un lugar preciso, desde una ubicación especial, desde una posición única en el universo; en suma: desde una perspectiva. Las palabras de Ortega al respecto son de una claridad cristalina:

(...) el mundo exterior no existe sin mí pensarlo, pero el mundo exterior no es mi pensamiento, yo no soy teatro ni mundo —soy frente a este teatro, soy con el mundo—, somos el mundo y yo. Y generalizando, diremos: el mundo no es una realidad subsistente en sí con independencia de mí —sino que es lo que es para *mí* o ante mí y, por lo pronto, nada más (...) como el mundo es sólo lo que me parece que es, será sólo ser aparente y no hay razón ninguna que obligue a buscarle una sustancia tras esa apariencia —ni a buscarla en un cosmos *sub-stante* como los antiguos ni hacer de mí mismo sustancia que lleve sobre sí como contenidos suyos o representaciones las cosas que veo y toco y huelo e imagino. Éste es el gran prejuicio antiguo que debe eliminar la ideología actual. Estamos este teatro y yo frente a frente el uno del otro, sin intermediario: él es porque yo lo veo y es indubitablemente, al menos, lo que de él veo, tal y como lo veo, agota su ser en su aparecerme.

Pero no está en mí ni se confunde conmigo: nuestras relaciones son pulcas e inequívocas. Yo soy quien ahora lo ve, Él es lo que ahora yo veo —sin él y otras cosas como él mi ver no existiría, es decir, no existiría yo. Sin objetos no hay sujeto (¿Qué es filosofía? 342 – 343).

Pero decir que la realidad se encuentra determinada por la perspectiva es decir una verdad a medias, quedando a medio camino. Sí: es cierto que el ser de las cosas y de los hombres depende de la posición desde la cual se les perciba, pero también lo es que la perspectiva que adopta el observador dice mucho —quizá lo más importante— del mismo observador. ¿Por qué algunos descubrimos en la música realidades que otros no logran ni siquiera intuir? ¿Por qué unos ven bondad en aquellas personas temidas por los demás? ¿Por qué podemos pasarnos toda la vida explicándole a alguien el mundo que habita en cualquier cuadro de Monet, pero seguirá sólo viendo colores agolpados en un lienzo deslucido? ¿Por qué una generación es capaz de encontrar en la vida hallazgos nunca imaginados por generaciones anteriores? Habría que elaborar toda una teoría de la perspectiva, intentando identificar las leyes que subyacen en esos regímenes individuales y colectivos de visibilidad, pero es una labor que escapa al estrecho margen de estas páginas introductorias. Sólo me basta resaltar esto: la forma como un hombre enfrenta la realidad y observa los hombres y las cosas, señala quién es ese hombre; indica, con exactitud, cómo es ese yo que hay detrás de todo ese armazón llamado cuerpo.

Ahora bien: al sostener el perspectivismo que todo acto de percepción o de ideación (en suma: de conocimiento de la realidad) se presenta siempre desde una perspectiva, desde un punto de vista particular que no puede soslayarse, sostiene implícitamente que no hay una forma de ver el mundo que pueda considerarse como exclusivamente verdadera. Cada perspectiva, cada punto de vista nos ofrece una cara distinta de la verdad. Esto, desde luego, no quiere decir que todas las perspectivas sean igualmente válidas: el perspectivismo orteguiano, insisto, no es un relativismo, ni epistémico ni valorativo; de su cuerpo conceptual no puede extraerse como conclusión que la realidad es simple proyección del intelecto humano.

Con todo, es claro que el perspectivismo, tal y como lo propone Ortega, acentúa la participación hombre en la configuración de la realidad, pues es el hombre —o mejor: el *yo*— quien es el que asume una determinada posición respecto de todo lo demás que hay —la circunstancia—. Es por este motivo que al aceptar que la perspectiva es un atributo esencial de la realidad, o lo que es lo mismo: a entender que la verdad sólo es comprensible en términos de perspectiva, necesariamente la razón, instrumento humano dirigido a contemplar la verdad, ha de ser *histórica*. El hombre, tal y como se ha dicho unas pocas líneas atrás, es el resultado de sus actuaciones, de sus comportamientos, de sus obras; el hombre es la historia que carga consigo y es partir de ella que se sitúa para percibir el universo. Con menos

palabras: la perspectiva de la cual depende la esencia de las cosas es siempre histórica. Por tal motivo, no hay peculiaridad de la razón humana más incuestionable, rotunda, axiomática que su carácter histórico, su *historicidad*. El hombre es historia y sólo desde esa historia aborda, asume la perspectiva que le permite conocer verazmente la totalidad que lo circunda.

Empero —y aquí comienza a perfilarse, con fino trazo, la gravedad del problema formulado—, el derecho, que juzga al hombre y, al hacerlo, disciplina su actuar, valora positiva o negativamente los efectos de sus actos, lo que en últimas significa que limita su esencial libertad y que, por esto mismo, ha de partir de un conocimiento verdadero del hombre, de una comprensión plena de su biografía, de su historia —en fin: de su vida—, continúa soportando conceptualmente todos sus procedimientos epistémicos, en especial los realizados en el seno de un proceso jurisdiccional, en teorías adscritas al realismo de los antiguos o al idealismo de los modernos. La necesidad de encontrar instrumentos cognoscitivos especiales para aprehender las verdades humanas, instrumentos distintos a los utilizados en la formulación de juicios científicos, no ha sido reconocida ni por la teoría general del derecho, no por cualquiera de las dogmáticas elaboradas a partir de sectores concretos de los ordenamientos jurídicos positivos. Tratándose de la verdad, el derecho sigue anclado en tradiciones que resultan ahora anacrónicas e infructuosas, no porque sean éstas *falsas*, sino porque no responden a las necesidades intelectuales de las generaciones actuales, porque no responden con satisfacción, con irresistible fuerza, el imperecedero interrogante ¿qué es verdad?

3. Tres teorías por superar

Tres teorías resaltan sobre el horizonte teóricojurídico del conocimiento de la verdad. Marina Gascón Abellán hace una sucinta descripción de las mismas (53 – 73), de donde me permito parafrasear lo siguiente:

Teoría de la verdad como correspondencia. Desde este conjunto de doctrinas, la verdad, atributo que puede predicarse solamente de un enunciado fáctico, consiste en su adecuación con la realidad a que se refiere. Un enunciado fáctico es aquel que describe hechos, los cuales se conciben como entidades completamente independientes del enunciado. La verdad del enunciado implicaría una correspondencia entre este y el ente descrito.

Teoría de la verdad como coherencia. Desde esta óptica, la verdad de un enunciado depende de su pertenencia a un sistema coherente de enunciados. Verdadera es aquella proposición que es emitida de acuerdo con las reglas internas de un sistema o conjunto organizado de proposiciones o enunciados.

Teoría de la verdad como aceptabilidad justificada. Esta agremiación de doctrinas, conocida también con el agregado de “pragmáticas” o “pragmatistas”, concibe la verdad de un enunciado a partir de la aceptación general del mismo, sea porque considerándolo verdadero se logre un fin socialmente legítimo (teoría pragmatista instrumental de la verdad) o porque, simplemente, este enunciado se considera comúnmente cierto (teoría pragmatista consensual de la verdad).

Quien conozca el texto de Marina Gascón Abellán que vengo citando, recordará de inmediato que la autora se inclina por la primera de las teorías, descalificando las otras dos. Bastante claras son las razones por las cuales rechaza los conceptos de la verdad como coherencia y verdad como aceptabilidad justificada:

(...) son *constraintuitivos* porque, tanto en el lenguaje común como en el judicial, no se afirma que un conjunto de enunciados sobre hechos sea verdadero porque resulte internamente coherente $\frac{3}{4}$ lo sería entonces una novela $\frac{3}{4}$ o porque sea aceptado $\frac{3}{4}$ incluso unánimemente $\frac{3}{4}$ o resulte más simple que otros, sino porque los hechos que describen han sucedido realmente. En otras palabras, en las convenciones lingüísticas de los hablantes, decir que los enunciados fácticos son verdaderos significa que los hechos que describen han tenido lugar $\frac{3}{4}$ independientemente de que se los conozca o no $\frac{3}{4}$ y no que tales enunciados resultan coherentes o sean aceptables (...) Pero además $\frac{3}{4}$ vinculado a lo anterior $\frac{3}{4}$ los conceptos coherentista y pragmatista de verdad *se desconectan del objeto del proceso* de fijación judicial de los hechos, que no es otro que la reconstrucción de los hechos, tal y como sucedieron. Cuando el juez declara que ciertos hechos son verdaderos no pretende con ellos formular un enunciado que sea coherente con otros o que pueda ser aceptado por cualquier razón. Lo que pretende es reconstruir la realidad, aportar una “información empírica” sobre los hechos en cuestión (64).

No obstante su claridad, envuelven estas razones una fina falacia argumentativa: las mismas dependen de una previa y tácita aceptación de la teoría *correspondencia* de la verdad. Para Gascón Abellán los conceptos de verdad como coherencia y aceptabilidad son constraintuitivos y desconectados con el objeto del proceso, precisamente porque ya ha tomado partido por el concepto de verdad como correspondencia. Se decide por este concepto de verdad, porque los otros dos le parecen inaceptables, pero ha llegado a esta última conclusión porque previamente había aceptado que la verdad no es más que correspondencia entre un juicio descriptivo y un ente descrito.

No es éste un caso de pobreza argumentativa por parte de la autora citada; creo que en realidad nos encontramos en frente de alguien que, sin tener conciencia de ella, habla desde una determinada *creencia* en torno a la realidad y al modo de existencia dentro de ella. Para Marina Gascón Abellán la verdad es un problema

de correspondencia entre juicios y cosas (y no de coherencia entre enunciados o de suposiciones de verdad en función de criterios pragmáticos) pues ella habla —o mejor: piensa— desde la creencia indubitable de la existencia independiente de un sujeto cognosciente y un objeto cognoscible. Por tal motivo, le resultan contraintuitivas e inadecuadas para el proceso doctrinas que rompan o de alguna manera desdenen el esquema fundamental de sujeto — objeto a partir del cual reflexiona y —lo que es más importante— percibe la realidad.

Considero pertinente en este punto, aún con el riesgo de propiciar una amplia digresión, aclarar el concepto de creencia. Para tal efecto, me sirvo exclusivamente de las reflexiones de José Ortega y Gasset. Dice el pensador ibérico al respecto:

Estas <<ideas>> básicas que llamo <<creencias>> —ya se verá por qué— no surgen en tal día y hora *dentro* de nuestra vida, no arribamos a ellas por un acto particular de pensar, no son, en suma, pensamientos que tenemos, no son ocurrencias ni siquiera de aquella especie más elevada por su perfección lógica y que denominaremos razonamientos. Todo lo contrario: esas ideas que son, de verdad, <<creencias>> constituyen el continente de nuestra vida y, por ello, no tienen el carácter de contenidos particulares dentro de ésta. Cabe decir que no son ideas que tenemos, sino ideas que somos. Más aún: precisamente porque son creencias radicalísimas se confunden para nosotros con la realidad misma —son nuestro mundo y nuestro ser—, pierden, por tanto, el carácter de ideas, de pensamientos nuestros que podían muy bien no habérsenos ocurrido.

(...)

Con las creencias propiamente no *hacemos* nada, sino que simplemente *estamos* en ellas. Precisamente lo que no nos pasa jamás —si hablamos cuidadosamente— con nuestras ocurrencia. El lenguaje vulgar ha inventado certeramente la expresión <<estar en la creencia>>. En efecto, en la creencia se está, y la ocurrencia se tiene y sostiene. Pero la creencia es quien nos tiene y sostiene a nosotros (Ideas y creencias, 2006, pág. 662).

Se piensa, se teoriza, se contempla la realidad, por consiguiente, desde un determinado sistema de creencias. Así lo hace Marina Gascón Abellán y cualquier otra persona adepta a la teoría correspondentista de la verdad.

Algo similar se advertiría si, en lugar de ocuparnos de un teórico adscrito a la teoría correspondentista de la verdad, pasáramos a pensadores adeptos a la doctrina coherentista. Un coherentista *cree* que sólo las ideas, sólo los pensamientos pueden ser confiables, mientras que la información obtenida por vía de la percepción sensible es siempre sospechosa. Para ser coherentista debe primero asumirse una específica posición metafísica: sólo puedo conocer aquello que puedo pensar, *ergo* la verdad del conocimiento depende de las relaciones que surjan entre distintos pensamientos.

Lo mismo acontece con un defensor de las doctrinas pragmatistas de la verdad. Lo que caracteriza a este tipo de doctrinas es una asimilación entre la verdad y las razones para aceptarla, o lo que es lo mismo: verdadero será un hecho si *vale la pena* aceptarlo como tal. Aquí estamos frente a un presupuesto epistemológico idéntico al del *coherentismo*: sólo es posible fiarnos de nuestras ideas, sólo nuestros pensamientos nos aportan conocimientos seguros; ergo: la verdad habrá de hallarse en las razones —ideas, pensamientos— que nuestro intelecto nos conceda.

Sin negar los riesgos que apareja toda simplificación, creo que pueden agruparse estas tres teorías en dos orientaciones metafísicas clásicas: el realismo y el idealismo. Realista es la teoría de la correspondencia, idealistas las otras dos. Soy consciente de la ambigüedad que acompaña a ambos términos y, por ende, de la necesidad de determinación de los mismos que existe en todo discurso en los que se traen a colación; por tal motivo, menester es dar una definición certera de lo que entiendo por realismo y por idealismo. Ambas expresiones aluden a dos manera muy distintas de responder el interrogante metafísico por excelencia: ¿Qué es *todo lo que hay*? Así, el realismo dirá: lo que hay son cosas independientes de los sujetos que las perciben —que también son *cosas*—; el idealismo en cambio responderá: de todo lo que parece haber, sólo podemos estar seguro de la existencia del pensamiento, de las ideas. La primera actitud confía en la capacidad de los sentidos para transmitirle al sujeto el conocimiento de todo lo demás que no es él; el idealismo, además de dudar de las facultades sensitivas, considera absurdo preguntarse por todo aquello que no puede pensarse, que no puede envolverse en un pensamiento.

Pero si realismo e idealismo son paradigmas filosóficos superados, si son creencias anacrónicas y, por lo mismo, ya *no creidas*, ¿cómo seguir fundando teorías de la verdad en ellas? ¿Cómo resolver el enorme problema del conocimiento procesal de la verdad acudiendo a filosofías de épocas lejanas, aptas para unas clases de hombres muy distintas a la actualmente vigente? Porque no hace falta ser filósofo para advertir que el realismo peca de ingenuidad con su fe plena en los sentidos, mientras que el idealismo suena a fantasía solipsista, a ingenioso galimatías, condenado a ser sólo una teoría y nunca una creencia (pues: ¿cómo dudar, verdaderamente dudar, de todo lo que está allí afuera y confiar solamente en el pensamiento?).

3. Aproximación al proceso del concepto de verdad como perspectiva

Permanecer anclado a tradiciones realistas o idealistas significa desconocer toda expresión filosófica surgida a lo largo del siglo XX. El problema es que la filosofía

no se puede desconocer: ella impregna todos los ámbitos de la vida, desde los más domésticos hasta los más inusitados, pues es la filosofía la *teoría del universo* que cada generación elabora para comprender su existencia. Las creencias que nos sostienen y desde las cuales observamos la realidad, están siempre infiltradas, en mayor o menor medida, por alguna tradición filosófica que procura —como cualquier filosofía— explicar *todo cuanto hay*, esto es: el universo. Así las cosas, se perfila como una procaz insensatez la insistencia de los teóricos del derecho por seguir acudiendo a realismos e idealismos con miras a describir o prescribir aquellos que sucede o debiese suceder en el proceso en términos cognoscitivos. Con razón sus doctrinas no convencen y no pasan de ser eso, doctrinas, teorías, discursos para exponer en libros y conferencias, pero cuyo impacto práctico es nulo.

¿Qué es aquello que nos dice la filosofía de la hora presente a nosotros, simples abogados, que inquirimos por la verdad por estricta necesidad profesional? En este punto acudo una vez más a Ortega, volviendo a transcribir un texto citado unas páginas atrás, pero esta vez intentaré extraer de él las respuestas a este último interrogante lanzado. Una vez que muestra como el idealismo supera al realismo en forma definitiva (pues no hay vuelta atrás una vez se ha descubierto que el mundo, las cosas, la realidad como tal, sólo es conocida por el sujeto a través del pensamiento y, por lo mismo, sólo de la existencia del pensamiento podemos estar seguros), el filósofo español sostiene lo siguiente:

(...) el mundo exterior no existe sin mi pensarlo pero el mundo exterior no es mi pensamiento, yo no soy teatro ni mundo —soy frente a este teatro, soy con el mundo—, somos el mundo y yo. Y generalizando, diremos: el mundo no es una realidad subsistente en sí con independencia de mí —sino que es lo que es *para mí* o ante mí y, por lo pronto, nada más. Hasta aquí marchamos con el idealismo. Pero agregamos: como el mundo es sólo lo que me parece que es, será sólo ser aparente y no hay razón ninguna que obligue a buscarle una sustancia tras de esa apariencia —ni a buscarla en un cosmos *sub-stante* como los antiguos ni hacer de mí mismo sustancia que lleve sobre sí como contenidos suyos o representaciones las cosas que veo y toco y huelo e imagino. Éste es el gran prejuicio antiguo que debe eliminar la ideología actual.

Estamos este teatro y yo frente a frente el uno del otro, sin intermediario: él es porque yo lo veo y es indubitablemente, al menos, lo que de él veo, tal y como lo veo, agota su ser en su aparecerme. Pero no está en mí ni se confunde conmigo: nuestras relaciones son pulcas e inequívocas. Yo soy quien ahora lo ve, él es el que ahora yo veo —sin él y otras cosas como él mi ver no existiría, es decir, no existiría yo. Sin objetos no hay sujeto. El error del idealismo fue convertirse en subjetivismo, en subrayar la dependencia en que las cosas están de que yo las piense, de mi subjetividad pero no advertir que mi subjetividad depende también de que existan objetos. El error fue

hacer que el yo se tragase el mundo, en vez de dejarlos a ambos inseparables, inmediatos y juntos mas, por lo mismo, distintos.

(...)

(...) si existe el pensamiento existen ipso facto yo que pienso y el mundo en que pienso, y existe el uno con el otro, sin posible separación. Pero ni yo soy un ser sustancial ni el mundo tampoco —sino que ambos somos en activa correlación: yo soy el que ve el mundo y el mundo es lo visto por mí. Yo soy para el mundo y el mundo es para mí. Si no hay cosas que ver, pensar e imaginar yo no vería, pensaría o imaginaría —es decir, yo no sería (¿Qué es filosofía? 342 – 343).

Si la realidad, como sostiene Ortega, supone la conjunción necesaria entre el yo y las cosas circunstantes, si yo soy para ellas y ellas son para mí, tenemos entonces que la verdad de las cosas, aquellos que las cosas son, depende de mí ver, de mí mirar, de mi contemplar, en suma: de mi perspectiva. La perspectiva es un atributo esencial de la realidad porque ella es según aparece ante el sujeto, como es vista por el sujeto. La realidad no es *algo* que está allá, afuera de mí, allende a mi yo. La realidad es la consecuencia de la perspectiva que asumo frente a eso otro que no soy yo pero que está conmigo.

Espero que mis deficiencias expresivas no prive al lector de advertir la magnitud de este descubrimiento. La realidad va construyéndose conforme al punto de vista adoptado. No digo que cada uno de nosotros determina para sus adentros lo que es real y lo que no: *el perspectivismo no es un relativismo*. La realidad es lo que aparece ante nosotros siempre desde un punto determinado del universo. La realidad muta, cambia, se transforma de acuerdo a la manera como la vemos. Las cosas circunstantes, lo que me rodea pero no soy yo, son, consisten, *significan* para mí en cuanto yo las percibo desde un lugar y un momento únicos.

¿Por qué entonces, osará cualquiera a preguntar, la realidad parece fija, estática, independiente de las perspectivas humanas? La respuesta sería categórica: la realidad no es fija, nunca estática y siempre sujeta al perspectivismo. Al respecto, son de suma utilidad las siguientes palabras de un pensador que, en apariencia, se encuentra en la orilla opuesta de Ortega o, por lo menos, pareciera que le interesarán problemáticas ajenas a las habituales en el pensamiento del español:

(...) los objetos *son* solo en una plenitud de significados diversos, a su ser respectivo pertenece una tradición continua, un prolongado ser devenido, a través del cual han sido colocados en un vasto espacio vital y mundial y en el cual, asimismo, se siguen desarrollando continuamente, determinados por él y determinándolo a él, en permanente transformación. Y, junto a esta movilidad y determinación múltiples, pertenece a tales objetos una disonancia o más bien una múltiple escisión específica; su realidad, su efecto sobre la existencia [*Dasein*] humana de su espacio y de su tiempo, es tal que disocia

a tal existencia [*Dasein*] en oposiciones, cuyo fundamento reside en tales objetos mismos. Para esbozar a grandes rasgos tales oposiciones: la existencia [*Dasein*] humana valora su realidad positiva o negativamente, como caduca [*Verfallend*] o con futuro, echa mano de ella para la configuración de su existencia o se enfrenta con ella o se coloca ante ella indiferente. Y ese movimiento respecto a los objetos, escindido en diversos modos, los impele a una continua transformación (...) **De manera que a la plena comprensión de un objeto histórico en su realidad concreta pertenece la aprehensión de toda esa movilidad en el acontecer. Pero una tal comprensión plena es imposibilitada desde el principio cuando el objeto histórico es tomado como rígido y aislado, separado de su historia, y es visto como identidad, carente de oposiciones, << a través del tiempo >>, en lugar de como un devenir, un obrar y un transcurrir en el tiempo múltiplemente escindidos; cuando sólo se lleva ante la mirada la positividad respectiva del objeto y no también su negatividad, que le pertenece del mismo modo: lo que ha sido y lo que será y lo que no es pero constituye su realidad, puesto que lo determina y lo mueve** (Marcuse, 2011, págs. 98 - 99)².

No puedo identificar en este espacio el perspectivismo orteguiano con la dialéctica que expone en este párrafo Herbert Marcuse; pero una cosa es clara: el pensador alemán advierte, como lo hace el español, que la realidad cambia conforme es percibida a lo largo del tiempo (y, habría que agregar, a lo ancho del espacio). El problema del tiempo es de especial claridad, porque es desde la historia donde se descubre el carácter móvil del *ser* de las cosas, dependiente siempre del hombre que las percibe. Es, en consecuencia, desde la historicidad de cada ente donde ha de buscarse la esencia del mismo.

Bajo este contexto, se comprende en su justeza la celeberrima —y a veces maltratada— frase orteguiana: *yo soy yo y mis circunstancias*. Los entes que necesariamente están a mí alrededor, *circundándome*, pero que no se confunden conmigo, la realidad cuya consistencia depende de la perspectiva asumida por mí, me completa, pues ella y yo, o mejor: mi relación con ella es lo que suele llamarse vida. Vivir es lidiar con las circunstancias.

Admitido lo anterior, consecuencialmente deberá admitirse que la verdad —el problema que originalmente nos ha convocado— se da siempre desde las posiciones adoptadas por el yo respecto de las circunstancias en las que está inmerso. El perspectivismo consagra como presupuesto el carácter múltiple y cambiante de la realidad y, por lo mismo, considera que la verdad se hallará en la unión progresiva de tales perspectivas.

2 Las negrillas son mías.

El paciente lector que ha seguido la línea argumentativa trazada desde el inicio de este ensayo, se alegrará de saber que, una vez nos hemos acercado al concepto de verdad como perspectiva, podemos abordar un último problema: ¿qué supone para el proceso jurisdiccional este cambio de *creencia* en lo que respecta a la verdad? La respuesta a este interrogante es, sin embargo, tan simple, tan llana, tan evidente, que el lector corre el riesgo de malinterpretarla y desatender su importancia. Es comprensible: he propuesto una reflexión que atañe directamente al núcleo esencial de todas nuestras creencias —la realidad misma—, he exhortado al lector a que salga de su comodidad y cavile sobre el profundísimo problema de la verdad, para llegar finalmente a un escenario tan común para nosotros los abogados, tan habitual, tan *normal*, que *prima facie* parecerá inverosímil. Pero qué se va hacer, así son las cosas, yo no puedo alterarlas.

Si la verdad ha de hallarse en las perspectivas asumidas por los sujetos, toda vez que la realidad está dominada a las mismas —mejor: la realidad son estas perspectivas—, pues entonces en el proceso ha de favorecerse el conocimiento y valoración de estas por parte del ente juzgador, lo que se logra claramente con una estructura contradictoria, dialéctica, *adversarial* del procedimiento. Cornelutti, verdadero clásico del derecho procesal, en una pequeña y famosa monografía suya (*Cómo se hace un proceso*, 1998), explicaba con finura y claridad la importancia del contradictorio: en la oposición de razones, en la expresión dialéctica de las versiones de cada una de las partes, está la verdad, así como la chispa se halla en el choque de dos pedernales.

¿Tantas vueltas para llegar al llamado *proceso dispositivo*? Lamentablemente, sí. Pero ahora se cuenta con un edificio conceptual que justifica la idoneidad de este método para alcanzar la verdad dentro del proceso, lo que no deja de resultar paradójico cuando se recuerda que la estructura dispositiva ha sido impugnada por muchos, entre ellos Taruffo (2010), por su ineptitud para alcanzar la verdad, y alabada por otros, por ejemplo Alvarado Velloso (2008), no porque sirva para conocer la verdad, sino porque hace del proceso un método de debate equilibrado. Con la doctrina acá planteada, es posible ver en el contradictorio no sólo la garantía procesal de la verdad, sino también la garantía procesal de la igualdad.

Referencias

- Alvarado Velloso, A. (2008). *Introducción al estudio del Derecho Procesal* (Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Cornelutti, F. (1998). *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis.

- Gadamer, H.-G. (2003). *Verdad y método* (Vol. I). (A. A. Agapito, Trad.) Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid : Marcial Pons .
- Jaspers, K. (2000). *La filosofía* . México : Fondo de Cultura Económica .
- Marcuse, H. (2011). Sobre el problema de la dialéctica I. En H. Marcuse, *Entre hermenéutica y teoría crítica* . Madrid : Herder.
- Ortega y Gasset, J. (2004). El Espectador I. En J. Ortega y Gasset, *Obras Completas* (Vol. II). Madrid : Santillana Ediciones Generales, S.L..
- Ortega y Gasset, J. (2006). Ideas y creencias. En J. Ortega y Gasset, *Obras completas* (Vol. V). Madrid: Santillana Ediciones Generales.
- Ortega y Gasset, J. (2008). ¿Qué es filosofía? En J. Ortega y Gasset, *Obras Completas* (Vol. VIII). Madrid: Santillana Ediciones Generales , S.L.
- Taruffo, M. (2002). *La Prueba de los hechos* . Madrid : Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid : Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Trotta.

La prescripción de la acción penal desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales

The statute of limitations of the criminal action
from the perspective of fundamental legal concepts

Óscar Fernando Jiménez Echeverri¹

Resumen

La propuesta de este trabajo radica en analizar la prescripción extintiva a la luz de los conceptos jurídicos fundamentales desarrollados por la Teoría General del Derecho y cómo se presenta en la mal llamada acción penal. Para ello, me centraré en determinar el objeto de la prescripción extintiva, su naturaleza jurídica, su relación con la caducidad, concluyendo finalmente que no es posible su aplicación respecto del concepto de “acción” en el proceso penal, ya que en este ámbito no existe el derecho de acción y, en rigor, el paso del tiempo no produce el fenómeno de la prescripción, sino que es un límite temporal al ejercicio de la potestad de castigar que tiene el Estado.

Palabras clave: Hohfeld. Prescripción extintiva. Derecho subjetivo. Caducidad. Potestad.

Abstract

The purpose of this work is to analyze the statute of limitations, taking into account the fundamental legal concepts developed by the general theory of law and how it is presented in the inappro-

¹ Estudiante de último semestre de pregrado de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, en Medellín-Colombia, aspirante al título de Abogado, integrante del Semillero de Derecho Penal de la misma Universidad, vinculado éste al Grupo de investigaciones en Sistema y Control Penal, línea investigativa dentro la cual se presenta este texto. C.C. 1.020.450.424. Correo electrónico: ocar1204@hotmail.com.

priately named criminal action. To do this, I will focus on determining the statute of limitation's object, its legal nature and its relation with expiry; concluding finally that it's not possible its application to the concept of "action" in criminal proceedings, because in the field of criminal law there is not such thing as "the right of action", and, strictly speaking, the course of time doesn't cause the statute of limitation, but it is more a temporary limit to the power of punishment that the State has, commonly known as "ius puniendi".

Keywords: Hohfeld. Statute of limitations. Right. Expiry. Power.

Sumario

1. Introducción. 2. La prescripción extintiva. 2.1. Precisión terminológica. 2.2. Objeto. 2.3. Naturaleza jurídica. 2.4. Relaciones entre prescripción y caducidad. 3. Prescripción de la acción penal. Referencias.

1. Introducción

La prescripción es una institución esencial para la convivencia pacífica, que provee certeza en las relaciones jurídicas cuando se prolonga a lo largo de un determinado periodo de tiempo un cierto estado de cosas. Generalmente es abordada por los estudiosos del derecho civil, bien como modo de adquirir el derecho de dominio, o bien como modo de extinguir obligaciones, pero casi siempre desde una perspectiva limitada a la normatividad propia de cada país; en otras ocasiones, su aproximación es un poco más profunda cuando, por ejemplo, es acometida por juristas a través de un método comparativo e histórico² que permita un correcto entendimiento del derecho vigente.

Ahora bien, es común que quienes se dedican al derecho penal, cuando analizan la prescripción como forma de extinguir la responsabilidad penal, lo hagan, bien intentando asimilar los rasgos de la figura en materia civil al ámbito penal, o bien elaborando unas teorías en busca de la autonomía de la prescripción en materia penal, que, a decir verdad, poco ayudan a determinar su naturaleza jurídica. Por

² Es ilustrativa la forma como el maestro Cornelutti resalta la importancia de esta manera de abordar un objeto: "Si yo hago más bien comparaciones *internas* que comparaciones *externas*, esto es debido, en primer lugar a la limitación de mis fuerzas, y no me arriesgo a completar la una y la otra, porque soy un pobre y pequeño hombre; y en segundo lugar, porque mis pocas fuerzas están mejor dedicadas a aquella comparación *interna* que hasta ahora ha reclamado mucho menos la atención de los estudiosos. Pero sepan los jóvenes, que si yo hubiese tenido medios para surtir mis libros con los jugos de una larga cultura histórica y comparativa, los habría juzgado menos imperfectos de lo que son" (Cornelutti, 2003, págs. 440-441).

ello, considero que plantear el análisis de la prescripción extintiva desde la Teoría General del Derecho posibilitará un acercamiento más adecuado a sus elementos y un correcto entendimiento de cómo funciona en todas las parcelas de todos los ordenamientos jurídicos existentes y posibles, dentro de los cuales está incluido, obviamente, el derecho penal.

No pretendo originalidad³, y menos aún luego de la frase del maestro italiano, que se reconoce como un “pobre y pequeño hombre”, pues si uno de los juristas más grandes que ha tenido la historia reconoce sus limitaciones, resulta complicado asignarle valor al propio trabajo. Mi único objetivo es que quienes se acerquen al estudio de la prescripción sean un poco más críticos y se sitúen desde una perspectiva que permita una comprensión más integral del fenómeno jurídico, como lo es la Teoría General del Derecho.

2. La prescripción extintiva

2.1 Precisión terminológica

En el lenguaje jurídico el término prescripción es ambiguo, ya que alude, por lo menos, a tres realidades distintas. Por una parte, se utiliza el vocablo prescripción para ordenar o mandar que se haga algo; en segundo lugar, prescripción se refiere a un modo en virtud del cual se adquiere el dominio de las cosas que se han poseído por el plazo determinado en la ley, también conocido como usucapión; en tercer lugar, el término prescripción indica —por lo pronto convengámoslo así— un modo de extinguir derechos, obligaciones y acciones. Esta última acepción ha sido conocida como prescripción extintiva y constituye el objeto de este escrito.

3 “No me interesaba la originalidad, sino la verdad —actitud muy antigua o tal vez muy moderna—. Tuve desde muy joven la impresión de que la busca de originalidad a todo trance ha sido la plaga de la creación intelectual, literaria, artística de la época contemporánea, desde hace poco más de un siglo; tuve el barrunto de que la originalidad es algo que se da por «añadidura» cuando no se la busca, cuando se piensa o crea desde la propia realidad —que es siempre única, insustituible— [...] Me preocupaba más dejar escapar la verdad. No quería ser como el caballero del viejo romance: *tener la niña en el campo y catarle cortesía*. No estaba dispuesto a «catarle cortesía» a esa niña que es la verdad; no quería dejar que se me fuera de entre las manos por estar mirando a los demás. No me importaba ser inferior a otros —estaba seguro de ser inferior a tantos—: me importaba ser inferior a mí mismo [...] «Cuanta menos originalidad mejor» —esta era mi divisa inconsciente y hasta ahora nunca formulada—; había que ser original si no había más remedio” (Marfas, 1981, p. V).

2.2 Objeto

Hecha la aclaración anterior, con la finalidad de precisar un poco más los conceptos, pasemos a abordar el objeto de la prescripción extintiva, cuestión en la que el Código Civil colombiano, al igual que muchos otros de tradición romana, ha creado una confusión. En efecto, el artículo 2512 señala que “la prescripción es un modo de (...) extinguir las acciones o derechos ajenos...”; mientras que el artículo 1625 dispone que “las obligaciones se extinguén además en todo o en parte (...) 10) por prescripción”. De ahí que sólo un análisis riguroso de los conceptos de acción, derecho subjetivo y obligación jurídica nos permitirá entender el objeto sobre el cual recae la prescripción extintiva.

La Teoría General del Derecho nos brinda la distancia intelectual adecuada para apreciar y comprender el fenómeno jurídico. Para ello, se encarga de estudiar el concepto de derecho y los conceptos jurídicos fundamentales⁴, esto es, los conceptos que son comunes a todas las parcelas de todos los derechos positivos existentes y posibles. Guastini señala que se trata de conceptos “susceptibles de ser empleados para describir cualquier sistema jurídico, o bien instituciones comunes a todos los ordenamientos (sin distinción de espacio ni de tiempo)” (1999, pág.22).

Pues bien, sobre los conceptos jurídicos fundamentales se han expuesto tantas teorías como autores existentes; sin embargo, para efectos de este trabajo nos interesa especialmente la formulada por un profesor norteamericano, llamado Wesley Newcomb Hohfeld—por fortuna cada vez menos desconocido en nuestro medio—, quien con su monografía *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, publicada por primera vez en 1913, realizó una gran contribución a la ciencia del Derecho.

Hohfeld (2004), luego de hacer un análisis del lenguaje utilizado por los tribunales norteamericanos, se percató de que estos encuadraban en el binomio derecho-deber las diversas situaciones que una persona puede ocupar en una relación jurídica, desconociendo con ello otro tipo de situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja. Así, para el mencionado autor existen cuatro parejas de conceptos jurídicos *correlativos* y cuatro parejas de conceptos jurídicos *opuestos*. Las situaciones jurídicas de ventaja son el derecho subjetivo, el privilegio, la potestad y la inmunidad; las situaciones jurídicas de desventaja son el deber, el no-derecho, la sujeción y la incompetencia.

⁴ Son conceptos jurídicos fundamentales, por ejemplo, los conceptos de sanción, acto ilícito, deber jurídico, obligación, carga, derecho subjetivo, privilegio, no derecho, potestad, sujeción, inmunidad, incompetencia, persona, bien jurídico.

Conceptos jurídicos correlativos

Derecho – Deber
Privilegio – No Derecho
Potestad – Sujeción
Inmunidad – Incompetencia

Conceptos jurídicos opuestos

Derecho – No Derecho
Privilegio – Deber
Potestad – Incompetencia
Inmunidad – Sujeción

Al tratarse de situaciones correlativas y opuestas, y no de situaciones aisladas, se concluye que los sujetos siempre hacen parte de relaciones jurídicas; esto es, no existe alguien que tenga un derecho subjetivo sin que exista otro que tenga un deber correlativo. En este sentido Del Vecchio define la relación jurídica como “un vínculo entre personas, en mérito del cual, una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada” (1974, pág. 401). Por su parte, Carnelutti (2003) habla de una relación regulada, entendida como conflicto de intereses, en la cual el efecto de la regulación es la atribución a los interesados de un poder y de un deber.

Ahora bien, para determinar sucintamente el alcance de cada una de las situaciones jurídicas nos remitimos al valioso análisis sobre el trabajo de Hohfeld, realizado por Solano en su estudio sobre la naturaleza jurídica del *ius puniendi*:

El derecho es, entonces, facultas exigendi, es facultad, normativamente fundada, para exigirle a otra persona la realización de determinada conducta; el derecho es, por esencia, derecho a la conducta ajena, derecho a la conducta de otro. El privilegio es facultas agendi, es posibilidad de determinar la propia conducta, es una libertad reconocida y protegida por el Derecho; la libertad es la posibilidad de escoger entre diversas posibilidades existenciales; todo privilegio es una libertad, pero no toda libertad es un privilegio; el privilegio es un “derecho” a la propia conducta, a hacer o no hacer algo. La potestad es capacidad para intervenir en la esfera jurídica del otro, es capacidad para crear normas jurídicas, generales y abstractas o particulares y concretas, y para ejecutar sus consecuencias; potestad es capacidad normativa. Sujeción, que no *deber* u *obligación*, es un estado de sometimiento, de subordinación al ejercicio de una potestad; se está sujeto sin que se tenga el deber de someterse voluntariamente al ejercicio de la potestad. Inmunidad es un estado, del que se goza en determinadas circunstancias, de no sometimiento, de no subordinación al ejercicio de una potestad. Incompetencia, por último, es la incapacidad para, en determinadas circunstancias, ejercer válidamente, respecto de determinadas personas, la potestad de que se es titular (Solano, 2012, págs. 199-200).

Así, pues, cuando un sujeto tiene un derecho subjetivo, existe otro que correlativamente ostenta un deber; de lo cual surge la inquietud de ¿cómo se relaciona con este binomio derecho-deber el término obligación? Puede ocurrir que alguien utilice indistintamente las expresiones “A tiene el deber de realizar el acto x” y “A tiene la obligación de realizar el acto x” como sinónimos, para aludir a la situación correlativa al derecho subjetivo.

Para diferenciar ambos conceptos, la doctrina ha señalado que el deber es la “necesidad” de beneficiar a la comunidad, mientras que la obligación es la “necesidad” de beneficiar a una persona o más, determinadas (Barrios, 2005). Aunque resulta problemático formular esta situación pasiva en términos de necesidad⁵, se puede afirmar que ambos imperativos se diferencian dependiendo de quién sea el titular del correlativo atributo. En este orden de ideas, el titular del correlativo atributo respecto de un deber es el Estado, en representación de la comunidad; por su parte, el titular del correlativo atributo respecto de una obligación es una persona determinada, llamada acreedor.

Ahora bien, es importante señalar que la concepción romana de obligación aludía no a una situación de desventaja, sino a la totalidad de la relación jurídica. Así, por ejemplo, Lucrecio Jaramillo, quien en su libro *Derecho romano* señala que “la obligación es una relación jurídica entre dos personas que implica para una de ellas (= el deudor) el deber de cumplir determinada prestación en favor de otra persona (= el acreedor)” (Jaramillo, 2000, pág. 188). Sin embargo, es claro que hoy en día se entiende que la obligación es la situación correlativa al derecho subjetivo.

De esta manera, vamos aclarando un poco lo dispuesto por nuestro Código Civil cuando establece que prescriben las acciones, los derechos y las obligaciones. En realidad, vistas las cosas a la luz de la Teoría del Derecho, lo que prescriben son los derechos subjetivos y su correlativa obligación jurídica, esto es, el objeto de la prescripción es la relación jurídica, teniendo en cuenta la siguiente precisión.

Por regla general, los ordenamientos jurídicos exigen, por razones históricas y por la naturaleza de los intereses en juego, que la prescripción sea declarada judi-

5 “Un enunciado formulado en términos de “necesidad” no es idóneo para expresar una norma ni para describirla. El término “necesidad” alude, en efecto, a una conexión causa-efecto o condición-consecuencia. Los enunciados en términos de “necesidad” tienen la propiedad de ser verdaderos o falsos y son enunciados puramente fácticos (esto es, versan sobre hechos, no sobre normas) [...] sería absolutamente inapropiado traducir el enunciado (atlético) “Debes abrir el paraguas para no mojarte” por el enunciado (deóntico) “Tienes la obligación de abrir el paraguas...”; la traducción correcta es, intuitivamente, esta otra: “Es necesario que tú abras el paraguas...”. Y viceversa, “No debes matar” no puede traducirse por “Es necesario que tú no mates”, sin perder el significado normativo del enunciado (Guastini, 1999, pág. 113).

cialmente, lo que implica que el solo transcurso del tiempo no afectaría la relación jurídica. En efecto, aunque materialmente los elementos de la relación hayan mutado por el paso del tiempo, hasta tanto no medie una declaración judicial, no se producirán los efectos jurídicos extintivos.

Por último, en lo que se refiere al objeto de la prescripción, solo resta aclarar a qué se refiere el Código Civil con la llamada prescripción de las acciones, lo cual, como pasará a explicarse, en nada afecta la conclusión a la que hemos llegado, toda vez que la acción es un derecho subjetivo más.

Inicialmente la acción era identificada con el mismo derecho subjetivo, y no como un derecho subjetivo más, siendo ilustrativa una definición del jurista romano Celso, para quien “la acción no es más que el derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno” (González, 2012, pág. 15). Esta es la que se ha denominado teoría clásica o monista de la acción, acogida por el Código Civil colombiano, según se desprende de los artículos 665 y 666, que señalan, respectivamente, que de los derechos reales nacen las acciones reales y que de los derechos personales surgen las acciones personales. En suma, señala que a cada derecho corresponde una acción determinada, lo cual se concluye, por ejemplo, de la existencia de la acción reivindicatoria, de la acción pauliana, de la acción publiciana, etc.

La prescripción extintiva tuvo su origen en el derecho romano, aunque de manera tardía, pues en un comienzo las acciones y sus respectivos derechos eran perpetuos. Fue con el emperador Teodosio II, específicamente con su constitución del año 424, que se estatuyó la *praescriptio triginta annorum*, en virtud de la cual fenecían todas las acciones no ejercitadas durante treinta años (Iglesias, 1958). Era una forma de extinción de acciones, ya que para los romanos, tal y como se explicó, el derecho de acción y el derecho subjetivo eran uno mismo.

Esta concepción clásica de la acción, aunque aún subsiste en nuestro Código Civil, fue superada gracias a los avances de procesalistas como Bernhard Windscheid, Theodor Muther, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti y Ugo Rocco, entre otros. De hecho, hoy en día la doctrina es pacífica en entender la acción como un derecho subjetivo autónomo e independiente del derecho sustancial, que tiene cualquier persona para exigirle al Estado, como titular de la potestad pública llamada jurisdicción, la creación de una norma, particular y concreta, por vía de la cual se resuelva el litigio proyectado a través del acto jurídico denominado pretensión procesal (Quintero y Prieto, 2000). Esta es la llamada teoría abstracta de la acción.

¿Qué relación existe, entonces, entre derecho subjetivo y pretensión? Ciertamente, Hohfeld (2004) pareciera equiparar ambos conceptos, pero realmente son

distintos, y más que distintos, complementarios. Quien tiene un derecho subjetivo se encuentra en una situación jurídica, y las situaciones jurídicas le otorgan a la persona que se encuentra en ellas la posibilidad de ejercer ciertos actos, con miras a transformar relaciones jurídicas.

Pues bien, el acto jurídico mediante el cual se ejerce un derecho subjetivo se denomina pretensión, que puede ser procesal, si se trata del derecho de acción, o material⁶, si se trata de cualquier otro derecho subjetivo. En efecto, la pretensión material es un reclamo directo que se realiza contra el deudor para que satisfaga su situación de obligación a través de otro acto jurídico denominado pago; mientras que la pretensión procesal es el acto en virtud del cual se solicita al órgano jurisdiccional una tutela concreta frente a una persona determinada con fundamento en un hecho con relevancia jurídica.

En términos sencillos, el derecho de acción otorga un derecho al proceso y a la sentencia—independientemente de su contenido—, pero cuando, además, se es titular del derecho sustancial que se invoca como fundamento de la pretensión procesal; esto es, cuando coinciden tanto la pretensión procesal como la pretensión material en cabeza de una misma persona, se tiene el derecho a una sentencia favorable.

Más adelante retomaré los conceptos de acción y pretensión cuando analicemos su aplicación en el proceso penal.

2.3 Naturaleza jurídica

En acápitos anteriores señalé que la prescripción extintiva es un modo de extinguir la relación jurídica, y ello es lo que comúnmente se ha aceptado por los estudiosos del derecho civil; sin embargo, el especial enfoque de este trabajo justifica un análisis menos simplista, que permita ir superando esa visión de la dogmática y establecer a la luz de la Teoría General del Derecho la naturaleza jurídica de esta institución.

Para empezar, es preciso mencionar que la prescripción no puede concebirse como una sanción para el acreedor por no haber ejercido su derecho oportuna-

6 Beatriz Quintero y Eugenio Prieto señalan que el concepto de pretensión material fue descubierto por Windscheid, lo cual se desprende a partir de un ensayo suyo titulado *La actio del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual*, en el cual el autor alemán “sostiene que toda violación o desconocimiento de un derecho sustancial origina una pretensión en favor del lesionado y en contra del violador, para obtener el resarcimiento del daño o la satisfacción de la obligación” (Quintero y Prieto, 2000, pág. 229).

mente. El concepto de sanción es definido por Kelsen como “acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico” (Kelsen, 2008, pág. 70). Este acto coactivo tiene lugar, de acuerdo con Kelsen, por la comisión de un acto antijurídico, que preferimos, siguiendo a Cornelutti (2003), denominar como acto ilícito, ya que una cosa es lo lícito y otra lo jurídico: lo lícito es lo conforme a derecho, mientras que lo jurídico es lo relativo al derecho; por ello, hablar de acto antijurídico es hablar de un acto que no pertenece al derecho.

La prescripción no se fundamenta en ningún acto ilícito que cometa el titular del derecho subjetivo; por el contrario, utilizando la terminología de Hohfeld, el ejercicio de un derecho subjetivo constituye un privilegio; es un *facultas agendi*, una facultad reconocida y protegida por el derecho que tiene el titular del derecho subjetivo de ejercerlo o no; es libre de formular alguna pretensión material o procesal, sin que de su inacción pueda justificarse la imposición de un acto coactivo, pues el no ejercicio de un privilegio no puede dar lugar a una sanción.

Ahora bien, con miras a entender un poco mejor la naturaleza de la prescripción es pertinente resaltar el valioso análisis realizado por el maestro Cornelutti (2003), para quien la prescripción es un efecto jurídico que nace de un hecho jurídico temporal o de omisión, en virtud del cual “la juridicidad de una situación cambia, o más bien se transforma por completo, con el simple durar de sus elementos materiales, más allá de cierto tiempo” (Cornelutti, 2003, pág. 236).

Así, es menester aclarar qué entiende Cornelutti por hecho jurídico, por hecho jurídico temporal y por efecto jurídico. El maestro italiano elaboró toda una teoría sobre los hechos jurídicos con la finalidad de facilitar y aclarar el conocimiento de los fenómenos del derecho. En primer lugar, define el hecho jurídico como el “cambio de una situación jurídica o, en otras palabras, como un hecho material al que acompaña el cambio de una situación jurídica” (Cornelutti, 2003, pág. 227). Acto seguido, expone una serie de clasificaciones sobre el hecho jurídico, dentro de las cuales se encuentra la de hechos jurídicos temporales, espaciales y formales.

El jurista de Udine critica que cuando se piensa en un hecho inmediatamente se establezca una relación con una conducta positiva, con un actuar, y en tal sentido expone que existen otro tipo de hechos jurídicos, bastando observar, por ejemplo, y en relación con el hecho temporal, que “la expresión de un hecho es simplemente también la duración de una situación” (Cornelutti, 2003, pág. 237). En el ordenamiento jurídico encontramos una serie de hechos temporales—silencio— a los que se les atribuye algún efecto; verbigracia, la omisión de denuncia, la aceptación tácita de una factura, la inacción del acreedor en ejercer su derecho, el silencio administrativo —al cual el derecho colombiano le confiere erróneamente la calidad de acto jurídico—, etc.

Los efectos jurídicos se conciben, entonces, como el cambio entre una situación jurídica inicial y una situación jurídica final, posibilitada por la ocurrencia de un hecho, que, por esa razón, recibe el calificativo de jurídico. En materia de prescripción extintiva encontramos dos hechos jurídicos temporales: por una parte, la inacción del acreedor que no actúa contra su deudor durante un plazo establecido en la ley; y por otra, la ausencia de reconocimiento del derecho por parte del deudor durante el mismo término.

2.4 Relaciones entre prescripción y caducidad

Para finalizar las cuestiones generales de la prescripción extintiva no se puede dejar de estudiar un tema difícil, por mucho tiempo rehuído o abordado con consideraciones simplistas tanto por la doctrina como la jurisprudencia colombiana; me refiero a establecer las relaciones existentes entre la prescripción y la caducidad.

No es fácil distinguir entre ambas figuras, sobre todo por la similitud que presentan en cuanto a sus efectos extintivos. Usualmente la doctrina suele diferenciar la caducidad de la prescripción extintiva, a partir de algunos efectos, pero sin establecer una definición clara. Así, por ejemplo, se afirma que la prescripción es renunciable y que la caducidad no; que la prescripción debe ser alegada mientras que la caducidad puede ser declarada de oficio; que la prescripción se interrumpe y se suspende y que la caducidad no; entre otros.

En primer lugar, el término caducidad, al igual que el de prescripción, también es equívoco en nuestro ordenamiento jurídico, ya que puede aludir, al menos, a dos realidades distintas. Por una parte, hace referencia a una de las llamadas potestades excepcionales de la administración pública en materia de contratación estatal, y por otra, suele usarse la acepción caducidad, en el sentido que aquí nos interesa, para aludir a una figura jurídica que produce efectos extintivos.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha intentado precisar estos conceptos en diversos pronunciamientos, de los cuales nos permitimos traer a colación la sentencia del 28 de abril de 2011, en la que se señaló lo siguiente sobre la caducidad:

El vocablo, de cadere (caer) y caducus (decrépito, lo muy anciano, poco durable, pronto a parecer), es “acción y efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua), dejar de ser, desaparecer, acabar, terminar, fenecer, extinguirse una facultad, potestad, poder jurídico, derecho subjetivo, derecho potestativo o acción por el simple paso del tiempo claro, preciso, expreso, fijo y perentorio consagrado por el legislador para su ejercicio (SCSJ 41001-3103-004-2005-00054-01 / 2011 de abril 28).

Definir es poner límites entre las cosas; es determinar dónde terminan los elementos de un objeto y dónde empiezan los de otro. Por tanto, la anterior definición traída por la Corte Suprema, en lugar de trazar límites, incluye elementos que en realidad pertenecen a otros conceptos, pues se dice que la caducidad es una forma de extinguir una facultad, una potestad, un poder jurídico, un derecho subjetivo, un derecho potestativo o una acción, posiciones jurídicas que, como se explicó, son bien distintas. Paradójicamente la Corte incluye en la definición tres de las situaciones jurídicas de ventaja (derecho subjetivo, privilegio y potestad), pero deja por fuera aquella situación que mejor responde al fenómeno de la caducidad: la inmunidad.

Para Cornelutti (2003) la caducidad “se refiere a la eficacia del tiempo como distancia, al expresar la extinción de una situación jurídica (activa, poder⁷), por no cumplirse un acto dentro de un término” (pág. 357). Por su parte, Santi Romano, citado por Hinestrosa, enseña que mientras que “la prescripción determina la extinción de un derecho, la decadencia, no la extinción de un poder, sino la imposibilidad de ejercitarlo en un caso singular” (Hinestrosa, 2006, pág. 247).

Vemos, pues, que los dos juristas italianos cuando hablan de caducidad lo hacen en relación con un poder jurídico –entendido, al menos por Cornelutti, como derecho subjetivo– y no como potestad; no obstante, para efectos de este trabajo, es importante hacer unas precisiones sobre el concepto de potestad. La potestad es un poder jurídico para crear normas, generales y abstractas o particulares y concretas, o para ejecutar las consecuencias previstas en esas normas. Existen dos tipos de potestades: potestades públicas y potestades privadas, las cuales analizaremos sucintamente a partir del estudio realizado por el jurista italiano Luigi Ferri sobre la autonomía privada.

Pues bien, una potestad es pública cuando el derecho impone que sea ejercida para finalidades de interés público, lo que quiere decir que su titular ha de ejercitárlas, por deber jurídico, con la vista puesta en el bien común o en el bien de la comunidad (Ferri, 2001). Ello es así porque omitir el ejercicio de una función pública constituye un acto antijurídico, para el caso un acto condicionante de sanciones disciplinarias e incluso de sanciones penales. El acto jurídico mediante el cual se ejercen las potestades públicas se denomina proveimiento.

Por su parte, la potestad privada es el poder jurídico conferido por el derecho a los particulares, para que éstos regulen sus relaciones jurídicas, y al que los estudiosos del derecho civil han denominado autonomía privada. Esa potestad se

7 Es preciso señalar que para Cornelutti (2003) derecho subjetivo y potestad son especies del género poder (págs. 182 y ss.).

materializa a través del acto jurídico denominado negocio jurídico, que está asociado no a la idea de deber jurídico, sino a la idea de privilegio, ya que el particular tiene una libertad reconocida y protegida por el derecho de decidir si contrata o no contrata.

En este orden de ideas, la jurisdicción es una potestad pública, cuyo ejercicio constituye un deber jurídico; es la capacidad conferida por el derecho de crear normas jurídicas, particulares y concretas, tendientes a resolver los litigios. Ahora bien, como el ejercicio de esta potestad pública constituye un deber jurídico, siempre vamos a encontrar en el otro extremo de la relación una persona que es titular de un derecho subjetivo, que para este caso concreto es el derecho de acción, que consiste en la posibilidad de instar ante las autoridades públicas.

Así las cosas, la caducidad es una figura del derecho procesal, que consiste en la pérdida de la posibilidad de ejercer válidamente el derecho de acción debido al paso del tiempo, esto es, la imposibilidad de exigirle al titular de la potestad pública llamada jurisdicción la creación de una norma particular y concreta, por vía de la cual se resuelva el litigio proyectado mediante el acto jurídico denominado pretensión procesal. A tal punto es ello cierto que la doctrina establece que la no caducidad de la pretensión es un presupuesto procesal, y han señalado que “no es que el derecho sustancial fenezca en estricto sentido, sino que no puede ventilarse en proceso, decae su tutela jurisdiccional. Se extingue ese derecho procesal, no el derecho sustancial” (Quintero y Prieto, 2000, pág. 345).

Puede afirmarse, entonces, que el derecho de acción es un derecho subjetivo que jamás se pierde por el paso del tiempo, pero que su ejercicio, referido a una pretensión determinada —como lo señala Santi Romano—, sí puede perderse.

Lo anterior significa que vencidos los plazos de caducidad, se produce una inmunidad —un estado de no sometimiento al ejercicio de una potestad— para la otra parte del litigio, como quiera que deja de estar sujeta al ejercicio de la potestad llamada jurisdicción. Igualmente, como se produce esa inmunidad, correlativamente el titular de esa potestad jurisdiccional será incompetente para ejercerla en relación con aquella persona que goce de esa inmunidad.

La prescripción, por el contrario, no produce ninguna situación de inmunidad, pues debe ser, en nuestro ordenamiento jurídico, declarada por el juez para producir el efecto jurídico de extinguir la relación jurídica⁸. La situación de inmuni-

8 Debe resaltarse en este punto que la denominada obligación natural de obligación tiene solo el nombre, pues al extinguirse el derecho subjetivo, entendido como *facultas exigendi*, como facultad normativamente fundada para exigirle a otro la realización de determinada conducta,

dad surgiría, entonces, a partir de dicha sentencia, en virtud de la cosa juzgada, que es un atributo de estabilidad del que gozan ciertas normas del ordenamiento jurídico, por virtud del cual, se vuelven inmodificables, inderogables.

Hechas las aclaraciones anteriores, se comprenden perfectamente las diferencias establecidas por la doctrina entre la prescripción y la caducidad. En primer lugar, afirmar que la prescripción requiere alegación, mientras que la caducidad puede ser declarada de oficio, es una consecuencia obvia de que la caducidad produzca una inmunidad, pues las partes en el litigio no están sujetas al ejercicio de la potestad pública llamada jurisdicción y, en consecuencia, no puede procesarse válidamente la pretensión y mucho menos enjuiciarla. Por ello, la caducidad puede alegarse como excepción previa desde etapas liminares del proceso.

En segundo lugar, a partir de lo señalado por Cornelutti es entendible que la caducidad no se suspenda ni se interrumpa, pues se refiere a la eficacia del tiempo como distancia y no como duración. Al decir del maestro italiano:

Mientras la caducidad expresa la inexistencia de una situación (activa), prescripción y perención indican un hecho; precisamente una omisión prolongada en el tiempo (por un cierto tiempo). Así se aclara el principio, bien conocido de los prácticos, por virtud del cual la prescripción y la perención admiten suspensión e interrupción, mientras que no las admite la caducidad (Cornelutti, 2003, pág. 357).

Sin embargo, no podemos pasar por alto que en el ordenamiento jurídico colombiano se prevé el agotamiento de la conciliación prejudicial como condición de procedibilidad respecto de ciertas pretensiones, que produce el efecto de “suspender” la caducidad; ello, en el fondo, no es más que una condición de eficacia del proceso, que trae como efecto la ampliación de los plazos para ejercitarse el derecho de acción.

3. Prescripción de la acción penal

El tiempo, al igual que en cualquier otro sector del ordenamiento, también afecta las relaciones jurídicas en materia penal, produciendo la extinción tanto de la denominada acción penal como de la pena. En términos generales, se afirma que prescribe la acción penal cuando, pasado el tiempo establecido en la ley, no se ha

consecuentemente fenece la relación jurídica. En clave hohfeldiana, pagar una obligación natural sería un acto facultativo, en virtud del cual se satisface una situación de privilegio.

proferido sentencia definitiva; asimismo, se dice que prescribe la pena cuando la sentencia condenatoria ha cobrado ejecutoria, pero no se ha podido hacer efectiva en el plazo correspondiente. Para efectos de este trabajo, nos centraremos en estudiar la prescripción de la acción penal.

De entrada se vislumbra un problema mayúsculo: ¿será posible hablar de derecho de acción en materia penal? No hay duda de que cuando una persona comete un hecho que reviste las características de delito, el Estado inicia una serie de actividades tendientes a imponer una sanción; pero ¿será que el Estado es titular del derecho de acción para promover el proceso penal, y a la vez de la potestad jurisdiccional para crear la norma particular y concreta que imponga la eventual sanción?

En primer lugar, sostener que existe acción penal entra en contradicción con la tesis abstracta de la acción, ya que la acción es una, única e inclasificable; no obstante, en nuestro medio reconocidos doctrinantes le atribuyen a la denominada acción penal la calidad de derecho. Veamos:

Por acción penal, en un sentido muy amplio, se entiende el poder de pedirle al juez penal la decisión acerca de una *notitia criminis*; y, desde una perspectiva estricta, se concibe como el derecho de provocar la decisión del funcionario judicial, tendente a obtener la declaración de certeza de una *notitia criminis*, en relación con un hecho constitutivo de infracción a la ley penal (Velásquez, 2013, pág. 806).

En esta misma línea, la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal colombiano, dedica su Título II a regular lo concerniente a la acción penal, estableciendo en el artículo 66 que “El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal”. Desde la propia redacción del enunciado normativo es posible determinar que el legislador nacional señala que la Fiscalía es titular del derecho de acción en materia penal, pero que, curiosamente, el ejercicio de ese “derecho” constituye un deber jurídico, lo cual es una contradicción que puede ser aclarada mediante la Teoría General del Derecho.

Como se expuso anteriormente, siempre que un sujeto tenga un derecho, habrá otro que soporte un correlativo deber. Por ello, Carnelutti nos enseña que “mucho mejor que de *derecho* se debería hablar del *deber* de castigar que corresponde al Estado” (1971, pág. 69). Y es que si consideramos que la redacción del artículo 66 citado es correcta, sería impensable que la acción surgiera del delito, pues la acción es un derecho que tiene cualquier persona y, por tanto, anterior a cualquier delito.

Lo que han denominado derecho de castigar, no es más que el *ius puniendi*, una potestad pública de castigar, radicada en cabeza del Estado, que de derecho subjetivo no tiene nada, tal y como lo señala Solano:

Si el *ius puniendi* fuese un derecho subjetivo, que no lo es, el particular estaría correlativamente obligado a someterse a la pena estatal; si ello fuese así, que no lo es, el no sometimiento voluntario constituiría un acto antijurídico, el acto condicionante de una sanción —sanción adicional a la imponible por el delito que se está persiguiendo— (Solano, 2012, págs. 201-202).

Por más que reconocidos estudiosos del derecho procesal, como es el caso de Barrios de Ángelis (2005), pretendan asignarle a la acción una doble modalidad, esto es, concebirla como un derecho subjetivo, si su titular es un sujeto privado, y como un poder-deber, si su titular es un sujeto público, en el fondo no es más que una obstinación lingüística con miras a vestir con ropaje de derecho a lo que en realidad sería un deber.

Así las cosas, si sostengamos que el Estado no es titular de un derecho subjetivo, en rigor no ejercería ninguna pretensión en contra de la persona que comete un delito; por el contrario, al verse en el deber de castigar, lo que se ha denominado como pretensión punitiva en el fondo no sería más que un acto debido.

Ahora bien, algo que tienen en común las potestades, trátese de la autonomía privada o de los demás poderes públicos—como el *ius puniendi*—, es que son actividades, de algún modo, limitadas. Los límites que actúan en el campo de los poderes públicos son positivos, en el sentido de que el fin está predeterminado y a él debe adecuarse todo acto de ejercicio de poder; en cambio, los límites de la actividad privada tienen siempre un carácter negativo, no hay un fin legalmente predeterminado, sino que se determina una esfera en la que se puede obrar libremente (Ferri, 2001).

Existen, entonces, una serie de normas que le indican al sujeto investido de la potestad cuáles actos puede realizar en ejercicio de la misma y cuáles no. Así, encontramos normas sobre competencia, normas procedimentales y normas que restringen contenidos normativos.

En materia penal, el Estado cuenta con unos plazos perentorios para ejercer su potestad de castigar, esto es, para lograr someter al particular a la pena estatal; si el Estado no lo hace en ese plazo perentorio, pierde su oportunidad para hacerlo, operando lo que se ha entendido como la prescripción de la mal llamada acción penal o de la pena.

Así, por ejemplo, Fernández Carrasquilla ha señalado que “La prescripción consiste en la extinción de la potestad punitiva del Estado, en concreto para determinados delitos, en virtud del tiempo transcurrido sin ejercitárla o agotarla y aunque ello se deba a comportamiento elusivo del autor” (2012, pág. 1076). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en varias sentencias, siendo ilustrativa la C 229 de 2008:

La prescripción es una de las causales de extinción de la acción penal, esto es, de la potestad punitiva del Estado, para investigar, juzgar y sancionar los delitos, por su falta de ejercicio en un determinado tiempo establecido por el legislador. En consecuencia, es una institución jurídica que delimita en el tiempo dicha potestad (SCC C 229/2008 de marzo 5).

La doctrina, en términos generales, discute si la prescripción de la acción penal tiene origen en el derecho penal material, en el derecho procesal penal, o si su origen es mixto; sostienen que a medida que va pasando el tiempo la imposición de la pena se hace innecesaria, a la par que se dificulta el recaudo de elementos probatorios (Mir Puig, 2010). Sin embargo, consideramos que estas posturas en nada contribuyen a determinar la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal, sino que simplemente demuestran las dificultades generadas por el paso del tiempo.

La prescripción en materia penal es una figura distinta de la que hemos estado estudiando, siendo el elemento temporal el único rasgo común entre ambas, pero en este caso se trata de un límite temporal al ejercicio de potestades. En efecto, “el Estado cuenta con unos plazos perentorios para ejercer su potestad de castigar, para lograr sujetar al particular, vencidos los cuales, este [el particular] adquiere, en términos hohfeldianos, una inmunidad” (Solano, 2012, pág. 202). Esta inmunidad produce la correlativa incompetencia del Estado para adelantar la investigación y el juzgamiento contra quien comete un delito.

Otra cuestión sobre la que es necesario hacer algún comentario es que existe una clase de delitos respecto de los cuales el Estado no puede intervenir punitivamente hasta tanto no medie un acto de instancia, que puede ser la querella o la petición especial. ¿Será que el ejercicio de estos actos implica el ejercicio de la “acción” penal? Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es claro que sí, como se concluye del siguiente aparte: “(...) sin la querella o la petición válida del Procurador no existe conflicto jurídico penalmente relevante y la sentencia en esas condiciones no tiene fundamento legal alguno, pues la acción penal en esos eventos es dispositiva por autonomía” (SCSJ 25273/2007 de julio 18).

Consideramos que dicha postura es desacertada, pues tanto la querella como la petición del Procurador son condiciones de procedibilidad, esto es, son condi-

ciones de eficacia del proceso, que implican que el mismo no puede adelantarse válidamente sin la existencia de una u otra solicitud, según el caso; pero sin que se configure en cabeza de sus titulares derecho de acción alguno. Sería, en todo caso, un derecho de acción bastante curioso, que tendría su génesis en el delito.

Por último, una vez determinada la naturaleza jurídica de la prescripción de la mal llamada acción penal, abordaremos tres cuestiones que hacen parte de la prescripción extintiva y que, por disposición legal, el legislador las consagró en materia penal, a saber: la renuncia, la interrupción y la suspensión.

En primer lugar, una vez completado el término de ley exigido para obtener la prescripción, el deudor puede alegarla con miras a beneficiarse de ese efecto liberatorio; sin embargo, también puede renunciar a ella y, en consecuencia, dejar viva la relación jurídica que lo vincula a su acreedor. Ello es así porque tanto la alegación de la prescripción como su renuncia son actos jurídicos facultativos que ejerce quien se encuentra en situación de privilegio. Como acto jurídico que es, señala Hinestrosa (2006) que la renuncia está sometida al cumplimiento de los requisitos de validez comunes a los actos jurídicos, como la capacidad, el poder de disposición y el consentimiento libre de vicios.

En materia penal, como ya se dijo, la prescripción es un límite temporal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado y, en ese sentido, parecería intrascendente la voluntad del particular. Sin embargo, por disposición legal del artículo 85 del Código Penal, el ordenamiento jurídico previó que si media ese acto jurídico del particular, el Estado adquiere nuevamente competencia para juzgarlo. Se trata, pues, de un acto facultativo, de una libertad reconocida y protegida por el derecho, que, de no ser ejercida, no traería como consecuencia la imposición de una sanción, ya que, las más de las veces, quien renuncia a la prescripción lo hace por cuestiones de honorabilidad, con miras a que el proceso instaurado en su contra finalice con una sentencia absolutoria.

En segundo lugar, la interrupción “puede ser consecuencia de una actuación, tanto del titular del derecho como del prescribiente, de aquel mediante el ejercicio calificado de sus prerrogativas, de este por medio de su reconocimiento del derecho ajeno” (Hinestrosa, 2006, pág. 157). De conformidad con el artículo 86 del Código Penal, la prescripción de la acción penal se interrumpe cuando procesalmente la Fiscalía formula imputación, lo que en rigor evidencia no la actuación del titular de un derecho, sino la actuación del titular de una potestad pública llamada *ius puniendi*, que amplía los plazos perentorios con los que cuenta el Estado para sancionar al particular.

Por último, “la suspensión aplaza la iniciación del cómputo de la prescripción o paraliza la cuenta del término ya iniciado, en razón de una circunstancia que afecta personalmente al titular de la pretensión en el sentido de impedirle el ejercicio del derecho” (Hinestrosa, 2006, pág. 141). Aunque el Código Penal menciona en el encabezado del artículo 86 la suspensión de la prescripción, afortunadamente no regula lo enunciado en el título y, en consecuencia, no existe la suspensión de la prescripción en el ámbito penal colombiano. Si bien es cierto que ello pudo obedecer a un olvido del legislador, se compadece más con la naturaleza del *ius puniendi*.

Referencias

- Barrios De Ángelis, Dante. (2005). *Teoría del proceso* (reimpresión de la 2^a edición). Buenos Aires: B. de F.
- Carnelutti, Francesco. (1971). *Derecho y proceso*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- _____. (2003). *Teoría general del derecho*. (Carlos G. Posada, Trad.). Granada: Comares.
- _____. (2003). *Metodología del derecho*. (Ángel Osorio, Trad.). Granada: Comares.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 57 de 1887, Por medio de la cual se incorpora el Código Civil.
- _____. Ley 599 (julio 24 de 2000). Por medio de la cual se expide el Código Penal.
- _____. Ley 906 (agosto 31 de 2004). Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- Corte Constitucional. (2008). Bogotá. Sentencia C – 229 de 5 de marzo de 2008. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.
- Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal). (2007). Bogotá. Sentencia de 18 de julio de 2007. Magistrado ponente: Alfredo Gómez Quintero.
- _____. (Sala de Casación Civil). (2011). Bogotá. Sentencia del 28 de abril de 2011. Magistrado ponente: William Namén Vargas.
- Del Vecchio, Giorgio. (1974). *Filosofía del derecho* (9^a edición). (Luis Legaz y Lacambra, Trad.). Barcelona: Bosch.

- Fernández Carrasquilla, Juan. (2012). *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena. Vol. II. Dispositivos amplificadores, concursos y pena*. Bogotá: Ibañez.
- Ferri, Luigi. (2001). *La autonomía privada*. (Luis Sancho Mendizábal, Trad.). Granada: Comares.
- González, Emilssen (compiladora). (2012). *Derecho romano II. Obligaciones y contratos: fuentes- recopilación* (3^a edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, Riccardo. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. (Jordi Ferrer i Beltrán, Trad.). Barcelona: Gedisa.
- Hinestrosa, Fernando. (2006). *La prescripción extintiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hohfeld, W. N. (2001). *Conceptos jurídicos fundamentales* (5^a edición). (Genaro R. Carrió, Trad.). México D.F: Fontanamara.
- Iglesias, Juan. (1972). *Derecho romano. Instituciones de derecho privado* (6^a edición). Barcelona: Ariel.
- Jaramillo Vélez, Lucrecio. (2000). *Derecho romano* (16^a edición). Medellín: Señal Editora.
- Kelsen, Hans. (2008). *Teoría pura del derecho*. (Moisés Nilve, Trad.). México D.F: Ediciones Coyoacán.
- Marías, Julián. (1981). *A una trayectoria filosófica*. En Obras, Tomo I. (6^a edición). Madrid: Revista de Occidente.
- Mir Puig, Santiago. (2010). *Derecho penal. Parte general* (3^a reimpresión de la 8^a edición). Buenos Aires: B. de F.
- Quintero y Prieto. (2000). *Teoría general del proceso* (3^a edición). Bogotá: Temis.
- Solano Vélez, H. R. (2012). *El iusprundi desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales*. En Borja Jiménez, E., Carbonell Mateu, J. C. et al.
- Molina López, R. (Coord.). *Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal*. (pp. 183-205). Medellín: Biblioteca jurídica Diké / Upb.
- Velásquez, Fernando. (2013). *Manual de derecho penal. Parte general* (5^a edición). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

La así llamada pretensión punitiva

The Called Punitive Claim

Luis Miguel Gómez Gómez¹

Resumen

En el presente escrito me propongo analizar la naturaleza jurídica de la llamada pretensión punitiva. Para tal fin, me valdré de la Teoría General del Derecho Procesal y de la Teoría General del Derecho; asimismo, echaré mano del pensamiento y de la obra de Francesco Carnelutti. Así, empezaré por analizar el derecho subjetivo y, luego, pasaré a estudiar la pretensión. Al final, concluiré que la llamada pretensión punitiva no es, en realidad, una pretensión procesal.

Palabras claves: Teoría General del Derecho. Pretensión punitiva. Derecho subjetivo. Estática. Dinámica.

Abstract

In the present document, I will discover the nature of the called punitive claim. For this purpose, I will lay hands of the General Theory of the Law and the General Theory of the Procedural Law; further, I will use the Francesco Carnelutti's work. Under this

¹ Aspirante al título de abogado de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de las Universidad Pontificia Bolivariana, en Medellín, Colombia. Correo electrónico: lmgogomez@hotmail.com. Cédula de Ciudadanía: 1.037.616.783 de Envigado. Integrante del Semillero de Derecho Penal de la misma Universidad, vinculado éste al Grupo de investigaciones en Sistema y Control Penal, línea investigativa dentro la cual se presenta este texto.

premise, I will begin analyzing the right and, then, I will ponder about the claim. Ultimately, I will conclude that the called punitive claim is not, really, a claim.

Keywords: General Theory of the Law. Punitive Claim. Right. Static. Dynamic.

Sumario

1. *Introducción*. 2. *El método de Cornelutti*. 3. *La estática*. 4. *La dinámica*. 5. *Conclusión*

1. Introducción

En el presente artículo me propongo dilucidar la naturaleza jurídica de la llamada pretensión punitiva: ¿es, en efecto, una pretensión procesal?² Para ello, a propósito del Seminario Internacional sobre Perspectivas y Retos del Proceso Penal: In memoriam Francesco Cornelutti, echaré mano de la obra de este gran jurista.

En línea de su pensamiento, trazaré dos horizontes fundamentales: en primer lugar, me valdré de la manera en que Cornelutti se acercó al Derecho, es decir, su método³ –la estática y la dinámica jurídicas–; método que conduce, en segundo lugar, al análisis, a través la Teoría General del Derecho Procesal, y a la síntesis⁴, por virtud de la Teoría General del Derecho:

2 Alguien podría preguntarse: ¿cuál es la relevancia de llamarla o no pretensión? Su importancia radica en la importancia misma del lenguaje para el pensamiento claro; de cara al derecho, el lenguaje es el instrumento del que se valen los abogados por excelencia:

“El estudiante de derecho se ve asaltado a veces por la idea de que no se está ocupando de cosas sino de palabras, que se ocupa de la forma y el tamaño de las fichas de un juego de logomachia. Pero cuando se da plena cuenta de cómo estas palabras han pasado y pasan por dinero, no sólo por tontos y para tontos, sino por y para los espíritus más agudos, el estudiante de derecho recibe la impresión de que hay allí una tarea que merece ser hecha, siempre que se la haga con mérito”. (Chipman, 1909, p. VIII)

3 “En cuanto al acierto para descubrir tal regla, la ciencia enseña la vía de obrar que es lo que se llama el método”. (Cornelutti, 2011, p.2)

4 Borges (2007) explica la importancia de la síntesis con una maravillosa metáfora: “...En aquel imperio, el arte de la cartografía logró tal perfección que el mapa de una sola provincia ocupaba toda una ciudad, y el mapa del imperio, toda una provincia. con el tiempo, estos mapas desmesurados no satisficieron y los colegios de cartógrafos levantaron un mapa del imperio, que tenía el tamaño del imperio y coincidía puntualmente con él. menos adictas al estudio de la cartografía, las generaciones siguientes entendieron que ese dilatado mapa era inútil y no sin impiedad lo entregaron a las inclemencias del sol y los inviernos”.

(p. 265)

Mediante el análisis, los conceptos vienen a ser siempre más puros; mediante la síntesis siempre más ordenados. La pureza y el orden de los conceptos se condicionan recíprocamente; pueden ser ordenados mejor cuanto más puros sean y se dejan purificar tanto mejor cuanto mejor se hayan dejado ordenar (Carnelutti, 2011, p. 59).

Ahora, no es posible entender la pretensión procesal sin entender la acción; la evolución de la pretensión ha ido de la mano del progreso de la acción, así que esta también deberá estudiarse. Por razones de estática y dinámica jurídicas, según se ahondará más adelante, se abordará primero la acción, con el objeto de, posteriormente, descubrir la pretensión.

Se tratará, pues, de hallar el género derecho y el género pretensión, para luego corroborar si el llamado derecho de acción penal es, efectivamente, una especie del género derecho subjetivo y, de la mano, si la llamada pretensión punitiva es una especie del género pretensión. Con miras a lograr lo anterior, es preciso discurrir por los diversos sectores del derecho⁵, de suerte que, al final, pueda hallarse la unidad en medio de toda esa multiplicidad; pueda hallarse, en suma, el género⁶.

Pues bien, dice Carnelutti (2011): “he cavado en la roca perdida de vista por la inteligencia humana y de donde debe salir algún nuevo escalón” (p. X). ¿Cuál es, entonces, la manera de proceder para poder construir nuevos escalones? La manera de proceder será, precisamente, el método: “Lo mejor que el maestro puede hacer es mostrar cómo trabaja. De esta manera, más pronto o más tarde, acaba por contemplarse a sí mismo en el trabajo, recreándose en él” (Carnelutti, 2003, p. 3).

Según Carnelutti (2011), el problema del método es estudiado bajo el aspecto de la función y el aspecto de la estructura del Derecho (p. XII). Aquí nos ocupare-

5 Dice Carnelutti (2011): “Así sucede también en el mundo del pensamiento. Ahí también, los doctos pretenden montar la guardia en el límite; pero no hay esfuerzo tan vano como ese” (p. 15). Y luego concluye: “La indicada división del Derecho civil, comercial, penal, administrativo, etc., se resuelve desgraciadamente en una restricción arbitraria del material experimental. (...) Probablemente el único remedio está en la coalición de varios sectores que puedan ir formando poco a poco la teoría general (...)” (p. 20)

6 Como lo indica Carnelutti (2011), es menester hallar el género y la especie: “Establecer, observando los objetos, sus analogías y diferencias, esto es, entresacar las cualidades comunes de las cualidades diversas, no serviría para nada si con las cualidades comunes no se fabricase un modelo que sirva de término de comparación para poner en un grupo los objetos similares y eliminar los objetos diversos, o también podría decirse para servir de caudillo del grupo. Este modelo o maniquí es lo que llamamos el género en contraposición de la especie” (p. 53).

mos solamente de la estructura, que se resuelve en el estudio de la estática y la dinámica del Derecho:

A su vez la cuestión *¿cómo está hecha la máquina?* Se resuelve en otras dos, la primera de las cuales se refiere a la máquina parada, y la segunda a la máquina en movimiento. Por eso, no solo la ciencia mecánica, sino también la ciencia jurídica, va ordenada en dos capítulos a los cuales sin vacilación se puede nombrar *estática y dinámica* del Derecho (...) la teoría de las *situaciones jurídicas*, y la teoría de los actos jurídicos, no son sino fruto de la observación del dato desde diversos puntos de vista (del sector estructural) (Carnelutti, 2011, p. 45 y 46).

2. El método de Carnelutti: la estática y la dinámica jurídicas

La importancia de la distinción entre las perspectivas estática y dinámica del Derecho ha sido resaltada no sólo por Carnelutti, sino también por juristas tan ilustres como Hans Kelsen⁷ y Riccardo Guastini⁸.

Tal manera de abordar el Derecho, debe advertirse desde ahora, nos permite hacer una distinción fundamental para el estudio de este, que suele ser invisible de lo obvia: una cosa son las normas jurídicas, otra la situación en que quedan los sujetos por virtud de las normas y otra los actos o hechos jurídicos, que lo son en tanto están calificados por una norma jurídica.

¿A qué se refiere, entonces, Carnelutti con que el Derecho debe estudiarse desde las perspectivas estática y dinámica? ¿Cómo llega a tal conclusión?

Carnelutti parte de un supuesto: el objeto de estudio de los juristas, el Derecho, no ha sido fijado con precisión, por cuanto, de un lado, ha sido abordado sin abarcar los diferentes ámbitos de su realidad y, de otro, no se han determinado claramente los límites de tal objeto.

7 “Si adoptamos un punto de vista estático, es decir, si consideramos el orden jurídico únicamente en su forma completa o en estado de inmovilidad, advertiremos únicamente la existencia de las normas por las cuales los actos jurídicos se encuentran determinados. Si adoptamos, por otra parte, el punto de vista dinámico, y consideramos el proceso a través del cual el orden jurídico es creado y ejecutado, entonces sólo veremos los actos de creación y ejecución del derecho”. (Kelsen, 2014, p. 46)

8 Hace esta importante distinción para explicar el ordenamiento jurídico: habla de un punto de vista sincrónico y otro diacrónico del derecho (Guastini, 1999, p. 356 y s.s.).

Antes bien, para estudiar una determinada porción de la realidad es preciso, en primer término, fijar con exactitud el objeto sobre el cual va a recaer el intelecto, aquel aspecto de la realidad sobre el que va a obrar el pensamiento⁹.

Pues bien, toda realidad está compuesta por tres aspectos, a saber, forma¹⁰, espacio y tiempo¹¹. Por su parte, las reacciones que la realidad produce sobre nuestro pensamiento, según el aspecto de aquella que se considere, son la calidad, la cantidad y la duración: calidad es la idoneidad de la realidad para determinar en nosotros sensaciones en su aspecto formal, cantidad la idoneidad para determinadas sensaciones en su aspecto espacial y duración la idoneidad para determinar sensaciones en su aspecto temporal (Carnelutti, 2003, p. 7).

Son, pues, la cantidad, la calidad y la duración las que nos permiten fijar el objeto¹² de la realidad sobre la que se va a proyectar el pensamiento: “Objeto es una porción de la realidad delimitada por calidad, cantidad y duración” (Carnelutti, 2003, p. 7).

Teniendo en cuenta lo anterior, fácilmente se concluye que el Derecho, por regla general, ha sido estudiado de manera parcializada: únicamente se ha considerado su aspecto formal. Explica Carnelutti (2003):

Así, por ejemplo, cuando hablamos de Derecho queriendo aludir a aquel complejo de fenómenos que constituyen la realidad jurídica, consideramos el resultado de una reducción formal de la realidad. Pero no se constituye así todavía un objeto, el cual resulta de la triple dimensión. Es decir, que para obtener el objeto, esto es, para dar el primer paso en el camino de la abstracción, se necesita que la realidad formalmente diferenciada se considere a la vez en el espacio y en el tiempo. En el sentido espacial surge la

9 Con una metáfora, explica Carnelutti (2003): “El hombre escruta la realidad con la mirada, como hace en la noche, sobre el paisaje, un reflector. Mirar, a diferencia de ver, quiere decir proyectar, por los ojos, sobre la realidad, el rayo luminoso del pensamiento” (p. 3).

10 “La forma es, pues, un aspecto de la realidad; aquello por tanto, que de la realidad se revela, esto es, se ilumina, en cada percepción” (Carnelutti, 2003, p. 4).

11 “Considerando, pues, el trabajo del reflector, se observa que la multiplicidad de la instantánea se obtiene de dos maneras: el objetivo se mueve o está quieto; antes que de abrir y cerrar los ojos, se trata de girarlos o de fijarlos. (...) Moviendo la mirada se obtiene un aspecto de la realidad, al que se denomina espacio. Fijando la mirada se obtiene otro aspecto, al que se ha llamado tiempo” (Carnelutti, 2003, p. 5).

12 Se reitera, la fijación del objeto es fundamental, es el primer paso; primero se debe fijar el objeto para que este, y de paso su estudio, tenga límites “El objeto es el círculo luminoso que el reflector traza sobre el paisaje nocturno; alrededor, la sombra no tiene límite” (Carnelutti, 2003, p. 11).

manifestación *estática* y se obtiene del objeto la segunda dimensión; en el sentido temporal, la manifestación se llama *dinámica* y se resuelve en fijar la tercera dimensión, completando así el objeto (p. 14 y 15).

De allí se desprende la importancia del estudio del Derecho desde las perspectivas estática y dinámica¹³, ambas necesarias para que se abarquen todos los aspectos de esa realidad a la que aludimos con la palabra Derecho; de lo contrario, será un estudio incompleto.

El análisis del Derecho, en síntesis, efectuado sobre los diversos aspectos de su realidad nos conduce al estudio de las situaciones jurídicas –estática– y los hechos jurídicos –dinámica–. “Al resultado de la manifestación estática (a la fotografía) le doy el nombre de *situación*; al de la dinámica (al cinematograma, que hoy se llama “*film*”), el de *hecho*” (Carnelutti, 2003, p. 16).

3. La estática: las situaciones jurídicas

La perspectiva estática se obtiene del estudio de la manifestación espacial del Derecho, dejando a un lado su manifestación temporal; dicho en otros términos, la dimensión estática supone un ejercicio de abstracción sobre la realidad jurídica (siempre en movimiento), en virtud del cual se le sustrae su dimensión temporal (dinámica) a fin de hallarlo en quietud.

Pues bien, siguiendo con la metáfora de Carnelutti (2003), la fotografía que se toma a esa parte de la realidad a la que se alude con la palabra Derecho nos arroja un conjunto de personas y de cosas, denominamos genéricamente entes (p. 17). Tales entes, plasmados en la fotografía, no sólo pueden ser vistos individualmente, sino también en conjunto, es decir, vistos en relación: contemplado todo el paisaje. Son, así, ente y relación¹⁴ los dos elementos que constituyen la situación (Carnelutti, 2003, p. 17).

13 “Vulgarmente la manifestación estática es la que se obtiene dejando cualquier cosa quieta; la manifestación dinámica es la que se obtiene poniéndola en movimiento. O más propiamente se traducen como manifestación de la forma en el espacio y manifestación en el tiempo. Estática y dinámica no son, pues, a su vez, más que un modo de ser del observador, no de la realidad. La realidad en sí, no es ni estática ni dinámica; sólo abstrayendo uno o varios objetos se genera la idea del movimiento y la quietud”. (Carnelutti, 2003, p. 15)

14 Carnelutti (2003) explica la relación, elemento esencial de la relación, de la siguiente manera: “Hablamos de relación para expresar la manera de ser recíproca de dos entes o, en general, de dos objetos; o más exactamente, de la reacción que determina en nosotros no tanto su existencia como su coexistencia.” (p. 22)

Ahora bien, de las dos clases de entes (personas y cosas) se desprenden, a su turno, varios tipos de relaciones: la de la persona con la cosa, que se denomina el *interés*, y una relación de segundo grado, trabada entre las personas mismas en vista de las cosas, que se traduce o bien en un conflicto de intereses o bien en la solidaridad.

La relación de primer grado, el interés, se explica a través de los conceptos de necesidad y de bien:

Esta tendencia a la combinación de un ente vivo con un ente complementario constituye una *necesidad*. La necesidad *se satisface* con la combinación. El ente apto para satisfacer la necesidad es un *bien* (...) La relación entre el ente que experimenta la necesidad y el apto para satisfacerla es el *interés* (Carnelutti, 2003, p. 49).

De otro lado, en las relaciones de segundo grado puede presentarse el conflicto de intereses, cuando, por oposición a la solidaridad, “la posición favorable a la satisfacción de una necesidad, más bien que implicar, excluya la posición favorable para la satisfacción de otra necesidad; esta posibilidad proviene de la limitación de los bienes en relación con las necesidades” (Carnelutti, 2003, p. 51).

Es ahí donde *nace el derecho*, mediando el conflicto de intereses y, de ese modo, trazando un puente entre la moral y la economía (Carnelutti, 2013, p. 20), con miras a evitar que los interesados recurran a la fuerza para hacer prevalecer el interés propio sobre el ajeno, con miras a evitar la violencia (Carnelutti, 2003, p. 54).

Pues bien, el derecho media el conflicto de intereses, y torna una simple relación en *jurídica*¹⁵. ¿Cómo ocurre? ¿Cómo una simple relación pasa a ser relación *jurídica*? Mediante las normas jurídicas materiales¹⁶.

15 “El adjetivo “jurídico” corresponde al sustantivo “derecho” en la primera acepción (se denomina “jurídica” a toda cosa perteneciente al derecho objetivo o, en todo caso, relativa a él)” (Guastini, 1999, p. 180).

16 Como dice también Ferri (2001): “Las posiciones jurídicas subjetivas son siempre el reflejo del derecho objetivo, es decir, de normas jurídicas” (p. 58).

En efecto, las normas jurídicas¹⁷ califican la relación, al conferirle prevalencia a uno de los intereses en conflicto¹⁸, de manera que arreglan directamente el conflicto intersubjetivo de intereses¹⁹ (Carnelutti, 2003, P. 74).

La situación, entonces, se torna jurídica en su totalidad (con sus dos elementos, ente y relación), en tanto queda comprendida en el supuesto de hecho de las normas jurídicas:

Lo indudable es que el llamado *supuesto* es un elemento *complejo* de la norma o del precepto. Efectivamente, no consta sólo de la determinación de un hecho material, sino ante todo, de una situación jurídica. El llamado supuesto resulta, por tanto, de la combinación de una situación jurídica con un hecho material (Carnelutti, 2003, p. 229).

Volviendo sobre el conflicto de intereses, constituido por dos o más personas en relación con uno o varios bienes, dijimos que este se regula por las normas jurídicas, por el derecho, al conferirle prevalencia a uno de los intereses en conflicto: una de las personas de la situación queda en posibilidad jurídica de satisfacer su *necesidad* en relación con el *bien* de la vida. Como los bienes son limitados, la prevalencia del interés de uno de los sujetos de la situación, en caso de conflicto de intereses, excluirá el interés de la otra (u otras) persona(s) de la situación.

De lo anterior se sigue que, una vez impuesto el precepto o norma, una de las personas de la situación queda en una posición de ventaja, pues cuenta con la posibilidad jurídica de satisfacer su interés, y las demás quedan en posición de correlativa desventaja.

Ante tal dato experimental que nos arroja la realidad jurídica, la doctrina tradicional, a la que se adhieren dogmáticamente la inmensa mayoría de los juristas, sostiene que las personas que se encuentran en una posición de ventaja tienen

17 No sólo la ley, piénsese en todas las normas jurídicas materiales y, fundamentalmente, en las contractuales. En esta último caso, el Estado delega en las partes el poder de regular el conflicto (Carnelutti, 2003, p. 98 y s.s.).

18 A esto lo llama Carnelutti (2003) la imposición del precepto: “El precepto es la determinación de la conducta de cada uno de los interesados en el conflicto” (p. 68). Ahora bien, “Los medios de naturaleza diversa en que se resuelve la imposición del precepto, se denominan sanciones” (p. 65).

19 En el mismo sentido, Kelsen (2014) concluye lo siguiente: “Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos.” (p. 15)

un derecho subjetivo y que las personas en posición de desventaja tienen una correlativa obligación (o deber jurídico).

No obstante, dicha teoría es insuficiente; de hecho, según Cornelutti (2003, p. 201) y Hohfeld (2004, p. 47), confundir las especies derecho y deber, con su género –posición de ventaja y de desventaja, respectivamente– ha significado uno de los principales problemas para el avance de la ciencia del Derecho.

Corrigiendo el error en que incurre la doctrina tradicional, Cornelutti²⁰ y Hohfeld proponen un más amplio grupo de conceptos para aludir a diversas posiciones jurídicas de ventaja y correlativa desventaja que aluden a realidades diferentes; realidades diferentes que merecen, por supuesto, conceptos diversos al simple binomio derecho- obligación.

A fin de lograr lo anterior, a su vez, Hohfeld, en su libro Conceptos jurídicos fundamentales (2004)²¹, esboza un conjunto de conceptos mínimos que pueden explicar las diversas situaciones jurídicas²². Así, el jurista norteamericano plantea un grupo de conceptos jurídicos, analizando sus opuestos y sus correlativos²³, según el siguiente esquema:

20 Cornelutti (2003) prefiere denominar a las posiciones jurídicas de ventaja y de desventaja, como poderes y deberes, respectivamente: “la relación regulada se explica como un conflicto de intereses, y el efecto de la reglamentación como una atribución a los interesados de un poder y un deber” (p. 206). Para evitar equívocos, seguiremos hablando aquí de posición de ventaja y de desventaja. Ello, por cuanto podría confundirse el deber (que en sentido estricto es una especie) con el deber, que llama Cornelutti como un género (posición jurídica de desventaja).

21 Habla Hohfeld de conceptos jurídicos fundamentales; en efecto lo son, pues mediante los conceptos se ase la realidad, podemos captar un objeto de la realidad (en este caso, el derecho). Explica Cornelutti (2003) con una gran metáfora: “Volviendo, si la insistencia no resulta excesiva, a la imagen del inmenso y perenne río del cual el hombre saca agua sin parar, lo que introduce para extraer aquello que es posible extraer, es el concepto; y aquello que contiene cuando lo extrae, es el objeto, esto es, la realidad reducida en los límites del conocimiento” (p. 13).

22 En este trabajo, acogeremos su tesis (como se verá, por ser la más completa), sin perjuicio de complementarla a la luz de otros autores

23 Ciertamente, a una posición jurídica de ventaja corresponderá siempre una correlativa de desventaja: “no hay poder sin deber ni deber sin poder por lo cual el poder del uno es el deber del otro, y viceversa” (Cornelutti, 2003, p. 181).

Opuestos jurídicos	<table border="0"> <tr> <td>derecho (subjetivo)</td><td>privilegio</td><td>potestad</td><td>inmunidad</td></tr> <tr> <td>no- derecho</td><td>deber</td><td>incompetencia</td><td>sujeción</td></tr> </table>	derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad	no- derecho	deber	incompetencia	sujeción
derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad						
no- derecho	deber	incompetencia	sujeción						
Correlativos jurídicos	<table border="0"> <tr> <td>derecho (subjetivo)</td><td>privilegio</td><td>potestad</td><td>inmunidad</td></tr> <tr> <td>deber</td><td>no- derecho</td><td>sujeción</td><td>incompetencia</td></tr> </table>	derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad	deber	no- derecho	sujeción	incompetencia
derecho (subjetivo)	privilegio	potestad	inmunidad						
deber	no- derecho	sujeción	incompetencia						

3.1. El privilegio y el no- derecho

Dice Hohfeld (2004) en cuanto al privilegio²⁴, posición jurídica de ventaja, que “el sentido técnico *predominante* del término es, de modo análogo, el de negación de *deber jurídico*” (p. 64). Así, “un privilegio es la libertad de un individuo frente al derecho o la pretensión de otro” (p. 87).

Según el esquema anterior, al privilegio le corresponde correlativamente un no-derecho (posición jurídica de desventaja)²⁵, en tanto los otros sujetos de la relación no tienen derecho a interferir en el actuar del titular del privilegio, ya que este es libre de determinar su propia conducta.

3.2. El derecho subjetivo y el deber jurídico

El derecho subjetivo es el concepto del que más han abusado los juristas²⁶. En este sentido, expresa Hohfeld (2004):

Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra “derecho” (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una

24 En Colombia, los privilegios son la regla general en cuanto a la actuación de los particulares, de acuerdo con el artículo 6º de la Constitución Política.

25 Explica Hohfeld (2004) con un claro ejemplo: (p. 54 Hohfeld): “Así, el correlativo del derecho de X a que Y no entre en el inmueble del primero es el deber del segundo de no entrar; pero el correlativo del privilegio que tiene X de entrar es, de modo manifiesto, el “no- derecho” de Y a que X no entre” (p. 54). Ahora, García Márquez (1965) habla de la existencia de derechos de libertad (p. 215 y s.s.). Es más, habla de derechos a la propia conducta y derechos a la conducta ajena (p. 198). Si bien está mal denominado (debería hablarse de privilegios y derechos, respectivamente), ello es prueba de que se alude a una realidad conceptual diferente, que debe ser tratada como tal.

26 Sobre la evolución del concepto de derecho subjetivo, García Márquez (1965, p. 186 y s.s.) hace un completo recuento.

limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el “deber” correlativo, porque no cabe duda que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto “derecho” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable (p. 52).

En efecto, dice Guastini (1999): “El contenido de un derecho, en suma, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto” (p. 180)

De ello se desprende que el derecho subjetivo supone siempre la posibilidad (jurídica) de determinar la conducta del titular del deber correlativo²⁷, mientras que el privilegio alude a la posibilidad de determinar la propia conducta²⁸. Precisa Cornelutti (2011) que “La diferencia entre derecho subjetivo y facultad es, por consiguiente, fácil de trazar con auxilio de la diferencia entre el “*agere*” y el “*jubere*”: la facultad no rebasa la esfera del interés propio; el derecho subjetivo invade la esfera del interés ajeno.” (p. 194)

Para Cornelutti, el derecho subjetivo supone un mando, es decir, supone la creación de normas jurídicas²⁹. Según él, sobre quien se puede mandar recae una sumisión; por su parte, el poder de mandar dependerá de si es en el propio interés, caso en el que se tiene un derecho subjetivo, o si se manda en interés ajeno, caso en el que se tendrá una potestad (Cornelutti, 2011, p. 185 y s.s.). De esta manera, concluye Cornelutti (2011) que del ejercicio del derecho subjetivo procede la obligación, en tanto el ejercicio del derecho subjetivo supone un acto creador de normas jurídicas (p. 190)

27 Es acertada, sobre el deber jurídico, la posición de Chinchilla (2009, p. 49), quien en términos generales, después de hacer un análisis muy riguroso de los derechos subjetivos (incluso abordando a Hohfeld), acoge la terminología del derecho civil: el deber correlativo al derecho puede consistir en un dar, hacer o un no hacer.

28 Dice Kelsen (2014): “El uso lingüístico hace, pues, una distinción entre el derecho a la propia conducta y el derecho a la conducta ajena” (p. 87). Con Hohfeld, corregimos: en el primer caso se tendrá un privilegio, en el segundo derecho subjetivo.

29 Dice Cornelutti (1971): “El poder de mandar y el deber de obedecer expresan respectivamente una supraordenación y una subordinación del hombre respecto de otro hombre. Según que la supraordenación esté condicionada a la subordinación en el sentido de que al mandado le sea, a su vez, o al menos le pueda ser mandado que mande, se distingue el poder de mandar libre del poder vinculado. Al primero se le da el nombre tradicional de derecho subjetivo; el segundo está en el cuadro de las potestades”. (p. 17)

Sin embargo, ello es equivocado. La corrección de dicho error, de la mano de Kelsen y Ferri³⁰, es fundamental. De acuerdo con Ferri (2001): “El derecho subjetivo es el producto, el resultado, de normas existentes. Un derecho subjetivo puede existir sólo en cuanto exista un deber correspondiente, y éste, a su vez, presupone una norma”. (p. 238)

Ciertamente, el derecho subjetivo no es poder de crear normas jurídicas; al revés: por virtud de las normas jurídicas, creadas en ejercicio de una potestad (como se verá a continuación), surgen los derechos subjetivos y sus correlativos deberes. El derecho subjetivo existe, pues ya hay un derecho objetivo, norma jurídica creada, que faculta al titular del derecho subjetivo para determinar, efectivamente, la conducta del sujeto correlativamente obligado³¹.

En suma, si bien el que tiene un derecho subjetivo puede determinar la conducta ajena (en tanto es potencia de acto, como poder –posición de ventaja– que es), no lo hace creando una norma jurídica; la norma jurídica ya fue creada, como se verá, bien sea por una potestad pública o bien por la potestad privada; precisamente porque la norma ya está creada, alguien puede estar en una posición de ventaja, como ciertamente lo está el titular del derecho subjetivo³².

3.3. La potestad y la sujeción

Según Ferri (2001), la potestad “no es más que el poder de crear normas jurídicas de las que después derivan deberes y libertades; esto es, derechos subjetivos³³” (p. 200).

Tal poder de crear normas jurídicas puede estar radicado en cabeza del Estado o de los particulares: en el primer caso, estaremos ante una potestad pública³⁴; en

30 Como se verá, Ferri (2001), criticando a Cornelutti, dice que la autonomía privada es “Poder atribuido al individuo para la satisfacción de sus intereses (o incluso de los intereses ajenos), pero no derecho subjetivo” (p. 38).

31 Dice Kelsen (2014): “Cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra” (p. 87).

32 Ferri (2001): “Parece claro, por lo tanto, que la formación del derecho objetivo y, por consiguiente, de los derechos subjetivos que se derivan de él, pertenece a una fase anterior al ejercicio de los mismos derechos subjetivos” (p. 39).

33 Se corrige, de conformidad con lo expuesto en este trabajo, que no son sólo derechos subjetivos.

34 En relación con las potestades públicas, dice Ferri (2001): “Los límites que actúan en el campo de los poderes públicos (y en el de los poderes familiares, agrego) son límites positivos funcionales. Hay una esfera de disposición limitada positivamente en el sentido de que el fin está predeterminado y a él debe adecuarse todo acto de ejercicio del poder” (p. 289).

el segundo, ante una potestad privada³⁵. Este último tipo de potestad es denominada por Ferri autonomía privada³⁶ (también llamada autonomía de la voluntad).

Ahora bien, según lo expresa Hohfeld, el concepto correlativo al de la potestad es la sujeción. Al respecto, deben diferenciarse dos tipos de sujetos: al precepto –a la norma jurídica– y a la sanción –a ser sancionado por virtud de la realización de un acto ilícito– (Carnelutti, 2003, p. 202 y 203). En la llamada sujeción al precepto no hay, en realidad, una sujeción correlativa a la potestad (Ferri, 2001, p. 240); sin embargo, en la sujeción a la sanción sí son correlativos los conceptos de potestad y sujeción³⁷. Así pues, la sujeción es entendida por Hohfeld (2004, p. 72) como una sumisión a la sanción (llamada también responsabilidad).

3.4. La inmunidad y la incompetencia

Explica Hohfeld (2004) que “una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o “contralor” jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica” (p. 88). Por su parte, la incompetencia radica en carecer de tal potestad.

3.5. La acción

La evolución de la Teoría General del Derecho Procesal ha ido de la mano de la evolución de la acción³⁸; largo camino ha debido recorrer la doctrina procesal³⁹

35 En las potestades privadas (Ferri, 2001): “En cambio, los límites de la actividad privada autónoma tienen siempre carácter negativo. No hay en la actividad privada negocial predeterminación legal de un fin” (p. 291). Asimismo, Guastini (1999) habla de la autonomía privada (p. 368). El concepto de potestades privadas también está latente en Hans Kelsen (2007).

36 La autonomía privada es (Ferri, 2001) “el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas” (p. 36).

37 En la sumisión al precepto no hay una correlativa potestad, de manera que esta potestad está por fuera de las relaciones jurídicas, pues las normas jurídicas son precisamente las que las califican; solo hay sujetos al ordenamiento, solo existe sujeción una vez creada la norma. En la sumisión (sujeción) a la sanción, sí hay una potestad correlativa porque en esta sujeción, quien realiza un acto ilícito queda sujeto a la potestad sancionatoria sin que exista aún norma que lo sancione. En la sumisión al precepto, por el contrario, la sujeción se crea después de llevado a cabo el proveimiento o el negocio, y el destinatario queda sujeto a la norma únicamente una vez esta exista y se desvincule de su creador.

38 Dicen Quintero y Prieto (2008): “Se acomete ahora la tarea de recorrer el camino andado por la doctrina en torno al significado del derecho de acción, también porque paralelo al estudio de este concepto se fue estructurando el derecho procesal continental” (p. 304).

39 Al respecto, pueden consultarse, entre otros, Quintero Prieto (2008, p. 304 y s.s.) y Devis (2009, p. 181).

para concluir que la acción es un derecho subjetivo⁴⁰ abstracto⁴¹ y autónomo del respectivo derecho subjetivo material⁴², posición que hoy se acepta por los procesalistas sin mayores discusiones⁴³. En relación con tal concepción de la acción, expresa Cornelutti (1959):

El derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en la litis y por sujeto pasivo a la parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez o, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta (p. 315).

En efecto, a la acción, en tanto derecho subjetivo, corresponderá un deber correlativo⁴⁴: “La acción es en todo caso el correlativo del deber jurisdiccional y tiene por tanto índole pública, de linaje procesal” (Quintero & Prieto, 2008, p. 327).

La separación del derecho de acción respecto de los respectivos derechos materiales (sustanciales) se explica a la luz de la concepción estática y dinámica del ordenamiento jurídico (Cornelutti, 1950, p. 13): la acción no consiste en poner en ejercicio un derecho –como lo concebían los antiguos romanos–; por el contrario, la acción es un derecho independiente (estática jurídica) que se puede ejercer, poner en movimiento, por medio de la pretensión procesal (dinámica jurídica).

40 No obstante, se aclara que, en rigor, como dice Cornelutti en Derecho y proceso (1950), el derecho de acción no es un simple derecho subjetivo (sería una visión reduccionista), sino que supone todo un entramado: es también una suma de derechos subjetivos, que siguen a su ejercicio inicial (p. 9).

41 Coinciden Quintero y Prieto (2008, p. 316) y Devís (2009, p. 192 y s.s.) en que Cornelutti fue el principal precursor de esta tesis.

42 Dice García Mányez (1965) en relación con la acción concebida como derecho autónomo: “El problema esencial fue planteado por vez primera en Alemania, cuando los procesalistas de ese país se preguntaron si el derecho de acción depende del substancial o es, por el contrario, facultad dotada de vida propia. Nació así la doctrina de la autonomía de la acción, que puede ser vista como el fruto más valioso de las discusiones sostenidas en los últimos tiempos acerca del concepto a que hemos venido refiriéndonos” (p. 230).

43 Dice García Mányez (1965): “De acuerdo con la teoría más generalmente aceptada por los procesalistas contemporáneos, el de acción es derecho distinto e independiente del substancial, o derecho a la prestación” (p. 233). Actualmente, ciertos procesalistas relacionan la acción con la tutela judicial efectiva (Quintero & Prieto, 2008, p. 301 y s.s.). Lo anterior, por supuesto, reafirma la teoría de que la acción es un derecho.

44 Dice Cornelutti (1971): “(...) obligación de proveer según justicia sobre la demanda de la parte, esto es, la obligación correlativa al derecho de acción” (p. 134).

3.6. La acción en el derecho penal

No hay claridad en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la llamada acción penal⁴⁵. Para algunos, trasladando los avances de la Teoría General del Proceso, la acción penal es también un derecho subjetivo (Quintero & Prieto, 2008, p. 332); entre ellos, se encuentra Cornelutti (1961), quien sostiene sobre la acción penal que “Es ésta una expresión simbólica para significar un *poder*, que se diría, como la acción de la parte es un *derecho al derecho*, un *derecho a la potestad*: en efecto, el ministerio público tiene el derecho de provocar del juez el ejercicio de la potestad” (p. 36).

Acierta Cornelutti en cuanto a que el ministerio público (en nuestro país, la Fiscalía) es quien puede provocar del juez penal el ejercicio de la potestad punitiva; pero ¿tiene el ministerio público (Fiscalía en Colombia) un *derecho subjetivo* para provocar del juez penal el ejercicio de la potestad punitiva?

Si se analiza con detenimiento, a la luz de lo hasta aquí expuesto, debe concluirse que no: la acción en el derecho penal, cuyo titular en nuestro medio es la Fiscalía, NO es un derecho subjetivo. Veamos:

Ejercer un derecho subjetivo constituye un privilegio, es decir, nadie tiene derecho (lo que equivale a tener un no- derecho) de exigir al titular del derecho subjetivo su ejercicio; en cambio, no ejercer un deber jurídico constituye un acto ilícito⁴⁶:

El no ejercicio de un poder⁴⁷ no es ir contra el derecho (...) Y, por el contrario, en la violación de una obligación es donde la situación jurídica encuentra su quiebra, en vez de su desarrollo (...) Por este motivo, y con el fin de designar aquella especie de acto intransitivo que se traduce en la violación de la obligación, más que la expresión de antijurídico es preferible la de *acto ilícito* (Cornelutti, 2003, p. 244 y 245).

Precisamente, el deber jurídico es tal, en tanto el comportamiento contrario a este constituye un acto ilícito. Con gran claridad explica Kelsen (2014):

Así pues, estar jurídicamente obligado a cierto comportamiento significa que la conducta contraria es antijurídica y que, como tal, representa la con-

45 Hay quien dice, incluso, que es un acto jurídico (Espitia, 1998, p. 72). Si asumimos el análisis estático y dinámico del derecho, fácilmente nos daremos cuenta de que es un error.

46 Es mejor hablar de acto ilícito que de acto antijurídico, toda vez que el acto ilícito también produce efectos jurídicos (Cornelutti, 2003, p. 245).

47 Recuérdese que Cornelutti entiende por poder cualquier posición jurídica de ventaja.

dición de una sanción establecida en la norma; o sea, estar jurídicamente obligado significa ser el sujeto potencial de un acto antijurídico, ser infractor en potencia (p. 69).

Pues bien, si la Fiscalía no ejerce la acción –es decir, no imputa, no acusa, entre otros actos, teniendo mérito para hacerlo–, ello constituirá un acto ilícito⁴⁸. ¿En qué acto ilícito incurre el fiscal que no realice los actos necesarios para iniciar e impulsar el proceso penal? Además de cometer faltas disciplinarias, incurrirá en el delito de prevaricato por omisión (si su conducta es también antijurídica y culpable, por supuesto).

Así las cosas, la acción en el derecho penal es un deber jurídico, no un derecho subjetivo⁴⁹. Será preciso, entonces, hablar de deber de acción penal⁵⁰, cuyo derecho subjetivo correlativo se encuentra radicado en cabeza de toda la sociedad⁵¹. A la conclusión a la que hemos llegado sobre la acción en el derecho penal, acudiendo a la Teoría General del Derecho, es acorde con la Teoría General del De-

48 En esto se diferencia de no ejercer el real derecho de acción: “El impulso inicial del proceso como confiado a la parte, es, en cambio, una situación jurídica procesal que solo corresponde a la categoría de la facultad como situación neutra: un ser libre de hacer, una situación activa dependiente del derecho subjetivo con el que coexiste” (Quintero & Prieto, 2008, p. 328).

49 Siguiendo los planteamientos de Kelsen (2014), el derecho de acción es un derecho subjetivo (en derecho privado, por oposición al penal), y el particular es titular del mismo, toda vez que el ejercicio de ese derecho depende de la voluntad de su titular –en caso de que también sea titular del derecho material (es decir, que la pretensión procesal sea fundada y razonada)–. La eventual imposición de la sanción al responsable (nemo iudex sine actore), en últimas, es disponible; no está consagrada una sanción por no hacer efectiva la sanción civil, mediante el derecho de acción que ejercite el titular del derecho sustancial (por eso es un privilegio). En cambio, en penal, como la sanción por regla general no es disponible, la fiscalía no tiene un derecho en relación con el impulso del proceso, sino un deber; la sanción debe ser impuesta necesariamente. Dice Kelsen: (2014): “Al hacer depender la aplicación de la norma jurídica de la declaración de voluntad de cierto individuo, el legislador considera como decisivo el interés de éste” (p. 98). Y continúa “En este respecto, el derecho penal presenta una técnica opuesta. Un proceso penal no puede ser iniciado, por regla general, por personas cuyos intereses resultan directamente perjudicados en el delito. Comúnmente es la autoridad pública, un órgano de la comunidad, el facultado y, generalmente también, el obligado a ejercitar la acción indispensable” (p. 99).

50 Por lo demás, el artículo 250 de la Constitución Política, relativo a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, está escrito en términos de deberes y obligaciones de la Fiscalía, al igual que el artículo 66 del Código de Procedimiento Penal.

51 Dice Kelsen (2014) “Sin embargo, el proceso penal tiene la misma forma o, al menos, la misma apariencia externa que el civil; éste presenta la de una contienda entre dos particulares, demandante y demandado; el proceso penal la de una controversia entre la comunidad jurídica, es decir, el Estado, representado por uno de sus órganos, y un particular, el acusado”. También decía Hobbes (2014): “Así en los Estados los particulares pueden perdonarse unos a otros sus deudas, pero no los robos u otras violencias que les perjudiquen: en efecto, la falta de pago de una deuda constituye una injuria para los interesados, pero el robo y la violencia son injurias hechas a la personalidad de un Estado” (p. 123).

recho Procesal. De acuerdo con esta última, para que la construcción teórica sobre la acción entendida como un derecho subjetivo autónomo sea coherente, es indispensable que este se conciba como un derecho abstracto⁵². A su turno, si el derecho de acción es un derecho abstracto, la legitimación en la causa⁵³ se colmará con la simple afirmación coincidente entre las partes en sentido procesal y en sentido material. Dice Cornelutti (1959) sobre la legitimación en la causa:

(...) la verdad es que la acción, así sea con efectos limitados, no compete ya a la parte (en sentido material), sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que depende es la apariencia de ser sujeto de la litis o del negocio y, por tanto, dicha acción compete a cualquier ciudadano (p. 317).

No obstante, en el proceso penal la legitimación en la causa no se satisface con la simple apariencia de ser sujeto de la litis; por el contrario, para que la Fiscalía forme la imputación y, luego, la acusación, los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información legalmente obtenida deben conferir de manera previa, respectivamente, posibilidad⁵⁴ y probabilidad⁵⁵ de que la conducta delictiva existió y que el imputado o acusado es su autor o partícipe; debe haber, objetivamente, un aumento en los grados de conocimiento.

¿Por cuál razón, entonces, a la Fiscalía no le basta la afirmación coincidente para colmar la legitimación en la causa? Precisamente porque la acción en materia penal es un deber jurídico, no un derecho subjetivo. En el proceso civil basta la simple afirmación coincidente para que se cumpla la legitimación en la causa, por cuanto el actor es titular de un derecho subjetivo, el de acción, cuyo ejercicio – cumpliendo ciertas cargas– es suficiente para que se profiera sentencia. En cambio, en el proceso penal los grados de conocimiento deben ir aumentando, pues la Fiscalía no tiene un derecho subjetivo cuyo ejercicio permita, *per se*, la sentencia.

52 Sobre la necesidad lógica de concebir la acción como derecho abstracto, por oposición a la petición de tutela concreta (sentencia favorable), explica Devis (2009): “Al condicionar la acción a la sentencia favorable se llega, lógicamente, a concluir que al negar el juez las pretensiones del actor, está negando la acción, lo que viene a ser inexacto, porque tan cierto es que la acción le corresponde, a pesar del insuceso, que merced a ella se produjo el proceso que lo llevó hasta el fin o sentencia” (p. 189).

53 Que, en realidad, es requisito de los actos jurídicos.

54 Dice Cornelutti (1961): “La imputación es el primer peldaño de la escalera. Cuando me he puesto a examinar bajo este aspecto el contenido, me ha parecido que pueda atribuirsele el carácter de un juicio de posibilidad, más bien que el de probabilidad” (p. 138).

55 El artículo 336 del Código de Procedimiento Penal exige el grado de “probabilidad de verdad” para acusar. “De hecho un caso es probable en cuanto el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter”. (Ellero, 1968, p. 14)

4. La dinámica: los hechos jurídicos

La manifestación dinámica es aquella que surge de la dimensión temporal del Derecho (Carnelutti, 2003, p. 15). Era necesario, primeramente, abordar las situaciones jurídicas –la estática–, pues los hechos –la dinámica– constituyen su desenvolvimiento en el tiempo: “la manifestación temporal, que es la más compleja, supone que ya ha surgido, tanto la de la forma como la del espacio; es este un dato fundamental. (...) no se puede hacer cinematografía sin fotografía” (Carnelutti, 2003, p. 16).

Las posiciones jurídicas, al estar en estática, son potencia de acto⁵⁶, son posibilidad jurídica de hacer: “*el mecanismo del derecho consiste precisamente en hacer derivar una situación jurídica de otra*. Poder y deber⁵⁷ no son otra cosa que posibilidad de algo diferente de aquello que es” (Carnelutti, 2003, p. 222).

¿Por cuál razón las posiciones jurídicas son potencia de acto? ¿Por cuál razón pueden ser algo diferente de aquello que es? Por la estructura misma de las normas jurídicas: cuando el supuesto de hecho de la norma –compuesto por un hecho y una situación– se realiza mediante el hecho allí descrito, se produce, en clave de condición, el cambio prescrito como consecuencia jurídica. Ocurre, pues, en cuanto a los hechos (la dinámica), lo mismo que con las situaciones y las relaciones (estática): son jurídicos sólo en tanto las normas los califican⁵⁸. Explica Carnelutti (2003):

El hecho jurídico representa, pues, el modo de actuar del derecho⁵⁹. Para lograr su finalidad, las normas instrumentales o los mandos generales o particulares sólo pueden decir esto: dado un cierto hecho, se produce un cierto efecto. Por eso se compone de dos partes, denominadas *supuesto de hecho* (“*fattispecie*”) y *disposición* (“*statuizione*”) (p. 228).

56 Dice Carnelutti (2003): “(...) una situación es jurídica en cuanto tiene poder para desenvolverse en el hecho jurídico” (p. 223).

57 Recuérdese que Carnelutti entiende por poder cualquier posición jurídica de ventaja y por deber cualquier posición jurídica de desventaja.

58 Como lo resalta también Kelsen (2014) “Un acto es jurídico en cuanto se encuentra determinado por una norma de derecho” (p. 46)

59 El Derecho tiene su propia vida: “También el derecho tiene su vida. Ya antes he advertido que vivir no quiere decir más que poseer en sí mismo la causa del cambio” (Carnelutti, 2003, p. 220).

Es, por ende, en virtud del hecho jurídico que se producen las consecuencias previstas en la disposición de la norma; dicho de otra manera, el hecho será jurídico, precisamente, siempre que al realizarse sea capaz –dependiendo de su fuerza⁶⁰ (Carnelutti, 2003, p. 41 y 223)– de producir efectos jurídicos⁶¹, esto es, de cambiar las situaciones jurídicas:

A esto atiende la disposición, la cual sólo consiste en atribuir una juridicidad distinta, esto es, un aspecto jurídico distinto, a la nueva situación material, o, en otras palabras, en hacer que la nueva situación material tenga una nueva situación jurídica. Es costumbre expresar esto diciendo que la disposición da efectos jurídicos al hecho material (Carnelutti, 2003, p. 230).

Pues bien, los hechos jurídicos se clasifican según sean dependientes o independientes de la voluntad del hombre (Carnelutti, 2003, p. 43): en el primer caso, se denominan actos jurídicos; en el segundo, hechos jurídicos en sentido estricto⁶².

4.1. Los actos jurídicos

Según lo expuesto en párrafos precedentes, las posiciones jurídicas son posibilidad jurídica de hacer. Por tal motivo, a cada posición de ventaja le corresponderá un acto jurídico por virtud del cual la respectiva posición es ejercida⁶³, es decir, deja de ser potencia y se traduce en acto; por su parte, los deberes jurídicos pueden ser atendidos o desatendidos⁶⁴, a su vez, a través de actos jurídicos. Veamos:

Los privilegios se ejercen mediante actos facultativos⁶⁵ (Guastini, 1999, p. 118); las potestades públicas, mediante los proveimientos (Carnelutti, 1944, p. 71); las

60 Eso de la fuerza también está relacionado con lo que Hohfeld (2004) llama hechos operativos: “Los hechos operativos, constitutivos, causales o dispositivos son aquellos que, con arreglo de las normas jurídicas generales aplicables, bastan para modificar las relaciones jurídicas, esto es, para crear una relación nueva o extinguir una anterior, o para cumplir ambas funciones simultáneamente” (p. 41).

61 Dice García Mázquez (1965): “Toda consecuencia de derecho hállase condicionada por una hipótesis que, al realizarse, la produce” (p. 186).

62 Dice Carnelutti (2003): “Con arreglo al lenguaje jurídico, los hechos voluntarios se denominan actos en cuanto agere denota precisamente el manifestarse del hombre como causa de un modo de ser de la realidad. A los hechos no voluntarios se da el simple nombre de hechos (...)” (p. 44).

63 Salvo la inmunidad.

64 Las demás situaciones de desventaja no son susceptibles de ser atendidas o desatendidas.

65 Si bien es cierto que es difícil concebir cómo un acto facultativo puede producir efectos jurídicos, Ferri (2001) explica, con un claro ejemplo, la manera en que el acto facultativo tiene vocación productora de consecuencias jurídicas (p. 266).

potestades privadas, por medio de los negocios jurídicos (Ferri, 2001, p. 293), y los deberes jurídicos se atienden mediante actos debidos (Carnelutti, 2003, p. 246) y se desatienden a través de los actos ilícitos (Carnelutti, 2003, p. 244 y 245 TGD).

4.2. La pretensión

Ahora bien, a efectos de aclarar la llamada pretensión punitiva, resulta particularmente relevante preguntarse por su supuesto género, el acto jurídico pretensión⁶⁶. Junto con un buen número de teóricos del Derecho⁶⁷, debe concluirse que la pretensión procesal es el acto jurídico por el que se ejerce un derecho subjetivo. Dice Couture (2002):

La pretensión (Anspruchm, pretesa) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que esta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica (p.59).

No obstante, Carnelutti considera que la pretensión es un acto jurídico que no se circumscribe únicamente al ejercicio del derecho subjetivo⁶⁸. Carnelutti sostiene lo anterior, basándose en que el ejercicio del derecho subjetivo constituye un acto normativo; así, para él, el negocio jurídico es el acto por el que se ejerce un derecho subjetivo. Ahora, según se abordó en este escrito, ello es equivocado: como

66 La pretensión, efectivamente, es un acto jurídico: “Por eso la pretensión no es sólo un hecho, o más bien un acto, sino un acto jurídico” (Carnelutti, 2003, p. 283).

67 Dice Hohfled (2004): “Si, tal como parece deseable, buscáramos un sinónimo para la palabra “derecho” (subjetivo) en este sentido limitado y propio, quizás la palabra “pretensión” (claim) resultaría ser la mejor” (p. 53). Y concluye “Un derecho es una pretensión afirmativa de un individuo contra otro (...)” (p. 87).

Dice también Guastini (1999): “Típicamente, un derecho subjetivo no es otra cosa que una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que impone un deber (una obligación) correlativo. Tener un derecho subjetivo ante cierto sujeto significa poder pretender de ese sujeto un comportamiento dado y éste es el “contenido” del derecho subjetivo” (p. 180).

Asimismo, García Mánynez (1965) habla de pretensor (p. 16).

68 Dice Carnelutti (2003): “Si se quiere saber en cuál de las categorías de actos jurídicos va colocada la pretensión, es fácil dar la respuesta en el sentido de que su figura depende de la coordinación entre ella y la situación jurídica (simple), que en el conflicto de intereses, a que la pretensión se refiere, compete al agente: si, por ejemplo, la pretensión la suscita el propietario para la restitución del predio usurpado, manifiestamente se trata de un negocio jurídico, y si, por el contrario, se propusiera por el usurpador, sería un acto ilícito” (p. 283).

lo sostiene Ferri⁶⁹, la existencia de la potestad privada supone que el negocio jurídico esté circunscrito al ejercicio de esta, pues aquel entraña un acto creador de normas jurídicas; el ejercicio del derecho subjetivo, en cambio, no supone un acto normativo.

Pues bien, la pretensión, dependiendo del derecho subjetivo ejercido, puede ser material⁷⁰ o procesal –esta última, ejercicio del derecho de acción–. Ambas especies suelen confundirse, en cuanto al ejercicio de la pretensión procesal se refiere, pero ello es un error. En la demanda judicial⁷¹, pueden concretarse tanto una pretensión material como una pretensión procesal; pero siguen siendo actos jurídicos independientes.

Ciertamente, para que un acto produzca efectos jurídicos debe cumplirse, entre otros requisitos⁷², la legitimación. De cara a la pretensión procesal, este requisito basta con la simple afirmación coincidente entre las partes en sentido procesal y en sentido material y, por eso, con esa mera afirmación el acto está llamado a producir efectos jurídicos tales como que el juez deba proveer.

Ahora bien, si en ejercicio de la pretensión procesal, también se pretende materialmente –es decir, hay una pretensión material subyacente a la pretensión procesal, en tanto se está legitimado materialmente–, este acto estará llamado a producir otros efectos jurídicos adicionales al de la simple pretensión procesal, tales como que la sentencia sea favorable al pretensor. Dirían, en este caso, los procesalistas que la pretensión es fundada⁷³ y razonada⁷⁴.

69 Dice Ferri (2001): “Una de las consecuencias más importantes del concepto de la autonomía privada que hemos adoptado consiste en la posibilidad que nos ofrece de señalar una neta distinción entre negocios jurídicos y actos jurídicos lícitos en sentido estricto: los primeros, a diferencia de los segundos, tienen un contenido normativo” (p. 49).

70 La pretensión material, naturalmente, puede ejercerse sin necesidad de ejercer la pretensión procesal, mediante la exigencia extrajudicial del cumplimiento del deber jurídico (de la obligación correlativa).

71 “No es que la pretensión sea la demanda judicial, sino que aquella está contenida en esta” (Devis, 2009, p. 560).

72 “Se llaman requisitos los caracteres que el hecho material debe ofrecer para que la situación jurídica inicial se convierta en la situación jurídica final” (Carnelutti, 2003, p. 257).

73 “De lo contrario se deduce que la pretensión procesal puede estar respaldada o no por un derecho, lo que significa que pueden existir pretensiones fundadas e infundadas” (Devis, 2009, p. 257).

74 Dice Carnelutti (1959): “Razón de la pretensión es su fundamento según el derecho” (p. 32).

4.2. La así llamada pretensión punitiva

La mayoría de la doctrina sostiene, echando mano de los avances de la Teoría General del Derecho Procesal, que en el derecho penal es predictable la existencia de una pretensión punitiva como ejercicio de la acción penal⁷⁵. Dicen Quintero y Prieto (2008):

La pretensión procesal penal es el acto de voluntad mediante el cual, un particular, un funcionario público o el Estado en general, pide la sanción o la medida de seguridad para un determinado imputado o acusado por razón de un hecho también determinado. (...) La pretensión punitiva no difiere del modelo clásico de pretensión (p. 357).

Sin embargo, de acuerdo con lo expuesto en este trabajo, lo anterior es equivocado. Y ello por una sencilla razón: la acción penal no es un derecho subjetivo; luego, su ejercicio no constituye en una pretensión procesal.

5. Conclusión

Si la acción penal es un deber jurídico en cabeza de la Fiscalía, su ejercicio se materializará mediante un acto debido⁷⁶, y no mediante una pretensión. Son, pues, la imputación y la acusación actos debidos, pero ninguno de ellos pretensión.

Se equivoca, entonces, la doctrina al pretender encuadrar una supuesta pretensión procesal en los actos de imputación y acusación. Son estos actos que han de regirse por la naturaleza propia del derecho penal; no a otra conclusión puede llegar cuando el origen del proceso penal se halla en el delito, y no en el conflicto de intereses:

Delito y pena son, precisamente, como tantas veces lo hemos dicho, la cara y la cruz de una misma moneda; y a nadie se le ocurre sostener que sean autónomas entre sí la cara y la cruz; pero es verdad, sin embargo, que la moneda no se puede ver, simultáneamente, por la cara y por la cruz (Carnelutti, 1961, p. 16).

75 Hablan de pretensión punitiva, entre otros, Roxin (2000, p. 6) y Molina (2012, p. 341).

Por su parte, dice Carnelutti (1950): “Nosotros llamamos imputación a la formulación de la pretensión penal” (p. 192).

76 “(...) acto debido, que consiste en el cumplimiento de una obligación” (Carnelutti, 2003, p. 246).

En suma, si bien los procesos civil y penal han de confluir en ciertos aspectos, no pueden desconocerse sus diferencias teóricas: si pretenden igualarse, sin reparar al respecto, sólo se estará retrasando el progreso del proceso penal.

Referencias

- Borges, Jorge Luis. (2007). *Obras Completas*. Volumen II. *Del Rigor en La Ciencia*. Buenos Aires, Argentina: Emecé Editores S.A.
- Carnelutti, Francesco (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. (Niceto Alcalá- Zamora y Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editorial UTEHA.
- _____. (1950). *Lecciones Sobre el Proceso Penal*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (1959). *Instituciones del Proceso Civil*, Tomo I. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (1961). *Cuestiones del Proceso Penal*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (1971). *Derecho y Proceso*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (1971). *Principios del Proceso Penal*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- _____. (2003). *Teoría General del Derecho*. (Carlos G. Posada, Trad.). Granada, España: Editorial Comares.
- _____. (2011). *Metodología del Derecho*. (Ángel Ossorio, Trad.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- _____. (2013). *Cómo Nace el Derecho*. (Santiago Sentís Melendo, Trad.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Chinchilla, Tilio Elí. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Chipman Gray, John. (1909). *The Nature and Sources of the Law*. New York , EEUU: The Columbia University Press.
- Couture, Eduardo J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: B. de F.
- Devis Echandía, Hernando. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

- Ellero, Pietro. (1968). *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Madrid, España: Instituto Editorial Reus S.A.
- Espitia Garzón, Fabio. (1998). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Ferri, Luigi. (2001). *La Autonomía Privada*. (Luis Sancho Mendizábal, Trad.). Granada, España: Editorial Comares.
- García Mányez, Eduardo. (1965). *Introducción al Estudio del Derecho*. México DF: Editorial Porrúa S.A.
- Guastini, Riccardo. (1999). *Distinguiendo*. (Jordi Ferrer Beltrán, Trad.). Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Hobbes, Thomas. (2014). *El Leviatán*. (Manuel Sánchez Sarto, Trad.). México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. (2004). *Los Conceptos Jurídicos Fundamentales* (Genaro R. Carrió, Trad.). Bogotá, Colombia: Distribuciones Fontamara S.A.
- Kelsen, Hans. (2007). *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. (Eduardo García Mányez, Trad.). México DF: Ediciones Coyoacán.
- _____. (2014). *Teoría General del Derecho y del Estado*. (Eduardo García Mányez, Trad.). México DF: Editorial Universidad Autónoma de México.
- Molina López, Ricardo. (2012). *La Conformidad en el Proceso Penal*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. (2008). *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- Roxin, Claus. (2000). *Derecho Procesal Penal* (Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S.R.L.

El fin del proceso penal en contextos de justicia transicional

*Jörn Halling*¹
*John Zuluaga*²

Resumen

En este artículo se discute sobre las implicaciones del curso punitivista que sigue el modelo de justicia transicional colombiano. Primero, se hace una aproximación introductoria al sentido y fin del proceso penal. Segundo, se analizan críticamente los instrumentos procesales vigentes vinculados al modelo de justicia transicional. Tercero, en el contraste de los fundamentos constitucionales y legales del proceso penal y los rendimientos reales del mismo en escenarios de justicia transicional se intenta establecer las razones que explican la incapacidad del proceso penal en el cumplimiento de los propósitos de verdad, justicia y reparación.

Palabras clave: Proceso penal. Justicia transicional. Verdad. Justicia. Reparación.

¹ Magíster en Derecho (UdeA) y Doctorando en la Johann-Wolfgang-Goethe Universität de Frankfurt am Main (Alemania); Miembro de la Firma ReedSmith en München (Alemania).

² Magíster Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität de Göttingen (Alemania); Investigador adscripto al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CE-DPAL) de la misma Universidad.

Introducción

La concepción de los actuales mecanismos de justicia transicional en Colombia ha estado orientada a satisfacer demandas de justicia y expectativas de castigo por graves violaciones de derechos humanos (en adelante “DD.HH.”), del derecho internacional humanitario (en adelante “DIH”) y del derecho penal internacional (en adelante “DPI”). El *ethos* legalista que ha condicionado la evolución de dichos mecanismos ha encontrado en el proceso penal la forma preponderante para la realización de sus propósitos esenciales. Tanto con base en la llamada Ley de Justicia y Paz (en adelante “LJP”) como en el Marco Jurídico para la Paz (en adelante “MJP”) se han introducido componentes jurídico-penales a partir de los cuales se intentan resolver no sólo las demandas de justicia y reparación, sino, también y de manera más enfática, de verdad. A esos fines, inicialmente, se puso en marcha el procedimiento de la Ley 975 de 2005³ y, posteriormente y de forma complementaria, se han consolidado proyectos de investigación y juzgamiento penal para respaldar aquel escenario en el logro de sus propósitos básicos. Concretamente se ha definido una estrategia de selección y priorización de casos que se introdujo para corregir la impracticabilidad de lo que se dio en llamar una estrategia maximalista de persecución penal⁴. Esta evolución es recogida, incluso, por el MJP que elevó a rango constitucional este modelo de investigación y judicialización penal como uno de los instrumentos del sistema de justicia transicional en Colombia (Art. transitorio 66 inc. 4 Constitución Nacional –CN–).

Con cada uno de estos escenarios se ha intentado materializar una dimensión especial del deber jurídico de persecución penal que exige concretar investigaciones y juicios que conduzcan a la realización no sólo del factor retributivo de dicho deber, sino, además, el objetivo de restauración que tiene su fundamento en los derechos de las víctimas⁵. La vinculación de un modelo *sui generis* de pro-

3 Sobre el desarrollo legislativo y las características esenciales de la Ley 975 de 2005 véase Ambos, Kai et al., *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de „justicia y paz“ en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010, párr. 17 ss.

4 Para un análisis de la regulación de esta estrategia de selección y priorización véase Zuluaga Taborda, John, “Alcance del Artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Ambos, Kai (Coord.) *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, pp. 168-188.

5 Sobre el interés de justicia y su fundamento jurídico véase Ambos, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Temis, 2008, pp. 28-117.

ceso penal para la neutralización, sanción y reincorporación de grupos armados organizados al margen de la ley (en adelante “GAOML”) ha sido la manera como se ha implementado dicho deber jurídico de persecución. Sin embargo, como ya lo hemos criticado antes⁶, la concepción de un modelo de justicia transicional bajo los parámetros procedimentales de la justicia penal no sólo restringe el proyecto transicional de justicia sino que, además, visibiliza la incapacidad del proceso penal para la realización de los propósitos de aquella. Como lo ha evidenciado la puesta en marcha del procedimiento de la LJP, la capacidad del sistema judicial es limitada si el mismo se pone al servicio de una *comprensión punitivista del conflicto armado* y de una exhaustiva reprochabilidad penal de sus actores. No se trata sólo de la colisión de múltiples competencias para la determinación de responsabilidades penales, que se cruzan en el amplio espectro de actores y líneas de victimización, sino, también, del desenvolvimiento intra-procesal e inter-institucional para canalizar estas complejidades. De esta manera, junto con la independencia, imparcialidad y competencias del sistema judicial, también parece naufragar el objetivo de consecución de una verdad procesal empíricamente dominable, controlada y respetuosa de los derechos de las víctimas e intervinientes en el proceso⁷.

El intento por conducir un proyecto transicional de justicia bajo las formas del proceso penal reproduce aquella *ilusión panjudicialista*⁸ que reduce al proceso penal el trámite de los principales dilemas del conflicto socio-político y armado. Este proyecto de neutralización de GAOML y de superación de la violencia desborda el alcance que se vincula a cualquier proyecto racional de proceso penal y, además, extrae y minimiza la maniobrabilidad y posibilidad adaptativa de otras condiciones para la resolución de un conflicto armado. En la proyección del proceso penal como límite de la justicia transicional y, con ello, la judicialización del conflicto armado, se moldea la función judicial como *ratio funcional* a las necesidades (o veleidades) del sistema político. Paradójicamente, el sesgo punitivista del modelo de justicia transicional en Colombia

6 Véase Zuluaga, John, “Acerca del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de ‘justicia y paz’”, en Ricardo Molina López (Coord.), *Lecciones de derecho penal, procedimiento penal y política criminal*, Medellín, Dike – Universidad Pontificia Bolivariana (Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario), 2012, pp. 571 ss.

7 En ese sentido Ambos *et. al* (*supra* nota 1), párr. 6-12.

8 Sobre la ilusión panjudicialista y la inflación del proceso penal véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 6^a ed., 2004, pp. 561 ss.; también Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2^a edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 834 ss.; Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 9.

presta un servicio de gran consideración ante la necesidad de un uso instrumentalizado, selectivo y desigual del derecho penal⁹.

A los fines de profundizar sobre las implicaciones del curso punitivista que sigue el modelo de justicia transicional colombiano, a continuación se intentará, primero, una aproximación introductoria al sentido y fin del proceso penal. Las consideraciones sobre el alcance del proceso penal en escenarios de transición al fin del conflicto armado, parten de reconocer el carácter limitado del derecho penal en torno a las dinámicas masivas de comisión de crímenes y la inevitable relativización de los axiomas procesales para la investigación y sanción de los mismos. Segundo, se hará un análisis crítico de los instrumentos procesales vigentes vinculados al modelo de justicia transicional. Por un lado, el llamado proceso de justicia y paz regulado por la LJP y, por otro lado, las directrices constitucionales introducidas por el MJP en materia de investigación penal y juzgamiento de miembros de GAOML. En el contraste de los fundamentos del proceso penal ligado a un modelo constitucional de Estado de derecho y los rendimientos reales del mismo en escenarios de justicia transicional se encontrarían constancias suficientes para demostrar la incapacidad de aquél en el cumplimiento de los propósitos de este (verdad, justicia y reparación).

1. Sentido y fin del proceso penal

1.1. Del alcance del proceso penal

Una clásica formulación sobre el alcance del proceso penal ha sido aquella según la cual el proceso penal está dirigido a comprobar o desvirtuar la verdad existencial de un delito. Con ello también se concibe en el proceso penal al instrumento y la condición previa para la realización de la pretensión de validez del derecho penal¹⁰. Sin embargo, esta afirmación programática sobre el proceso penal se ha visto confrontada a conclusiones correctivas. Fundamentalmente, el proceso penal como proyecto para el logro de una verdad material sobre un hecho punible se ve restringido frente a la *imposibilidad del conocimiento objetivo de la verdad*¹¹.

9 En ese sentido véase González Zapata, Julio. “La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal”, en *Estudios Políticos* N° 31, Medellín, jul-Dic, 2007, p. 38.

10 Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht* 8^o ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010, nm 1.

11 Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch* 28^o ed., München, Beck, 2014, nm. 4 ss.; Volk, Klaus/Engländer, Armin, *Grundkurs StPO* 8^o ed., München, Beck, 2013, § 3 nm. 2; Kühne (*supra* nota 8), nm 1.

Descartado un conocimiento objetivo de la misma por medio del proceso penal, una amplia parte de la doctrina concibe al mismo como un escenario de (re)construcción de la verdad. En ese sentido, lo que es considerado como objeto del proceso penal (reconstrucción de la realidad histórica) es, a su vez, reconocido como fundada insuficiencia teórico cognitiva¹².

Esta restricción cognoscitiva del proceso penal ha sido fundamento para sostener la clásica distinción entre *verdad procesal* y *verdad material*. En otras palabras, la diferencia entre la verdad existencial y el resultado del rito procesal, cuya verdad (procesal) puede ser diferente de aquella. Con esta distinción, además, se define el estricto fundamento del trámite procesal penal, el cual se asienta esencialmente en el conocimiento de los hechos relevantes para determinar la punibilidad del autor, que se establece en la sentencia penal¹³. Por lo tanto, en el mejor de los casos la verdad procesal es un recorte de la verdad material o histórica y no se corresponde necesariamente con la misma. Esta distinción, a su vez, es un reconocimiento de las diferencias en las condiciones para el logro ya de la verdad histórica o procesal, pues aquella exige conocer un contexto más amplio sobre el desarrollo de los hechos cometidos (v.gr. las estructuras que fueron determinantes para la comisión del delito, los motivos concretos, etc.), lo cual tampoco hace parte de la verdad procesal.

A la restricción cognoscitiva como fundamento para la distinción entre verdad procesal y material, se suma aquella restricción normativa que define el curso metodológico del proceso penal y que se sintetiza en las *reglas del debido proceso*. Con estas se acentúa el replanteamiento de las clásicas consideraciones sobre el fin del proceso, pues con la formalidad, como característica de dicho escenario, y el sometimiento a las reglas del debido proceso, se vincula un propósito más complejo como es la *protección de los inocentes*¹⁴. Esta delimitación del alcance del proceso penal corresponde a unas particulares bases político-criminales que se orientan fundamentalmente a la realización del Estado de derecho y que disuaden la vinculación del proceso a otros objetivos materiales diferentes a los señalados. Se trata de una fundamentación político-criminal que se desarrolla normativamente en la Constitución y los códigos penales y procesales penales y que funciona como límite del decisionismo en la aplicación del poder punitivo.

12 Así Kühne (*supra* nota 8), nm 1, que con respaldo en Luhmann ve en el proceso penal un escenario de reconstrucción o de nueva construcción de la realidad histórica.

13 González Zapata, Julio, “Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005”, en *Estudios Políticos* 27 (2005), Medellín, UdeA, p. 50.

14 Roxin/Schünemann (*supra* nota 8), § 1 nm. 6

La aspiración de un proceso penal sometido a la racionalidad teleológica y epistemológica propia de los cursos de la persecución penal bajo las claves del Estado de derecho puede tener, a su vez, diferentes limitaciones. Se trata de la permanente vinculación de las lógicas del proceso penal a las formas de poder y organización estatal¹⁵. El ejemplo contemporáneo más importante se puede apreciar en las llamadas “sociedades en transición”, donde el proceso penal es puesto al servicio de la implementación de políticas de Estado, concretamente como uno de los escenarios a partir de los cuales se pretende afrontar los legados de abusos del poder e, incluso, asegurar las aspiraciones esenciales de un proceso transicional como son la verdad, la justicia y la reparación. Se desarrolla una escenificación del proceso penal en la que se desconoce su limitado alcance (cognitivo y metodológico) y se reinstalan las aspiraciones materiales en términos de verdad y justicia.

Sometido a las claves de la justicia transicional, el proceso penal incorpora una relativización especial del carácter racional de la persecución penal y, asimismo, de los estándares ordinarios y mínimos de reprochabilidad¹⁶. Frente a los delitos cometidos en el seno de un régimen de abuso de poder o *conflicto armado*, se introduce como función del proceso penal el descubrimiento de la verdad sobre lo que pasó, en el intento de satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas. La atribución asignada al proceso penal para documentar lo pasado y, de esta manera, hacer un aporte a la creación de la verdad histórica se instala como un fundamento de legitimación del proceso y de las competencias no sólo para investigar y judicializar, sino, también, para definir quién puede ser responsable penalmente. De esta manera se desarrolla una especie de aporía de los propósitos de persecución penal, que repercute tanto en la capacidad real de la función judicial para tramitar los conflictos penalmente reprochables como la legitimidad misma del proceso penal.

Con la apropiación del proceso penal como el medio (preponderante) para el logro de los fines de la justicia transicional se modifica la “*gramática*” de la persecución penal. Del sentido liberal y restringido que supone el proceso penal en la lógica de un Estado constitucional de derecho, se pasa a un escenario que se instala como un receptor de las demandas del conflicto sociopolítico. Ante la incapacidad del sistema político para tratar la problemática y reivindicaciones frente al mismo, parece que el proceso penal es el lugar al que huyen aquellas demandas en forma de reclamos prestacionales, vindicativos e históricos. Con la judicialización del conflicto y la ubicación del proceso penal como instrumento garante de las reivin-

15 Al respecto véase *in extenso* Damaska, Mirjan, *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, New Haven, Yale Univ. Press, 1986, pp. 3 ss.

16 Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 6.

dicaciones transicionales, paradójicamente, se insiste en una aporía sistemática (insuficiencia cognitiva y restricción metódica) para intentar resolver los pilares de transiciones políticas.

1.2. El proceso penal y las reivindicaciones transicionales

La persecución penal vinculada a los procesos de justicia transicional arrastra las problemáticas de la justicia ordinaria a través de la cual se implementa, v.gr. los dilemas de la congestión y selectividad y los diferentes problemas logísticos y organizacionales. Sin embargo, la justicia penal transicional se puede distinguir de la justicia ordinaria por estar orientada al trámite de fenómenos de macrovictimización¹⁷. En otras palabras, la justicia transicional incorpora una *comprensión amplia de justicia* a partir de la cual se consideran no sólo los derechos del acusado, sino, también, preponderantemente los intereses de las víctimas¹⁸. Como parte de esta noción amplia de justicia, en la justicia transicional se reivindican tanto los intereses como los derechos de las víctimas. El desarrollo de los mismos ha sido en gran parte consecuencia de la jurisprudencia de los derechos humanos, específicamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CorteIDH”)¹⁹. Como parte de una noción amplia de justicia, a las víctimas se les reconocen concretamente los derechos a la verdad, justicia y reparación.

En el ámbito de la *verdad*, se trata del derecho a saber sobre las circunstancias que envuelven violaciones de DD.HH. y los responsables de las mismas. En su dimensión individual, el titular de dicho derecho es la víctima y sus familiares. En su dimensión colectiva, se le asigna el mismo a la sociedad como una garantía fundamental contra la no repetición de tales violaciones²⁰. En el ámbito de la *justicia*, se trata de la obligación de investigar y determinar los responsables de violaciones a DD.HH²¹. El derecho a la justicia genera, a su vez, deberes para los Estados como son el deber de sancionar, investigar, proporcionar a las víctimas un recurso judicial efectivo, respeto al debido proceso y la imposición de penas

17 Ambos (*supra* nota 3), párr. 2 y nota a pie 11.

18 Ambos (*supra* nota 3), párr. 10.

19 Ambos (*supra* nota 3), párr. 10.

20 El derecho a la verdad puede ser reconducido a los arts. 32 y 33 del PA I de 1977 a los CG I-IV de 1949; posteriormente, él ha sido reconocido, en particular con respecto al destino de los desaparecidos, por la jurisprudencia (nacional e internacional), por instrumentos de derechos humanos y por la práctica de los Estados.

21 Véase Ambos (*supra* nota 3), párr. 11 y notas a pie 101-103 con más referencias.

proporcionales²². En el ámbito de la *reparación*, se comprende el derecho a la restitución o restauración, a la indemnización, a la rehabilitación, medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición²³.

Bajo estos tres pilares se ha reprogramado el sentido y alcance del proceso penal que, a pesar de la existencia de alternativas penales y extrajudiciales, asume un rol central en la satisfacción de todas estas demandas. La configuración del proceso penal como un “*foro de víctimas*” tiene importantes repercusiones frente a las pretensiones (clásicas) que se buscan con el mismo de lograr decisiones neutrales e, incluso, no determinadas emocionalmente. Una constancia histórica de las tensiones que puede generar la idea de diseñar un proceso penal como foro para la víctima se evidenció en el proceso adelantado en Israel contra el funcionario nacionalsocialista *Adolf Eichmann* en 1961, donde la aspiración de darle a las víctimas un foro marcó el proceso y lo convirtió en un espectáculo. De este perfilamiento del proceso se puede cuestionar la deficiencia como escenario exclusivo para el trámite de aquellas demandas enfáticamente dirigidas a la satisfacción de las víctimas.

Esta (re)orientación del proceso penal socava la aspiración de averiguar la verdad relevante para determinar finalmente la culpa individual de una persona. A su vez, la limitación de la investigación y judicialización a los hechos relevantes del proceso puede estar en contradicción con el querer de la víctima de establecer por sí misma lo que va a contar, por ejemplo, referente a sus problemas actuales derivados del hecho²⁴. Respecto a este posibilidad de victimización secundaria se ha objetado que el proceso penal no excluye este riesgo, sino que más bien lo agrava²⁵, porque la posición de la defensa en la que se encuentra el acusado en el proceso frente a la amenaza penal, propicia que éste trate de neutralizar los hechos negando los mismos o asignando la culpa a la víctima, entrando a un juego de suma cero²⁶.

22 Véase Ambos (*supra* nota 3), párr. 11 y nota a pie 104 con más referencias.

23 Véase Ambos (*supra* nota 3), párr. 11 y notas a pie 106-115 con más referencias.

24 Dembour y Haslam anotan al respecto: “Los sentimientos de las víctimas están además violados cuando se les exige enfocarse en eventos pasados y aislar sus problemas presentes.” (Dembour, Marie-Bénédicte y Haslam, Emily, « Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Criminal Trials », en *European Journal of International Law* (2004), p. 175: “The consciousness of victims is violated further when they are required to focus upon past events in isolation from their current troubles”).

25 Dembour y Haslam (*supra* nota 22), p. 151 ss.

26 Además, el fenómeno de la victimización secundaria justamente fue observado inicialmente en procesos penales por delitos sexuales (Burkhardt, Sven/Graebisch, Christine, “Völkerstrafrechtlicher Umgang mit Makrokriminalität- Widersprüche und Alternativen anhand ausgewähl-

La ambivalencia de las pretensiones procesales también ha marcado el trámite judicial que se ha vinculado al proceso de justicia transicional en Colombia. A partir de la Ley 975 de 2005 y sus diferentes condicionamientos jurisprudenciales se ha instalado un proceso penal como escenario de *promoción de los derechos de las víctimas* (Art. 4 LJP). Esta predisposición ha sido acentuada por el MJP que elevó a rango constitucional la obligación estatal de garantizar al mayor nivel posible los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación (Art. transitorio 66 inc. 1). Como será analizado más adelante, la vinculación de una función promocional de derechos ha repercutido de diferentes maneras en el proceso penal. Paradójicamente, frente a un alto estándar de garantías los rendimientos procesales han sido deficientes. No sólo se trata de la incapacidad del mismo para conducir fenómenos macro criminales, sino, también, para satisfacer las demandas de las víctimas en un contexto macro victimizante y en un escenario judicial con amplios problemas operativo-logísticos.

1.3. ¿Se satisface la víctima con el castigo del victimario?

Con el reconocimiento del proceso penal como un escenario limitado y restringido para la promoción de los derechos de las víctimas, a su vez, se cuestiona si el derecho penal y el proceso penal, por medio del cual el mismo cobra vigencia, debe y puede ser el medio para superar las negaciones que se intentan compensar con la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Más allá de los rendimientos prestacionales que se derivan de la atención a las demandas de reparación y verdad, la discusión es relevante en el ámbito de la redención de justicia, especialmente de las aspiraciones retributivas que toman cuerpo en los deseos de venganza de las víctimas. En tanto el derecho penal desprivatiza el conflicto entre víctima y victimario²⁷ y el proceso objetiviza la resolución del mismo, los deseos de las víctimas quedan atrapados en las formas del desenlace judicial. Este dilema cruza la lógica de la justicia penal transicional y plantea un serio cuestionamiento a la real capacidad de cumplir sus promesas, especialmente la de canalizar aquellas aspiraciones retributivas, siempre intensas en contextos de macro victimización.

La representación de reacciones emocionales de las víctimas conduciría al socavamiento de la legitimidad del derecho penal, que se basa en la *racionalidad*,

ter Beispiele”, en Cornelius Prittowitz *et al.* (eds.), *Kriminalität der Mächtigen*, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 216).

27 Hassemer, Winfried/Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 30.

neutralidad y formalidad del control social que se ejerce por medio del mismo²⁸. El trato humano del autor y el análisis justo del caso, pautas mínimas para el desenlace del proceso, exigen objetividad y no emocionalidad. En ese sentido, la venganza y la estigmatización sólo plantearían una aporía de esta idea de derecho penal²⁹. El proyecto de un derecho penal al servicio de la venganza es particularmente problemático en el ámbito de conflictos armados, que regularmente reproducen una espiral de actos de venganza cada vez más drásticos y donde el tipo de reacción en estos contextos respondería a otras racionalidades³⁰.

El cuestionamiento fundamental a la capacidad del derecho penal para satisfacer deseos de venganza se encuentra en la objetivización que el mismo hace del conflicto punitivo. En otras palabras, una satisfacción de tal deseo sólo ocurriría con la realización privada del mismo como un medio de autoafirmación individual. A pesar de que se ha llegado a afirmar que el deseo de venganza es, incluso, medible físicamente³¹, la materialización del mismo no tiene lugar por medio de la sustitución que hace el Estado en representación de las víctimas³². Un efecto terapéutico en el caso de la venganza (si éste existiese) sólo se generaría si la víctima realiza ésta de manera personal, con el poder de su mano³³. El deseo de venganza es por si una “pasión culpable y feroz”³⁴. A pesar de las afirmaciones con las que se determina algún grado de posibilidad al desenlace de deseos de venganza, entrevistas a víctimas de graves violaciones de DD.HH. muestran que entre las cosas que estas esperan del proceso penal, la venganza tiene una importancia marginal. Esto significa, por lo menos, que la pena no es percibida por las víctimas como medio adecuado para satisfacer sus deseos (de venganza). Esto confirma una vez más la aporía que encierra el derecho a la justicia en procesos de transición y sirve para concluir que un derecho penal orientado por los principios

28 Hörnle, Tajana, „Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht“, en *JZ* 19/2006, p. 953 y nota a pie 4 con mas referencias.

29 Reese, Carolin, „Fünf offene Fragen zum Internationalen Strafgerichtshof: Und der Versuch einer Antwort“, en Neubacher, Frank/Klein, Anne (eds.), *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts*, Berlin, Duncker-Humblot, 2006, p. 84.

30 Igualmente Hörnle (*supra* nota 26), p. 954.

31 Singer, T. et al., “Emphatic neutral responses are modulated by the perceived fairness of others”, en *Nature*, 439 Ed, No. 7075, pp. 466 y ss.

32 von Liszt, Franz, „Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882)“, en von Liszt, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* Tomo 1 (1875 a 1891). Reimpresión 1948, pp. 7 ss.; von Hippel, Robert, *Strafrechtsreform und Strafzwecke*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1907. p. 415.

33 Reemstma, Jan Phillip, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters als Problem*, München, C.H. Beck, 1999, p. 26.

34 Ferrajoli (*supra* nota 6), p. 333.

del Estado de derecho no debe ni puede satisfacer a las víctimas en este punto. La desprivatización de la resolución del conflicto entre víctima y victimario y la consecuente realización de los intereses de la víctima por medio de la representación de los mismos, conlleva a plantearse hasta qué punto los intereses de aquellas pueden integrarse como un propósito del castigo. El asunto tiene más relevancia en el marco de la justicia transicional, como la del caso colombiano, donde los proyectos de trámite judicial se han desarrollado explícitamente a los fines de la promoción de dichos intereses. Al respecto, las discusiones teórico-penales más relevantes se concentran en la pregunta acerca del significado de la pena para la víctima y la justificación de la pena con fundamento en sus intereses. Frente a este cuestionamiento han sido ampliamente discutidas dos posiciones. Por un lado, aquellas basadas en el efecto de desaprobación de la pena que la distingue de las reparaciones civiles, administrativas o sociales. Por otro lado, las posiciones que niegan cualquier efecto redentor de la pena y restringen la misma a ser un factor de reducción del trauma que se deriva del hecho punible. Por una parte, los ejercicios de distinción entre la pena y las compensaciones civiles al daño encuentran en el efecto que arrastra la reacción pública al delito por medio de la pena el criterio que fundamenta tal diferenciación³⁵. Este proyecto de justificación de la pena reconoce que el daño derivado de delitos graves (homicidio, violencia sexual, etc.) no se reduce a lo materialmente perceptible y compensable, sino, además, reproduce vulneraciones inmatemariales expresadas, por ejemplo, en el desprecio y la humillación. Este desprecio hacia la víctima, manifestado por el autor a través del hecho punible, conduce frecuentemente al menoscabo de la dignidad del sujeto-victima y puede llegar incluso a la pérdida completa de la estima por su vida. A pesar de que ello sea así, se sostiene que la satisfacción de deseos de venganza, que se generarían en la víctima como reacción a la pérdida de su dignidad, no deben constituirse en el fin de la pena, advirtiendo que la relegación exitosa del deseo de satisfacción es la “*raison de etre*”³⁶ del derecho penal (público). El desprendimiento de la venganza como forma privada de satisfacción punitiva se determinaría en la abstracción de la experiencia específica de la víctima hacia la prescripción que establece los términos generales de lo que se entiende por violación de un bien jurídico³⁷. Sin embargo, de ello no se concluye que la vulneración de la víctima sea completamente inapreciable para la justificación de la pena. Se asume que el desprecio de la víctima por parte del autor y el deseo de satisfacción como reacción, también tienen un impacto para la sociedad, cuando está fundamentado en “el respeto debido a cualquier ser humano”, porque

35 Günther, Klaus, „Die symbolisch expressive Bedeutung der Strafe“, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos.Günther, 2002, pp. 204-219.

36 Günther (*supra* nota 33), p.211.

37 Günther (*supra* nota 33), p. 208 ss.

entonces la vulneración se vuelve “intersubjetivamente compatible”³⁸. En este caso, el delito causa en la sociedad indignación y desprecio y, por lo tanto, la hace co-participe en el sufrimiento de la víctima. Esta reacción emocional-moral se expresa de forma simbólica en el “juicio de menosprecio” penal. Este mensaje de desaprobación del hecho se considera como el significado simbólico expresivo de la pena, el cual no puede ser comunicado por la compensación civil. Aunque no se defiende expresamente que el juicio penal de menosprecio satisface a la víctima, y con ello sanea la vulneración inmaterial, sin embargo, esto se señala justamente en referencia al efecto satisfactorio del veredicto de culpabilidad³⁹.

Por otra parte, a un mismo resultado llegan aquellas posiciones que reconocen la imposibilidad de satisfacción de un deseo de venganza pero con un fundamento diferente. En este marco de opiniones se sostiene que la redención de un daño inmaterial es insanable⁴⁰. Por esta razón, reconocen en la pena cierta funcionalidad en la reducción de los traumas del sujeto-víctima. Aunque el mismo no es curable el tratamiento de su gravedad depende de la forma como se maneje una vez cometido el delito⁴¹, es decir, no se trata de compensar daños inmateriales de la víctima sino de reducir la pesadez del trauma y con ello evitar o limitar daños futuros⁴². En ese sentido, la persecución penal y el castigo son vistas como instancias que deciden, con su materialización, la determinación del hecho punible como un elemento único en la vida de la víctima o, ante la ausencia de las mismas, el punto de partida de una secuencia de profundos traumas⁴³. A la sentencia penal y la comprobación de que el hecho punible corresponde a una injusticia y no a un accidente o una necesidad política, y en la que la sociedad expresa su desaprobación al hecho como manera de solidarizarse con ella, se les otorga una importancia decisiva. Se considera que la clara distinción entre justo e injusto haría parecer la vida social más segura, más predecible y de cierta forma promueve la orientación social⁴⁴. “Para la víctima de un crimen el castigar al autor no es compensación sino prevención de daños adicionales [...] El derecho de la víctima a que se castigue al autor se deriva de la obligación del Estado de limitar el daño social, que fue

38 Así Günther (*supra* nota 33), p. 216, basado en la aproximación de Strawson, descrita en el marco de retribucionismo neoclásico,

39 Günther (*supra* nota 33), p. 219.

40 Reemstma, Jan Phillip, *Im Keller*, Reinbek, Rororo, 1998; Hassemer, Winfried/Reemtsma, Jan Phillip, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München, C.H. Beck, 2002.

41 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 24.

42 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 24.

43 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 25 y 27.

44 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 24.

causado por el crimen [...] La obligación de restablecer el derecho surge con la obligación estatal de limitar daños”⁴⁵. De esta manera, se trataría de una resocialización de la víctima que figuraría como parte de la prevención general positiva.

En síntesis, respecto a la satisfacción de los intereses de las víctimas por medio del proceso penal debe decirse que las capacidades del mismo penal son limitadas, no sólo porque la verdad procesal regularmente es sólo un fragmento de lo que esperan las víctimas, sino, también, en tanto el proceso penal, por la formalización y objetividad debida, no está predestinado a satisfacer ni a promocionar los deseos de las víctimas. Además, un derecho penal orientado por los estándares del Estado de derecho no debe y no puede cumplir un deseo retributivo de las víctimas por la venganza. Sin embargo, el interés de satisfacción de las víctimas adquiere relevancia tratándose de la restauración de su autoestima. La sociedad y, respectivamente, la comunidad internacional determinan en el proceso que el hecho cometido contra la víctima fue injusticia y lo desaprueba con la pena. Esto no solo tiene un efecto pacificador para las víctimas sino también para la sociedad en general.

2. De la justicia (penal) transicional en Colombia

Como ya lo hemos anotado, la evolución de la justicia transicional en Colombia ha estado estrechamente vinculada a específicas fórmulas legales y formas judiciales que se han orientado, inicialmente, por la LJP y, posteriormente, por el MJP. Con cada uno los instrumentos ligados a estos referentes legales, el proceso transicional en Colombia ha desarrollado un marcado énfasis legalista, con una particular fijación en el desarrollo normativo de diferentes aspectos y condiciones del proceso transicional. De esta manera, con el proceso (judicial) transicional se ha configurado una especial interacción entre el sistema judicial y los ejercicios de neutralización, sanción y reincorporación de combatientes. Asimismo, como ya lo comentamos, es proyectado como un escenario de promoción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Esta orientación del modelo transicional ha sido, por lo demás, radicalizada con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, en cuyas consideraciones sobre la justicia transicional se ha establecido que el alcance del proceso y de la pena está determinados por los propósitos de desmovilización y los derechos de las víctimas⁴⁶.

45 Reemtsma (*supra* nota 31), p. 27.

46 Véase Corte Constitucional, sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, M.Ps. Cepeda Espinosa/Córdoba Triviño/Escobar Gil/Monroy Cabra/Tafur Galvis/Vargas Hernández; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Segunda Instancia, Rad. 34542, 27.04.2011, M.P. María del Rosario González de Lemos, p. 396.

Sin embargo, con el sometimiento de una parte de la resolución del conflicto a las formas y ritmos del proceso penal y no a alguna otra reacción estatal formalizada, se han desnudado amplias falencias de esta estrategia legalista de transición, por medio de la cual después de 10 años de vigencia de la LJP solamente se han alcanzado 14 sentencias⁴⁷. Si bien existe cierto consenso sobre la incapacidad que tiene un proceso judicial como escenario exclusivo para la realización de los propósitos de un proceso transicional⁴⁸, las explicaciones a los limitados rendimientos del proceso de la LJP van más allá. Básicamente se vinculan dichas restricciones a cierta inflación normativa originada por el marco reglamentario de la LJP, las implicaciones de la ausencia de un control judicial efectivo de los procesos de DDR, la ineffectividad del recurso judicial respecto a la investigación de los hechos punibles cometidos por integrantes de GAOML, la limitada participación de las víctimas y otras dificultades para la construcción de una verdad integral y sistemática.

2.1. Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz

La Ley aprobada ha establecido la judicialización de los GAOML a los fines de sostener la *desarticulación de estructuras armadas* irregulares y con ello la *facilitación del proceso de paz y reincorporación* a la vida civil de integrantes de GAOML. Para ello, el procedimiento de la Ley 975 de 2005 ha previsto la disolución de GAOML (Art. 1 inc. 1), ya sea de manera colectiva o individual (Art. 9), y la dejación de armas (Arts. 10.1 y 11.3) como actos iniciales y previos a la investigación y judicialización de los integrantes de dichos grupos postulados al proceso de justicia y paz. Estos actos se llevan a cabo en la llamada fase administrativa⁴⁹

47 Un seguimiento estadístico puede hacerse en <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/>

48 En ese sentido véase Pastor, Daniel, ¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina, en Eiroa/Otero (eds.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, pp. 327-400.

49 El término “fase administrativa” ha sido introducido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aludiendo a una etapa en la que compete al Gobierno nacional la elaboración de la lista de desmovilizados que se postulan a los beneficios de la Ley 975. (Véase Sala de Casación Penal, auto del 27 de Agosto de 2007, rad. 27873, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, sección 2.1. “Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la ley 975 de 2005”; auto del 23 de agosto de 2007, rad. 28040, M.P. María del Rosario González de Lemus, sección 2 Consideraciones de la Corte, cuestión previa; auto del 25 de septiembre de 2007, rad. 28040, M.P. María del Rosario González de Lemus, Consideraciones de la Corte, “Estructura del proceso de justicia y paz.”; auto del 1 de julio de 2009, rad. 31789, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Consideraciones de la Corte; auto del 31 de julio de 2009, rad. 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones de la Corte).

y propician la activación de la jurisdicción penal de “Justicia y Paz” por medio de la determinación de los integrantes del GAOML que aspiran al régimen especial de pena que consagra la Ley 975 (LJP).

A partir de la LJP se ha configurado un marco jurídico para la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de diversos GAOML⁵⁰. En sus disposiciones se prevén beneficios jurídico-penales a los desmovilizados de dichos grupos respecto de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al GAOML⁵¹. Específicamente la LJP configuró un procedimiento especial a los fines de adelantar el trámite de investigación, juzgamiento, sanción y entrega de beneficios judiciales de los integrantes de GAOML, desmovilizados y postulados a la LJP⁵². Para su ejecución, la regulación de dicho procedimiento presenta, por un lado, una etapa administrativa en la que se gesta fundamentalmente la desmovilización y el desarme del GAOML o uno(s) de sus integrantes y, por otro lado, una etapa judicial que se desarrolla en una fase llamada “pre-procesal”, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, y otra “procesal”, bajo la responsabilidad de las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial⁵³.

50 Acerca del objeto de dicho marco jurídico ver Arts. 1 LJP y Arts. 1 inc. 1 Decreto 3391 de 2006; véase asimismo Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 32-35.

51 Respecto al ámbito de aplicación y naturaleza de dicha Ley ver Art. 2 LJP, Art. 1 inc. 2 y Art. 2 Decreto 3391 de 2006; véase también GTZ-Proyecto Profis, *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009, pp. 133-138; Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 41-49.

52 Un panorama de la estructura procedimental puede verse en Ambos (*supra* nota 1), párr. 36-40; Sobre el procedimiento de la LJP *in extenso* véase GTZ-Proyecto Profis (*supra* nota 49), pp. 221-398; GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, *Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, Los Autores, 2009, pp. C3 ss., E3 ss., F3 ss., G3 ss., H3 ss.

53 Así mismo Corte Suprema de Justicia (C. S. de J.), Sala de Casación Penal. Rad. 27873, auto del 27 de Agosto de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, secc. 2.1 (“Naturaleza jurídica y estructura del trámite previsto por la Ley 975 de 2005”); C. S. de J., Sala de Casación Penal. Rad. 28040, auto del 23 de agosto de 2007. M.P. María del Rosario González de Lemus, secc. 2, Consideraciones de la Corte, Cuestión previa; C. S. de J., Sala de Casación Penal. Rad. 28040, auto del 25 de septiembre de 2007. M.P. María del Rosario González de Lemus, Consideraciones de la Corte, “Estructura del proceso de justicia y paz”; auto del 31 de julio de 2009, Rad. 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, Consideraciones; auto del 01 de julio del 2009, Rad. 31788, M.P. José Leónidas Bustos Martínez, Consideraciones.

2.1.1. Fase administrativa

Uno de los aspectos más cuestionados de la fase administrativa ha sido la ineficacia del rompimiento militar o cese de hostilidades de un GAOML o uno(s) de sus integrantes en el escenario de dicha fase para determinar el alejamiento de las actividades armadas y el cese de vulneraciones a derechos humanos⁵⁴. El rearme

54 Así por ejemplo Amnistía Internacional, *Déjenos en Paz. La población civil, víctima del conflicto armado interno en Colombia*, 2008, disponible en <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/colombia-paz-conflicto-armado-datos-cifras-20081028> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015), pp. 22-28; Beck, Katharina, *Der Demobilisierungsprozess der Paramilitärs in Kolumbien unter Alvaro Uribe*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, pp. 69 ss.; CIDH “Informe sobre la implementación de la Ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales”, Washington, 2 de octubre de 2007, párrs. 106-108; MAPP-OEA, informes trimestrales “sexto” a “decimocuarto” disponibles en http://www.mapp-oea.org/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=74 (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, El Autor, 2008, pp. 18-27; Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) *et al.*, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente*, Bogotá, El Autor, 2009, pp. 24-36; Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, Madrid, CTIpxax, *primer informe* p. 91, *segundo informe* pp. 114-115, *tercer informe* pp. 78-81, 94-97 y 113-116; Procuraduría General de la Nación (PGN), *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción. Derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos - Tomo IV*, Bogotá, USAID, 2008, pp. 228-229; Alonso Espinal, Manuel/Valencia Agudelo, Germán Darío *et al.* *Estudio sobre el proceso de desmovilización, desarme y reinserción en Antioquia: anotaciones desde lo local*, Medellín, Comisión Departamental de seguimiento y acompañamiento al Proceso de Desmovilización, Desarme y Reinserción en Antioquia, 2007, p. 33; Bastidas, William, “Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?”, en *Autoritärer Staat und paramilitärische machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlin, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne Berlin (ed.), 2007, p. 27.

de desmovilizados⁵⁵ y la continuidad en las infracciones al DIH⁵⁶ han sido las repercusiones críticas más destacadas de los procesos de DDR llevados a cabo en la fase administrativa previa al trámite judicial de la Ley 975⁵⁷. Asimismo en los ámbitos jurídicos y operativos se han resaltado falencias que han tenido un papel determinante en la puesta en marcha del procedimiento judicial previsto en dicha Ley⁵⁸.

55 Sobre el rearme puede verse una interesante compilación bibliográfica en <http://www.verdadera-abierta.com/archivos-para-descargar/category/8-documentos-sobre-rearme> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); véase también Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), *Disidentes, rearmados y emergentes: bandas criminales o tercera generación paramilitar?*, Bogotá, CNRR, 2007, pp. 13 ss.; Fundación Ideas para la Paz (FIP), *Para dónde va el paramilitarismo en Colombia?* en *Siguiendo el conflicto: hechos y análisis Nro. 58*, Bogotá, Enero de 2010, p. 1, disponible en http://www.ideaspaz.org/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=52&Itemid=55&limitstart=60 (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); Human Rigths Watch, *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*, Washington, 2010, p. 20 ss., disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2010/02/03/herederos-de-los-paramilitares-0> (visto por última vez el 28 de mayo de 2011); Pizarro, Eduardo, “Reparar el bote en alta mar”, en *Ley de justicia y paz*, Bogotá, Grupo Editorial Norma-Semana, 2009, pp. 127-133; según la MAPP-OEA en su informe decimotercero del 21 de octubre de 2009, advierte que “se ha verificado que en algunas zonas del país ha reaparecido la modalidad de masacres y amenazas, ligadas a la denominada ‘limpieza social’ contra algunas poblaciones vulnerables. Estas últimas son generalmente atribuidas a las denominadas bandas emergentes. También se aprecia que en algunas ciudades capitales y municipios, se ha recrudecido la práctica de delitos de alto impacto como los homicidios, generalmente ejecutados mediante la modalidad de sicariato. Esta situación de inseguridad afecta a víctimas, funcionarios judiciales y participantes del programa de reintegración. En ciertos lugares, las víctimas son amenazadas por intervenir en las versiones libres o por liderar procesos de restitución de tierras. Algunos funcionarios judiciales han sido objeto de intimidaciones en el desempeño de sus labores y de otro lado, desmovilizados han sido hostigados y presionados por los grupos emergentes con el fin de reclutarlos. En determinados casos, estos incidentes han desembocado en la muerte de los afectados.”

56 Véase ONU, *Informe del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 3 de febrero de 2011, p. 4 ss disponible en http://www.nacionesunidas.org.co/img_upload/29e3d3aa1b87e476b58e75187297599e/Informe2010_esp.pdf (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

57 Véase INDEPAZ. “Informe comparativo de nuevos grupos narcoparamilitares 2008-2009”, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/382_Informe%20comparativo%20nuevos%20grupos%202008%20-%202009%20INDEPAZ.pdf (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); Human Rigths Watch, *Smoke and Mirrors. Colombia's demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005, pp. 35-40 citando otras fuentes; sobre la tipología y carácter de estos nuevos grupos CNRR (*supra* nota 53), p. 55-63; véase también Fundación Seguridad y Democracia, “El rearne paramilitar. Un informe especial”, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/especiales/informeEspecial16-2.pdf> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

58 Véase Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 136-138; enfáticamente crítico del trámite judicial de la Ley 975 basado en desmovilizaciones CCJ, *Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Bogotá, El Autor, 2007, pp. 13-27.

Con los grupos paramilitares, el cese de hostilidades que suponen los procesos de DDR parece ser disfuncional frente a las (continuas) prácticas de violencia que se desarrollan en algunas regiones de Colombia⁵⁹. Las explicaciones a dicha problemática han estado inclinadas a entender que el cese de hostilidades de estos grupos (desmovilizaciones) en escenarios de conflicto como el colombiano no pueden llegar a determinar la neutralización de las prácticas violentas al tener estas múltiples fuentes/intereses de producción y reproducción⁶⁰. Se afirma reiteradamente que los procesos de DDR con los grupos paramilitares han sido peculiares en tanto se llevan a cabo en un contexto marcado por la persistencia en el conflicto, la presencia del fenómeno del narcotráfico, de diversas maneras ilegales de economía y diferentes controles locales de procesos políticos y sociales realizados por agentes sociales sustentados en la presencia armada⁶¹.

2.1.2. Fase judicial

El presupuesto fundamental que la LJP prevé para determinar la responsabilidad penal, el esclarecimiento de la verdad y las acciones tendientes a la reparación por delitos cometidos por miembros de GAOML (Art. 6, 7 y 8 LJP) es la confesión de los desmovilizados-postulados. La misma llega a ser expuesta fundamentalmente en el escenario de la versión libre, a partir de la cual se elabora y desarrolla el programa metodológico para iniciar la investigación, la comprobación de la veracidad de la información suministrada y el esclarecimiento de los hechos narrados en dicha audiencia (Art. 17 LJP). La ejecución de la misma ha dejado ver algunos puntos críticos que ponen en entredicho los rendimientos en materia de

59 Véase entre otros Alonso Espinal *et al.* (*supra* nota 52), p. 51 ss; Chernick, Marc, *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2008, p. 184; CNRR (*supra* nota 55), p. 5; FIP (*supra* nota 53), p. 1; Human Rights Watch (*supra* nota 55), pp. 31-35; Sobre la desmovilización solo como transformación de medios y fines de poder Duncan, Gustavo, *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Bogotá, Planeta, 2007, pp. 356-363; Orozco Abad, Ivan, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2009, p. 171.

60 Véase Boada, Fidel, “La negociación con los paramilitares desde la teoría de los juegos”, pp. 322 ss., en *El poder paramilitar*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia-Planeta, Alfredo Rangel (Ed.), 2005; Pardo Rueda, Rafael, *Fin del paramilitarismo. Es posible su desmonte?* Bogotá, Ediciones B, 2007, pp. 171 ss.; sobre la inviabilidad de pretensiones de justicia transicional en el contexto del conflicto armado colombiano Arango Rivadeneira, Rodolfo, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la ley de justicia y paz*, Bogotá, Universidad de los Andes-Grupo editorial Norma, 2008, 138-140.

61 Alonso Espinal *et al.* (*supra* nota 52), p. 51 ss; CNRR (*supra* nota 53) pp. 52-53; Duncan (*supra* nota 57) p. 357; Fundación Seguridad y Democracia, “Los grupos armados emergentes en Colombia”, p. 4, en *Boletín Coyuntura de Seguridad*, Bogotá, El Autor, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/allConflict.asp> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015); Romeo, Mauricio, *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*, Bogotá, IEPRI/Planeta, 2003, p. 10.

verdad, justicia y reparación que se desprenden de la confesión allí presentada. Por un lado, se advierte que la confesión como fuente de información se orienta fundamentalmente por la discrecionalidad del investigado, por lo tanto se trata de un modelo de investigación que desprende sus rendimientos a partir de la versión del desmovilizado-postulado y no sobre la base de un descubrimiento de hechos que dé cuenta de una estructura sistemática de actuación por parte de la Fiscalía y la policía judicial⁶². Por otro lado, se han advertido problemas logísticos y operativos que han repercutido en el desarrollo de esta audiencia, como por ejemplo, listas defectuosas de solicitantes⁶³, insuficiencia de personal⁶⁴, inseguridad de las víctimas y victimarios⁶⁵ y el reducido número de postulados en comparación al total de desmovilizados, de los cuales muchos ya se han venido retirando⁶⁶.

Sobre el manejo de la información que se concreta en el desarrollo de la versión libre, se ha destacado como problemática la manera como se sistematiza dicha información y la forma de divulgar los contenidos de la misma. De un lado, las *dificultades para sistematizar* la información compilada se dejan ver fundamentalmente en la gestación del proyecto metodológico de investigación y la práctica de interrogatorios por parte del fiscal⁶⁷. De otro lado, la forma como se viene entendiendo la garantía procesal de la *publicidad*, deja ver una tendencia restrictiva de la participación de intervenientes y de la divulgación de algunos contenidos de las versiones y momentos preparatorios de la misma, limitando el sentido

62 Así mismo Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr.173; Sobre los hechos confesados en la versión libre, incluso, el postulado tiene la oportunidad de definirlos posteriormente en el momento de la aceptación de cargos (Art. 19 LJP).

63 Human Rights Watch, *¿Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, New York, El Autor, 2008, p. 34, disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2008/10/16/rompiendo-el-control> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

64 CCJ (*supra* nota 52), p. 131; Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr.178.

65 MAPP-OEA, XIV informe trimestral, 26 de abril de 2010, p. 14; MOVICE *et al.* (*supra* nota 52), pp. 104 ss.

66 CCJ (*supra* nota 56), p. 24; CCJ (*supra* nota 62), p. 141; Human Rights Watch (*supra* nota 61) p. 37; MOVICE *et al.* (*supra* nota 52), pp. 33 ss.

67 Aquí pareciera faltar una debida cooperación entre el fiscal, como director de la versión libre, y los funcionarios de investigación (policía), encargados de verificar y suministrar la información. En ese sentido Ambos/Studenroth, Informe y recomendaciones a las consultas y observaciones realizadas en Bogotá y en la región piloto de Barranquilla (Costa), Bogotá, GTZ-Profis, 2008 (informe inédito). Esto repercute, por ejemplo, en la secuencia lógica de las preguntas que dirige el fiscal al versionado y en la participación de las víctimas en los interrogatorios. De la misma opinión CCJ (*supra* nota 62), p. 133.

de transparencia de tales diligencias⁶⁸. Con ello se ha debilitado la posibilidad de control (interno y externo) sobre el desarrollo de los actos judiciales propios de ese momento procesal.

La idea de juicio que se reivindica desde la versión libre alimenta ciertas particularidades de las facultades procesales de los intervenientes. La práctica de dicha diligencia, especialmente en el trabajo de la Fiscalía y la policía judicial, deja ver una *concentración* de funciones que *superan sus capacidades reales*, repercutiendo en la satisfacción eficiente de expectativas procesales (por ejemplo el mandato de una verdad integral y sistemática). Todo lo anterior, sumado a las necesidades logísticas y a los contenidos por tratarse y verificarce en la versión, agota las posibilidades reales de intervención de la Fiscalía para cumplir los propósitos de la diligencia⁶⁹. Esto último tiene una especial repercusión en la *continuidad y dinámica* del procedimiento de justicia y paz, pues la misma está subordinada a la recopilación de medios suficientes de conocimiento para probar uno o varios de los elementos estructurales del tipo(s) investigado(s). La no configuración de la tipicidad objetiva, por la no constatación de circunstancias fácticas de la conducta respectiva, resulta en la imposibilidad de continuar con la tramitación. Esta es una situación que ha marcado el proceso de justicia y paz, el cual ha terminado en el curso de algunos casos reduciéndose a la información entregada por el postulado, sin una verificación de sus contenidos.

2.2. Marco jurídico para la paz

2.2.1. Alcance y propósitos del MJP

El *Acto Legislativo 01 de 2012*⁷⁰ o MJP plantea el objetivo de transformar el desenlace del conflicto armado y de los procesos judiciales que intentan canalizar el tratamiento a los diferentes GAOML. Concretamente, establece como propósitos prevalentes “*facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera*” y, asimismo, afirma que los mecanismos conducentes a tales objetivos son excepcionales (Art. 1 inc. 1). A ese fin el MJP permite la puesta

68 CCJ (*supra* nota 62), p. 131; La CIDH (*supra* nota 52), párr. 69 ha advertido: “La presente etapa del proceso de desmovilización de las AUC requiere transparencia, y ella sólo puede ser garantizada facilitando y permitiendo el acceso de las víctimas a ambas sesiones de la versión libre, asegurando que en la segunda sesión de la versión libre tengan la posibilidad real de interrogar a los postulantes en búsqueda de la verdad.”

69 Véase CCJ (*supra* nota 62), p. 149; Ambos *et al.* (*supra* nota 1), párr. 182.

70 Véase la publicación oficial del Acto Legislativo 01 de 2012 en *Gaceta del Congreso* 534 (2012), Bogotá, 17.08.2012. Disponible en http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_01_2012.html (visto por última vez el 25.05.2015).

en marcha de mecanismos extrajudiciales de justicia transicional, la determinación de criterios de priorización y selección de casos, la suspensión de la ejecución de la sanción y la renuncia a la persecución penal para los hechos no seleccionados (Art. 1 inc. 4). El tratamiento penal especial está sometido a especiales condicionamientos (Art. 1 inc. 5). Establece, además, que la aplicación de estos instrumentos se limitará a los futuros desmovilizados que suscriban un acuerdo de paz o se desmovilicen de acuerdo a los procedimientos establecidos (Art. 1 parág. 1). La reforma ha recibido diferentes críticas⁷¹: por un lado, respecto a sus finalidades, se ha cuestionado la capacidad que tiene la misma para determinar el logro de los objetivos planteados y resolver los problemas prácticos de la justicia transicional en Colombia. Por otro lado, acerca de la interacción de la reforma constitucional con otros mecanismos vigentes de desmovilización y beneficios jurídicos, se ha señalado como una reforma incoherente frente al marco de exigencias para el acceso al beneficio de pena alternativa de la Ley 975 de 2005.

A nivel de las discusiones sobre *consolidación de la paz* como consecuencia de la terminación del conflicto, se ha cuestionado que con la promulgación del MJP se haya descuidado que el criterio determinante para definir la terminación de un conflicto no internacional es el *cese real de hostilidades*⁷². Independiente de un acuerdo de paz, el DIH sigue siendo aplicable si las condiciones de la violencia llegan al umbral del conflicto armado. Por ello, no se concibe ninguna coherencia en la dependencia que se plantea en el Art. 1 inc. 1 entre terminación del conflicto y acuerdo de paz. La comprensión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, más allá de un acuerdo de paz, tendría también otras importantes repercusiones. Por un lado, en la forma como se entenderá la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Que el desenvolvimiento real del conflicto determine la aplicación del DIH implica una concepción

71 Un desarrollo más amplio de las críticas puede verse en Ambos, Kai/Zuluaga, John, "Sobre el marco jurídico para el logro de la paz", en *Semana.com* 03.10.2012. disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 28.05.2015).

72 Respaldando el criterio material (restablecimiento de la situación pacífica anterior) H. Friman, en: R. Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, CUP, 2^a ed. 2010, p. 280; T. Stein / C. von Buttler, *Völkerrecht*, Köln, Heymanns, 12^a ed. 2009, nm. 1222; P. Wallensteen/M. Sollenberg, "Armed Conflicts, Conflict Termination and Peace Agreements, 1989-96", en *Journal of Peace Research* 1997, p. 342 identificando tres formas de terminación (acuerdo formal de paz; Victoria de una de las partes o rendimiento de la otra parte; otras formas de *terminación de facto*, incluyendo por el camino de un alto al fuego).

de la guerra “como dialéctica de enemigos que se reconocen “horizontalmente” como iguales y que no se discriminan “verticalmente” como delincuentes”⁷³.

2.2.2. Acerca de la estrategia de selección y priorización

Una estrategia de selección y priorización de casos fue justificada a partir del reconocimiento de las deficiencias del enfoque investigativo planteado con base en la LJP. En el mismo se propició un desarrollo de investigaciones caso a caso, lo cual impidió la definición de patrones y contextos del *modus operandi* de los GAOML a los que pertenecían los combatientes desmovilizados⁷⁴. Recogiendo la línea argumentativa de las críticas a la llamada “tesis maximalista”, la Corte Constitucional declaró este modelo como constitucionalmente conforme⁷⁵ y justificó la posibilidad de centrar la investigación penal sólo en determinados casos⁷⁶. La Corte asumió el argumento según el cual es imposible desarrollar una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos⁷⁷. Como ya lo discutimos en un estudio previo, los diferentes niveles argumentativos de la Corte recogieron razones orientadas a las consecuencias jurídicas que se ubican en el ámbito de la efectividad de la investigación⁷⁸.

La incursión de un proyecto de selección y priorización para la gestión de investigaciones penales en el marco de la llamada criminalidad sistémica o macro-criminalidad, plantea no sólo una especial comprensión de los fundamentos y las formas de ejecución de hechos punibles, sino que también establece un particular

73 Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, Temis, 1992, p. 27.

74 Véase *Gaceta del Congreso* 287 (2012), Bogotá, 30.05.2012, p. 16; Montelaegre Lynett, Eduardo, “Presentación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, p. 20 s.; Ambos *et. Al.* (*supra* nota 1), párr. 415; López Medina, Diego, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), pp. 63-86; Zuluaga Taborda (*supra* nota 2), p. 168 ss.

75 Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.08.2013, IV. Decisión.

76 Corte Constitucional (*supra* nota 73), párr. 8.2.2.

77 Corte Constitucional (*supra* nota 73), párr. 8.2.2.

78 Véase Zuluaga Taborda (*supra* nota 2), p. 188. En las justificaciones para la adopción de criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: 1. *Impacto externo e interno* de la estrategia de priorización. 2. *Contexto y gravedad* del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, 3. *Profesionalismo y objetividad* de los criterios y 4. *Legitimidad* del proceso.

sentido y alcance de la tarea de investigación. Por un lado, a partir del énfasis en “casos emblemáticos” y en investigados con “posiciones claves” en la estructura de organizaciones criminales, esta política busca optimizar el esclarecimiento de patrones de macro-criminalidad y macro-victimización. Por otro lado, de la mano de aquella comprensión estructural o sistemática de los hechos punibles, se gesta un énfasis consecuencialista de la reacción penal que encuentra en el criterio del impacto social la razón para decidir si y qué se investiga. Esta comprensión sobre el sentido y el alcance de los ejercicios de investigación penal ha sido, incluso, ratificada por la Corte Constitucional. La Corte concibió un rol comunicativo y de control de expectativas sociales a la formulación de criterios de priorización⁷⁹. Incluso fue más allá y llamó “ambiente politizado” al contexto en el que operaría la estrategia de selección y priorización⁸⁰. En ese sentido, no sólo se sobredimensiona el alcance de dicha estrategia, sino, además, concibe la posibilidad del control de sensaciones sociales por medio del mismo. Como ya se advirtió en otro momento, sobredimensiona la capacidad simbólico-expresiva del proceso penal y arrastra sobre el mismo funciones representativas de los intereses de las víctimas que no corresponden a los propósitos del proceso penal ni de la pena⁸¹.

3. Implicaciones de una transición (política) bajo formas procesales penales

Del *ethos* legalista que determina el modelo de justicia transicional en Colombia se derivan diferentes implicaciones para el mismo. No se trata sólo de la limitación como proyecto de superación de los legados del pasado como consecuencia de la insuficiencia cognitiva y metodológica propia de la vinculación a un ritual (judicial) formalizado con el que se lleva a cabo (proceso penal), sino, además, de la marcada incapacidad para asegurar el cumplimiento de garantías procesales esenciales propias de un modelo constitucionalmente conforme de proceso penal.

79 Corte Constitucional (*supra* nota 73), párr. 8.2.2., donde afirma que “(i) la formulación de un criterio juega un papel muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población.” (énfasis original).

80 Corte Constitucional (*supra* nota 73), párr. 8.2.2. Específicamente sostiene que “(iii) en un ambiente politizado el criterio para la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso.” (énfasis original).

81 Tal como lo sostuvimos en el análisis a la sentencia C-579 de 2013, “las teorías relativas se enfocan fundamentalmente en la prevención de delitos, es decir, buscan incidir en futuros escenarios punibles con fundamento en el efecto que se le atribuye a la pena para la sociedad y el autor, independientemente de la víctima concreta.” Zuluaga Taborda (*supra* nota 2), p. 189.

Se trata de un proyecto cuyo alcance y desarrollo, de entrada, son limitados y que tienen importantes repercusiones respecto al logro de los propósitos que la inspiran y de las reglas que determinan su evolución. En este último ámbito ha sido especialmente problemático el desenlace de garantías como la prohibición de autoincriminación (*nemo tenetur si ipsum accusare*) y la garantía del plazo razonable. Aunque el modelo colombiano ha replicado ampliamente las instituciones centrales del sistema penal acusatorio, muchas de las garantías vinculadas a este último han sido relativizadas con el argumento de que se trata de un proceso extraordinario o *sui generis*. En ese sentido, no es una forma procesal orientada a proteger (confirmar) la validez de garantías fundamentales, sino al logro de fines superiores propios del proceso transicional. Esta posición también ha sido sostenida por las altas Cortes colombianas, que justifican una revaloración de las garantías procesales con el argumento de que el postulado por decisión propia y voluntaria se vincula al proceso penal especial de justicia y paz y, además, renuncia a la aspiración de defensa de sus garantías procesales tal como se propicia desde los fundamentos constitucionales y legales del proceso penal ordinario⁸². Muchas organizaciones defensoras de DD.HH. en Colombia comparten esta argumentación y sostienen que la LJP no es eficientista en el sentido de violar las garantías procesales, porque el procedimiento que prevé es simplemente la alternativa al procedimiento ordinario y la vinculación al mismo es una elección libre del autor⁸³.

Que la vinculación de los desmovilizados al trámite judicial de justicia y paz se comprenda como un sometimiento libre y voluntario, ha sido una justificación para desligar, por ejemplo, el principio de no autoincriminación como límite procesal. Aunque la situación de los desmovilizados-postulados es muy diferente a la de un investigado en la justicia penal ordinaria, ya que la LJP a la que se postulan fue creada como resultado de las negociaciones sobre su desmovilización, sin duda alguna el principio de no autoincriminación viene siendo vulnerado. Básicamente las informaciones obtenidas en las versiones libres se han utilizado para iniciar procesos penales contra ellos mismos en el ámbito de la ley procesal ordinaria por hechos cometidos después de julio de 2005, no cobijados por la LJP, en tanto la renuncia voluntaria del derecho a no autoincriminarse sólo tiene alcance para el procedimiento alternativo de la LJP⁸⁴. De esta manera, la renuncia al derecho a no

82 En ese sentido Corte Constitucional, C-370 de 2006 (*supra* nota 44); Corte Suprema de Justicia, Rad. 34542(*supra* nota 44).

83 CCJ (*supra* nota 56), pp. 20 ss.

84 Con respecto a los desmovilizados no postulados, que supuestamente solo cometieron delitos, a los cuales anteriormente se les aplicó la ley 782 de 2002, el Congreso Colombiano expidió el 29 de diciembre de 2010 la ley 1424, que prevé un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y memoria histórica para este tipo de autores y les promete como beneficio penal la

declarar contra si mismo que se propicia en el marco de la LJP como presupuesto para la contribución al logro de una verdad completa e integral, ha representado una carga procesal adicional para los postulados. Ya no es meramente una condición para el acceso al beneficio de pena alternativa, sino que dichas declaraciones y las noticias criminales que contienen han fluido al sistema penal ordinario y se han acogido como fundamento para el inicio de nuevos proceso penales.

Se trata de un aprovechamiento indirecto de la información que se brinda sobre la base de una expectativa de beneficio penal. Este aprovechamiento indirecto es producto de la coerción que el modelo de justicia transicional ejerce sobre los postulados por medio de la obligación de confesar integralmente la verdad sobre sus actividades como parte de un GAOML. A pesar de ello, no se arriba exclusivamente a beneficios penales sino que se confronta a los postulados con cargas adicionales que se derivan de persecuciones penales paralelas. Sin embargo, no es necesario extenderse sobre los efectos de las tensiones con la justicia penal ordinaria, pues las irregularidades dentro del mismo proceso penal transicional dejan suficiente constancia de la resignificación que han tomado muchas garantías procesales. Los mismos postulados han señalado como crítico el ritmo en que avanza el proceso de justicia y paz, con versiones interminables, repetición de diligencias, extenuantes sesiones de imputación y formulación parciales de cargos y, asimismo, sentencias condenatorias de carácter parcial. Por estas razones consideran, incluso, que en materia de garantías, derechos y términos procesales, la justicia ordinaria es más expedita y garantista que la denominada Justicia transicional⁸⁵.

Una de las consecuencias más delicadas del desarrollo del proceso ha sido la traumática resolución del derecho a libertad provisional de aquellos postulados que han cumplido con las condiciones para el otorgamiento de la misma. El derecho a libertad provisional no constituye un privilegio ni un beneficio de aquellos mencionados en el Art. 29 LJP y tampoco dependería de que el detenido haya cumplido con algunas condiciones. Al contrario, el derecho a libertad provisional

suspensión condicional de la pena para el que colabora con el esclarecimiento de la verdad y con la reparación de las víctimas a través de un llamado “Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación” (Art. 2). Pero esta vez el reglamento expresamente excluye que se utilicen las informaciones obtenidas en estos acuerdos como prueba en un proceso judicial (Art. 4).

85 Algunos comandantes paramilitares internados en la Cárcel de Itagüí presentaron el 14 de octubre de 2010 este punto crítico en un pequeño escrito llamado “Los siete pecados capitales del proceso de justicia y paz” y han suspendido, no por primera vez, su participación en el proceso de la LJP. Véase <http://memoriaydignidad.zettaingenieria.com.co/memoriaydignidad/images/extradicionysussecuelas/instrumentos-nacionales-extradicion/marco-juridico-sobre-paramilitarismo/2-Carta-de-los-ppmm-en-Itagui-sobre-su-salida-de-JyP.pdf> (visitado por última vez el 28 de mayo de 2015).

es un desarrollo del principio de celeridad, protege derechos fundamentales y, por lo tanto, en ningún caso debe ser sometido a la discrecionalidad del Estado. Por esta razón la aplicación complementaria (Art. 62 LJP) de las causales de libertad provisional de acuerdo a la Ley 906 de 2004 (respectivamente Ley 600 de 2000) no admitiría interpellaciones dilatorias.

Sim embargo, para la negación de este beneficio se ha argumentado que no basta el cumplimiento del tiempo previsto como pena alternativa (8 años), sino que se viene exigiendo un cumplimiento completo de las condiciones para el otorgamiento de tal pena, aunque el lapso en la realización de dichas condiciones supere el previsto para la pena alternativa. Que el postulado sólo tenga derecho a la pena alternativa cuando cumple completamente las condiciones, por lo menos no sirve como argumento en los casos en los cuales el postulado ha colaborado plenamente con la justicia y de dicha experiencia se puede derivar un pronóstico positivo sobre el futuro cumplimiento de los requisitos. La no aplicación del derecho a la libertad provisional somete a los postulados a la arbitrariedad del Estado, porque fuera de cumplir con el requisito de una confesión completa, dada la cantidad de hechos, el proceso se torna muy largo y los factores esenciales para la duración del proceso (diseño efectivo de las versiones libres, distribución de recursos suficientes a la fiscalía, etc.) terminan dependiendo del Estado⁸⁶.

A estos ritmos ha terminado sometiéndose la justicia transicional en Colombia bajo la forma del proceso penal. El mismo no da cuenta ni de una plena satisfacción de los derechos de las víctimas ni de una debida asimilación del sentido de límite del poder punitivo inherente a las garantías penales y procesales. Las aspiraciones transicionales se mueven en un círculo vicioso que inicia con amplias promociones legalistas de las mismas y culmina con la constancia de no satisfacción, para luego insistir en nuevas alternativas normativas. A tal fetichismo jurídico se ha sometido el proceso transicional en Colombia, rezagando otras condiciones de posibilidad materialmente orientadas a la superación del conflicto. Se trata, una vez más, de un derecho (penal) simbólico sin capacidad real de cumplir las promesas que lo alientan para el desenlace de la justicia transicional.

Conclusiones

El derecho penal no debe ni puede cumplir eventuales deseos de venganza. La determinación de los hechos cometidos contra las víctimas como actos criminales

86 La problemática se muestra, por ejemplo, si se tiene en cuenta que algunos postulados esperan más que un año entre una y otra citación para rendir versión libre

que violan las reglas fundamentales de convivencia de la sociedad, y que como tales son rechazados, comunican a las víctimas solidaridad y muestran que ellas no son sacrificables, sino, por el contrario, parte importante de esta sociedad, lo cual es de suma importancia para su reintegración y para la restauración de su autoestima.

De igual forma, téngase en cuenta que la LJP intenta aportar a los procesos de justicia y paz un descubrimiento de la verdad (material) más amplio y una efectiva reparación a las víctimas. Sin embargo, si se opta como en el caso colombiano por la vía de la justicia penal, esos otros objetivos no originarios de la justicia penal tienen que ser adaptados a las reglas y principios del procedimiento penal sin poner en peligro su propio fin legítimo.

Referencias

- Alonso Espinal, Manuel/Valencia Agudelo, Germán Darío *et al. Estudio sobre el proceso de desmovilización, desarme y reinserción en Antioquia: anotaciones desde lo local*, Medellín, Comisión Departamental de seguimiento y acompañamiento al Proceso de Desmovilización, Desarme y Reinserción en Antioquia, 2007.
- Ambos, Kai *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz (ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de „justicia y paz“ en Colombia*, Bogotá, GTZ/Embajada de la República Federal Alemana en Bogotá/Georg-August-Universität Göttingen, 2010.
- Ambos, Kai, *El marco jurídico de la justicia de transición*, Bogotá, Temis, 2008.
- Ambos, Kai/Zuluaga, John, “Sobre el marco jurídico para el logro de la paz”, en *Semana.com* 03.10.2012. disponible en <http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).
- Amnistía Internacional, *Déjenos en Paz. La población civil, víctima del conflicto armado interno en Colombia*, 2008, disponible en <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/colombia-paz-conflicto-armado-datos-cifras-20081028> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).
- Arango Rivadeneira, Rodolfo, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la ley de justicia y paz*, Bogotá, Universidad de los Andes-Grupo editorial Norma, 2008.

- Bastidas, William, "Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien?", en *Autoritärer Staat und paramilitärische machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung*, Berlin, FDCL e.V. & Kolumbienkampagne Berlin (ed.), 2007.
- Beck, Katharina, *Der Demobilisierungsprozess der Paramilitärs in Kolumbien unter Alvaro Uribe*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008
- Burkhardt, Sven/Graebisch, Christine, "Völkerstrafrechtlicher Umgang mit Makrokriminalität- Widersprüche und Alternativen anhand ausgewählter Beispiele", en Cornelius Prittitz et al. (eds.), *Kriminalität der Mächtigen*, Baden-Baden, Nomos, 2008, pp. 212-235.
- Cafferata Nores, José I., *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- Chernick, Marc, *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2008,
- CIDH "Informe sobre la implementación de la Ley de justicia y paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales", Washington, 2 de octubre de 2007.
- Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, El Autor, 2008
- Comisión Colombiana de Juristas, *Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*, Bogotá, El Autor, 2007.
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Disidentes, rearmados y emergentes: bandas criminales o tercera generación paramilitar?*, Bogotá, CNRR, 2007.
- Damaska, Mirjan, *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, New Haven, Yale Univ. Press, 1986.
- Dembour, Marie-Bénédicte y Haslam, Emily, "Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Criminal Trials", en *European Journal of International Law* (2004), pp. 151- 176.
- Duncan, Gustavo, *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*, Bogotá, Planeta, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 6^a ed., 2004
- Fidel Boada, Fidel, "La negociación con los paramilitares desde la teoría de los juegos", en *El poder paramilitar*, Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia-Planeta, Alfredo Rangel (Ed.), 2005, pp. 322 ss.

Fundación Ideas para la Paz, Para dónde va el paramilitarismo en Colombia?, en *Siguiendo el conflicto: hechos y análisis Nro. 58*, Bogotá, Enero de 2010, p. 1 ss., disponible en http://www.ideaspaz.org/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=52&Itemid=55&limitstart=60 (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

Fundación Seguridad y Democracia, “El rearme paramilitar. Un informe especial”, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/especiales/informeEspecial16-2.pdf> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

Fundación Seguridad y Democracia, “Los grupos armados emergentes en Colombia”, en *Boletín Coyuntura de Seguridad*, Bogotá, El Autor, disponible en <http://www.seguridadydemocracia.org/allConflict.asp> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015);

González Zapata, Julio, “Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005”, en *Estudios Políticos* 27 (2005), Medellín, UdeA, p. 50.

González Zapata, Julio. “La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal”, en *Estudios Políticos* N° 31, Medellín, jul-Dic, 2007, p. 38.

GTZ-Proyecto Profis, *Manual de procedimientos para Ley de justicia y paz*, Bogotá, GTZ - Embajada de la RFA en Colombia, 2009.

GTZ-Proyecto Profis/Embajada de la RFA en Colombia/Fiscalía General de la Nación, *Guía de procedimientos de la unidad nacional de Fiscalías para justicia y paz. Ley 975 de 2005*, Bogotá, Los Autores, 2009.

Günther, Klaus, „Die symbolisch expressive Bedeutung der Strafe“, en *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos.Günther, 2002, pp. 204-219.

H. Friman, en: R. Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, CUP, 2^a ed. 2010

Hassemer, Winfried/Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

Hassemer, Winfried/Reemtsma, Jan Philipp, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München, C.H. Beck, 2002.

Hörnle, Tajana, „Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht“, en *JZ* 19/2006, pp. 950-958.

Human Rights Watch, *Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, New York, El Autor, 2008, disponible en <http://www.hrw.org/es/reports/2008/10/16/rompiendo-el-control> (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

Human Rigths Watch, *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*, Washington, 2010

Human Rigths Watch, *Smoke and Mirrors. Colombia´s demobilization of paramilitary groups*, Washington, agosto de 2005

INDEPAZ. “Informe comparativo de nuevos grupos narcoparamilitares 2008-2009”, disponible en http://www.indepaz.org.co/attachments/382_Informe%20comparativo%20nuevos%20grupos%202008%20-%202009%20INDEPAZ.pdf (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht* 8º ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

López Medina, Diego, “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de justicia y paz”, en *International Law 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2010), pp. 63-86.

Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

MAPP-OEA, informes trimestrales “sexto” a “décimo cuarto” disponibles en http://www.mapp-oea.org/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=74 (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

Montelaegre Lynett, Eduardo, “Presentación”, en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, p. 20 s.

Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) *et al*, *Sin justicia y sin paz. Verdad fragmentada, reparación ausente*, Bogotá, El Autor, 2009.

Observatorio Internacional DDR – Ley de Justicia y Paz, Madrid, CTIpx, *primer informe* p. 91, *segundo informe* pp. 114-115, *tercer informe* pp. 78-81, 94-97 y 113-116;

ONU, *Informe del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 3 de febrero de 2011, disponible en http://www.nacionesunidas.org.co/img_upload/29e3d3aa-1b87e476b58e75187297599e/Informe2010_esp.pdf (visto por última vez el 28 de mayo de 2015).

Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y Derecho en Colombia*, Bogotá, Temis, 1992.

Orozco Abad, Ivan, *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá, Ed. Temis S.A., 2009.

- P. Wallensteen/M. Sollenberg, "Armed Conflicts, Conflict Termination and Peace Agreements, 1989-96", en *Journal of Peace Research* 1997, p. 342.
- Pardo Rueda, Rafael, *Fin del paramilitarismo. Es posible su desmonte?*, Bogotá, Ediciones B, 2007, pp. 171 ss.
- Pastor, Daniel, ¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina, en Eiroa/Otero (eds.), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, pp. 327-400.
- Pizarro, Eduardo, "Reparar el bote en alta mar", en *Ley de justicia y paz*, Bogotá, Grupo Editorial Norma-Semana, 2009
- Procuraduría General de la Nación (PGN), *Seguimiento a políticas públicas en materia de desmovilización y reinserción. Derecho a la verdad, memoria histórica y protección de archivos - Tomo IV*, Bogotá, USAID, 2008.
- Reemstma, Jan Phillip, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters als Problem*, München, C.H. Beck, 1999.
- Reemstma, Jan Phillip, *Im Keller*, Reinbek, Rororo, 1998.
- Reese, Carolin, „Fünf offene Fragen zum Internationalen Strafgerichtshof: Und der Versuch einer Antwort“, en Neubacher, Frank/Klein, Anne (eds.). *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts*, Berlin, Duncker-Humboldt, 2006, pp. 71-89.
- Romero, Mauricio, *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*, Bogotá, IEPRI/Plataforma, 2003.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch* 28º ed., München, Beck, 2014.
- Singer, T. et al., "Emphatic neutral responses are modulated by the perceived fairness of others", en *Nature*, 439 Ed, No. 7075, pp. 466 y ss.
- T. Stein / C. von Buttlar, *Völkerrecht*, Köln, Heymanns, 12ª ed. 2009.
- Volk, Klaus/ Engländer, Armin, *Grundkurs StPO* 8º ed., München, Beck, 2013.
- von Hippel, Robert, *Strafrechtsreform und Strafzwecke*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1907.
- von Liszt, Franz, „Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882)“, en von Liszt, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* Tomo 1 (1875 a 1891). Reimpresión 1948, pp. 7 ss.
- Zuluaga Taborda, John, "Acerca del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de 'justicia y paz'", en Ricardo Molina López (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política criminal*, Medellín, Dike – Universidad Pontificia Bolivariana (Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75º aniversario), 2012, pp. 571 ss.

Zuluaga Taborda, John, “Alcance del Artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 01 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, en Ambos, Kai (Coord.) *Justicia de Transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis-CEDPAL-Konrad Adenauer, 2014, pp. 168-188.

El caso Fujimori. La justicia transicional en el Perú

César San Martín Castro¹

I. Introducción

El presente trabajo es la materialización de la conferencia en el I Seminario Internacional sobre Perspectivas y Retos del Proceso Penal, realizado los días 16, 17 y 18 de septiembre del año 2015 en la Universidad Pontificia Bolivariana, de Medellín, Colombia. La ponencia se titula “El caso Fujimori. La justicia transicional en el Perú”; se divide en tres grandes partes: **i)** Gobierno y subversión en los años 90 al 2000; **ii)** La justicia transicional en el caso de Perú; **iii)** La sentencia de Fujimori. Expreso mi agradecimiento a los organizadores del evento por ofrecerme la oportunidad de expresar mis ideas en un tema tan relevante, como es la emisión de la sentencia contra el expresidente Alberto Fujimori por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro por el caso de Barrios Altos y La Cantuta.

II. Análisis de un gobierno y subversión

El Perú desde la década de 1960 hasta 1980, vivió una época de asalto a la democracia donde se observó la debilidad de sus bases institucionales, las reformas incompletas de ca-

¹ Profesor Principal PUCP. Juez de la Corte Suprema

rácter económico y los crecientes problemas sociales heredados en parte desde la década de 1950, que generaba una brecha grave entre las clases sociales, todo esto estuvo marcado por la influencia de los gobiernos militares vigentes en esa época [QUIROZ, 2013]. Iniciado el año 1980 y con el ingreso del primer gobierno civil –luego del caída del régimen militar- el Presidente Fernando Belaunde Terry no inició una campaña de moralización a fondo, ni tampoco se puso en contexto sobre la situación financiera, social e institucional que había heredado. El nuevo régimen se preocupó, por el contrario, por apaciguar, rápidamente, la todavía influyente posición militar en el Estado al negociar con las Fuerzas Armadas que estas tendrían autonomía en cuestiones profesionales junto con inmunidad plena por cualquier ofensa o delito previo, ello a cambio de que el poder de los militares se limitara a la esfera puramente castrense [QUIROZ, 2013]. Su intento de avanzar o “trabajar y dejar trabajar”² no prosperó; se quedó atrapado en un lodazal político que fue produciendo su caída lentamente: corrupción heredada, insuficiencia de actuación estatal, marcada oposición política. Todo esto retrasó las reformas y medidas políticas urgentes y permitieron, a su vez, el avance de Sendero Luminoso, en especial en las zonas pobres del país. En efecto, Sendero Luminoso aprovechó este contexto para intensificar sus violentos ataques y asesinatos, el crecimiento de la organización subversiva no se controló en esta temprana y –como veremos- crucial fase debido, en buena parte, a la ineficiencia de las instituciones, a lo inédito de la violencia y la corrupción de unidades de la Policía de investigaciones dirigidas por notorios generales, quienes fueron vinculados, inclusive, al cártel del narcotraficante de Reynaldo Rodríguez López. En definitiva, los desafíos planteados por Sendero Luminoso y el creciente narcotráfico minaron la débil institucionalidad democrática y el Estado de derecho.

Con el primer gobierno de Alan García Pérez (1985-1990), el Partido Aprista Peruano propuso cambiar la estrategia en curso, su idea era que, mediante la expansión económica y social, se impediría el crecimiento de Sendero Luminoso y cualquier otra fuerza subversiva. En efecto, como lo reconoce el informe de la Comisión de la Verdad, durante los primeros años el gobierno aprista tomó medidas importantes de control sobre violaciones de derechos humanos mientras se diferenciaba su política económica del gobierno anterior. Se propuso la despenalización para los inculpados por delitos menores, se anunció la creación de una comisión de especialistas jurídicos para evaluar la situación de los internos por terrorismo, y se propusieron alternativas que podrían incluir hasta la libertad de quienes no hubiesen participado en casos de muerte y se planteó la reorganización de las fuerzas policiales³. Sin embargo, hubo un hecho que detuvo esos

2 Lema liberal usado por el Presidente Fernando Belaúnde Terry.

3 <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20III/Cap.%202%20Los%20actores%20polIticos/2.2%20PARTIDO%20APRISTA.pdf>

importantes avances: en el año 1986, se produjo un amotinamiento realizado en tres penales de Lima liderados por senderistas y que acabó con la vida de varios de ellos y de efectivos policiales. El Gobierno retrocedió en su respuesta estatal primigenia, dando paso a que el conflicto armado y el terror se extendiera en todo el territorio, donde se destacó una lucha directa y confrontacional entre el aparato militar del Estado contra los subversivos, inclusive se dio cuenta de la existencia de grupos paramilitares -como el llamado Comando Rodrigo Franco⁴- cuya finalidad era el exterminio de los integrantes de Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru⁵.

En el año 1990 y luego de la derrota del escritor Mario Vargas Llosa, como líder del Movimiento Libertad y del Frente Democrático (FREDEMO), Alberto Fujimori asumió la presidencia del Perú. De forma diferente a lo sucedido con los gobiernos precedentes, el gobierno de Fujimori –durante sus dos períodos- se caracterizó por la estrecha relación funcional entre el poder político con la corrupción, ello con mayor incidencia a partir del denominado autogolpe estatal del 5 de abril de 1992. En alta cúpula del gobierno se creó una estructura que controlaba los tres poderes del Estado, así como otras dependencias claves, con un solo objetivo: asegurar la impunidad para actos violatorios de derechos humanos y de la corrupción, en forma posterior.

En un inicio el gobierno de Fujimori, quien se presentó como un reformador popular -plagió parte de la agenda política y económica de Vargas Llosa-, en los años venideros fue gestando un proyecto dirigido desde la cúpula más cercana de su gobierno: el autogolpe de 1992. A partir del referido autogolpe, el escenario político dará un cambio radical de 180° grados, sin Congreso y con el control de instituciones claves, junto con el apoyo de los Estados Unidos para asegurar el apoyo militar y económico condicionado a una mejora en el respecto de los derechos humanos y las formas democráticas, el Ejecutivo tuvo un período de 9 meses donde realizó profundos cambios en la estructura organizativa y legal del Estado a través de Decretos Ley elaborados en el Servicio de Inteligencia Nacional del Perú, SIN.

De otro lado, tanto durante el año electoral como en los primeros años del gobierno de Fujimori, las acciones subversivas y contrasubversivas continuaron con

4 Denominado así por el nombre del dirigente aprista asesinado por Sendero Luminoso el año 1987.

5 En el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, CVR, se informó de una comisión investigadora que estuvo a cargo de probar la existencia de este grupo militar, sin embargo, su objetivo fracasó al aprobarse en informe en mayoría que establecía que no habían pruebas de su existencia, rechazando estas denuncias de crímenes cometidos por agentes del Estado.

muchísima intensidad. Como lo señala el informe de la CVR: “en realidad, la situación de violencia debida al conflicto armado interno, se encontraba exacerbada y seguiría en aumento por un tiempo más⁶. La Comisión de Justicia y Derechos Humanos, presidida por el entonces senador Raúl Ferrero, reveló que en los iniciales 5 meses del nuevo gobierno había alrededor de 200 personas desaparecidas en el Departamento de Huancavelica. De otro lado, durante los años 1990 y 1991, varias decenas de estudiantes de la Universidad Nacional del Centro (Huancayo) fueron desaparecidos en forma progresiva, sin ahondar en las investigaciones ni asumir responsabilidades: era frecuente que se iniciaría una investigación a cargo de un representante del Ministerio Público; sin embargo, se adoptó una política de negación de las desapariciones forzadas por parte de las Fuerzas Armadas, en algunos casos, como también, la propia falta de interés en las autoridades oficiales de llegar a un resultado exitoso en su investigación.

En 1991, por ejemplo, la violencia política se había acentuado en los centros urbanos del país, en especial en Lima. Sendero Luminoso estratégicamente se replegó a zonas rurales a fin de crear condiciones para la ruptura del orden constitucional instaurado, pero a su vez se incrementó la cantidad y modalidades de acciones subversivas a través de asesinatos políticos de dirigentes vecinales o mediante atentados urbanos por medio de coches cargados con alta cantidad de explosivos, así como paros armados. Como relata la Comisión de la Verdad, un documento dado a conocer al Congreso el 11 de noviembre de 1991 da cuenta de que el Servicio de Inteligencia del Ejército, SIE, implementó un plan denominado “ambulante”, cuyo objetivo era vigilar actividades prosobversivas e inmuebles en la zona de Barrios Altos, en el centro de Lima, entre estos, un solar ubicado en el Jirón Huanta N° 840. En ese solar, el 3 de noviembre de 1991, agentes de inteligencia adscritos al SIE asesinaron a balazos a 15 personas, 4 personas quedaron gravemente heridas y sobrevivieron al crimen ocurrido, quienes declararon que a las 10:30 de la noche, entre 6 a 10 personas cubiertas con pasamontañas irrumpieron en el patio del inmueble donde realizaban una reunión y amenazaron con sus armas a alrededor de 20 concurrentes, que luego de golpes e insultos, obligaron a todos a tenderse boca abajo, e inmediatamente y sin discriminar, dispararon ráfagas hacia las cabezas y espaldas⁷.

Si bien estos hechos, en forma posterior, fueron de conocimiento público, en especial, por medios de prensa, el Gobierno negó toda participación de agentes

⁶ <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20III/Cap.%202%20Los%20actores%20polIticos/2.3%20LA%20DECADA%20DEL%2090.pdf>. Página 65

⁷ <http://cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VII/Casos%20Ilustrativos-UIE/2.45.%20BARRIOS%20ALTOS.pdf>

estatales. Por lo demás, continuó con su estrategia, al menos ante las entidades internacionales, de contar con un discurso oficial y público de respeto escrupuloso a los derechos humanos, y frente al Congreso, principalmente las bancadas opositoras, de plantear o insinuar una cierta predisposición al diálogo a fin de poder preparar un paquete de normas dirigido a la reactivación de la economía junto con una lucha dura y directa contra los subversivos.

Con motivo del autogolpe del 5 de abril de 1992, el expresidente Fujimori anunció la disolución del Congreso de la República, la reorganización total del Poder Judicial, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Ministerio Público. Al mismo tiempo en que transcurría el anuncio del autogolpe, las tropas del Ejército, la Marina de Guerra, la Fuerza Aérea y de la Policía Nacional tomaron el control de la Capital y de las principales ciudades del interior. De igual forma, se ocupó las instalaciones del Congreso, el Palacio de Justicia, medios de comunicación y determinadas locales públicos. Mediante un comunicado, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional expresó su respaldo total a estas medidas. Junto a un gran despliegue de efectivos militares, se procedió a la detención de políticos de oposición, periodistas y algunos jefes policiales, entre otros.

En materia de legislación antiterrorista se realizaron cambios radicales que ostensiblemente vulneraban una serie de principios fundamentales y garantías constitucionales para asegurar las garantías del debido proceso. El Decreto Ley 25475 (6 de mayo de 1992), por ejemplo, establecía la cadena perpetua para algunos casos de terrorismo y ampliaba la pena para otros, a la vez que instauraba el procedimiento penal bajo jueces sin rostro. El Decreto Ley 25499 (16 de mayo de 1992) modificó el Decreto Legislativo N° 748, a través del cual instituyó la ley de arrepentimiento de subversivos rendidos. El Decreto Ley 25564 (20 de junio de 1992) reducía la edad de la responsabilidad penal de 18 a 15 para aquellos adolescentes que cometían el delito de terrorismo. El Decreto Ley 25659 (13 de agosto de 1992) estableció la figura penal de traición a la patria para delitos antes tipificados como de terrorismo. En cuanto a las medidas de carácter procesal esta legislación antiterrorista, aparte de la previsión ilegal de jueces sin rostro, permitió que civiles fueran juzgados por militares, que se redujeran los plazos para el proceso, que se limitara el derecho de defensa de los procesados y que se condenara en ausencia a los imputados por delito de terrorismo (Decreto Ley 25728 del 18 de septiembre de 1992).

Concluidas estas modificaciones legales de la lucha contra el terrorismo, el gobierno de Fujimori terminó de construir un aparato legal adecuado para las operaciones militares, pero exento de control parlamentario, así como fiscal y/o judicial. De haber iniciado su gobierno bajo la invocación del irrestricto respeto a

los derechos humanos, se pasó, innecesariamente, al otro extremo. Los cambios hechos a la legislación antiterrorista facilitaron condenas largas para los subversivos como para sospechosos, con procesos de investigación y judiciales sin obstáculos legales.

Dentro de este período es que se produjo la intervención de las universidades en casos de flagrante delito y de peligro para su perpetración, se inició un período de intervención y presencia militar en las mismas y una paulatina pérdida de la autonomía universitaria. En este contexto, el 18 de julio de 1992 se produjo una incursión militar en la residencia estudiantil de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta) que terminó con el secuestro y desaparición de nueve alumnos y un profesor; operación que fue realizada por un grupo de agentes del SIE no destacados en zona y dirigidos desde el SIN.

Fueron unos cuantos opositores quienes junto con periodistas de investigación e intelectuales, se enfrentaron al gobierno de Fujimori, bajo grandes obstáculos, porque aún no se contaba con el respaldo de cadenas televisivas del país y otros medios influyentes. De hecho, la investigación judicial de los casos La Cantuta y Barrios se promovió a partir de informes valientes de periodistas, la participación de algunos respetables congresistas y de testigos presenciales, que terminaron en un Tribunal Militar, donde unos cuantos chivos expiatorios recibieron condenas de prisión por 20 años, sin embargo, los miembros de las fuerzas armadas buscaban una salida permanente a la impunidad bajo otro mecanismo legal. Es así que, luego de la primera reelección de Fujimori, se promulgó y publicó, el 15 de junio de 1995, la Ley de amnistía N° 26479, que exoneró de toda responsabilidad penal a los oficiales militares procesados y condenados por delitos contra los derechos humanos.

A esta cuestionable ley, criticada arduamente por la prensa, el Congreso e, incluso, algunos jueces, se sumó lo que era previsible: en la práctica los dispositivos legales adoptados después del golpe –que ampliaron el margen de discrecionalidad de las Fuerzas Armadas y la Policía, alteraron a favor de la cúpula la institucionalidad de las fuerzas del orden, intervinieron el sistema de justicia, y otorgaron un poder absoluto y superior al Sistema de Inteligencia Nacional- creó las condiciones propicias para la repetición de actos violatorios de derechos humanos, dando lugar a un fenómeno hasta entonces no tan analizado: inocentes en prisión. Así, en unos meses se pasó de un extremo a otro: de la irregular liberación de algunos senderistas, a la detención y encarcelamiento de numerosos inocentes.

Los siguientes años del Gobierno se marcaron por una constante lucha de la ciudadanía contra el creciente autoritarismo y corrupción sustancial del gobierno Fujimori. El derecho a la verdad se tornó una exigencia esencial de la sociedad, como también un mecanismo para obtener la justicia. Sin embargo, las voces no eran escuchadas, la indiferencia del Gobierno era mayor pues su dedicación política tenía un plan: proseguir con los intereses primordiales de la cúpula que lo regía, en cuya virtud se desplegaron hábiles operaciones de inteligencia, operaciones psicosociales, compra de congresistas y manipulación de la información, en especial a través de la compra de líneas editoriales.

En el año 2000, se produjo la tercera elección presidencial de Fujimori. Se trató de una elección marcada por el escándalo de fraude en las elecciones y en la inscripción del partido de Fujimori. En efecto, en febrero del año 2000 se descubrió un inmenso fraude que implicó a altos funcionarios electorales en la falsificación de un millón de firmas para la inscripción del partido de Fujimori, lo que originó violentas protestas cuando la primera ronda electoral tuvo lugar en abril de ese año. Como era previsible, Fujimori ganó la primera rueda electoral, sin embargo, la oposición tuvo mayoría en el Congreso. Alejandro Toledo, el candidato de la oposición que más votos recibió, no aceptó los resultados electorales, decidió no participar en la segunda ronda y convocó a la resistencia de aceptar los resultados mediante la marcha de los 4 suyos [QUIROZ, 2013].

Sin embargo y pasado el período de tormenta electoral, el gobierno parecía haber sacado cierta ventaja momentánea en su consolidación en el país hasta la aparición de un hecho notorio y grave de corrupción. El 14 de septiembre de 2000, estalló una bomba mediática. Una estación de televisión difundió un video grabado secretamente por el propio Montesinos, donde Alberto Kouri, un parlamentario elegido por la oposición, aparecía recibiendo la suma de 15 mil dólares, a cambio de irse a la bancada oficialista en el Congreso –este hecho dio a conocer el fenómeno del “transfugismo político”-. El 16 de septiembre de ese año, Fujimori anunció que habría nuevas elecciones y que las funciones del SIN había quedado suspendidas. Por otro lado, su asesor, Vladimiro Montesinos Torres, partió a Panamá, en un jet privado, luego de haber recibido de manos de Fujimori la cuantiosa suma como despedida de 15 millones de dólares. La historia del Fujimorato acabó con la renuncia del expresidente desde Tokio el 20 de noviembre de 2000, cuando viajó a dicha ciudad para presuntamente asistir a una cumbre internacional. La ignominiosa renuncia a la Presidencia de la República se hizo mediante fax.

III. El camino hacia una real justicia transicional El caso peruano.

1. ¿Qué entendemos por justicia transicional?

La justicia transicional es una respuesta concreta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los Derechos Humanos. Es una forma especial de justicia, una justicia de carácter restaurativo, por la que atraviesa una sociedad de violación generalizada de derechos humanos [GENRO/ABRAO, 2010]. La justicia transicional abarca los procesos que atraviesan las sociedades en transición hacia la democracia, ya sea de un régimen autoritario o un conflicto armado. No existe, empero, una única definición, pues su estudio es complejo e interdisciplinario⁸. Es claro, sin embargo, que alude a las estrategias judiciales y de otro tipo que se adoptan en aquellos Estados donde se produjeron graves violaciones a los derechos humanos. La finalidad es lograr la reconciliación y la justicia entre las partes enfrentadas y garantizar el desarrollo de una paz duradera así como una sociedad democrática, en coyunturas o procesos de transición y reconstrucción.

Lo expuesto en forma precedente, empero, no responde a una interrogante pertinente para estos casos: ¿por qué justicia transicional? Las razones que pueden explicar este fenómeno son de diversa índole. Por un lado, porque es casi imposible hacer una justicia penal y reparaciones inmediata y plena en una sociedad que ha atravesado procesos masivos de violencia y de violaciones de Derechos Humanos. Por otra parte, por la necesidad de equilibrio dentro de un nuevo sistema democrático; si bien existe una reconocida necesidad de satisfacer los derechos de las víctimas, se debe también buscar preservar el orden institucional reconquistado y eso plantea un reto difícil de mantener [REÁTEGUI, 2010].

Las iniciativas que más caracterizan a la justicia transicional tomadas por los gobiernos de América Latina y Europa Oriental, se pueden resumir en: i) Aplicación del sistema de justicia por crímenes ocurridos en las dictaduras, en especial aquellos considerados como Crímenes de Lesa Humanidad; ii) Creación de Comisiones de la Verdad, que son los principales instrumentos de investigación sobre los abusos; iii) programas de reparación con iniciativas patrocinadas por el Estado que se refieren a reparación material y moral por los daños causados, por los abusos pasados; iv) reformas de sistemas que buscan transformar las Fuerzas Armadas y Policía o Poder Judicial u otras relacionadas a instituciones estatales,

⁸ <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mddhh/2011/07/04/la-justicia-transicional-experiencias-latinoamericanas>.

con la finalidad de reparar la corrupción en las entidades públicas; v) Políticas de memoria vinculadas a una intervención educativa para el respeto de Derechos Humanos, o con prácticas institucionales que implementen memorias u otros espacios públicos capaces de establecer la historia o aumentar la conciencia moral sobre el que pasó.

Dentro del estudio de la justicia transicional, es posible identificar –de acuerdo con la experiencia internacional– usos diferentes del discurso de la justicia transicional, que dependen de los intereses a los cuáles pueden servir. Así, encontramos un uso manipulador y el uso democrático de la justicia de transición en los países que intentan superar el período de conflicto para instaurar la paz en sus respectivas democracias [UPRIMY/SAFFÓN, 2007].

Se habla de un uso manipulador del discurso transicional cuando se usa el lenguaje de la justicia transicional como un instrumento teórico, donde no se realiza ningún cambio material, pero se obtiene un cierto efecto simbólico. ¿Cuál sería ese efecto simbólico? Introducir fórmulas aparentes de solución con la presunta finalidad de detener las actos de terror y orientadas a dinámicas políticas hacia la paz, sin embargo, el fin de ellas es la impunidad, pues sería el camino más fácil para obtener una paz negociada.

Este uso de la justicia transicional como un mecanismo puramente desorientador de la realidad también fue hábilmente implementado por el gobierno fujimorista durante la década de las 90. Así tenemos: **i)** Promulgación de una legislación antiterrorista –el Decreto Ley 25475–, que comprendía normas sustantivas (tipos penales abiertos con penas elevadas), procesales (limitación al derecho de defensa del abogado pues solo podía entrevistarse con su cliente luego de ser interrogado, excesivo poder a la Policía en la investigación), y de organización judicial (creación de tribunales especiales sin rostro, como también de ambientes especiales para el juzgamiento), como instrumentos salvadores frente al terrorismo; **ii)** Dación de las Leyes 26479 y 26432 que exoneraban de toda responsabilidad penal a los oficiales militares procesados y condenados por delitos contra los derechos humanos; y **iii)** Configuración de un sistema de seguridad, inteligencia y de las Fuerzas Armadas como eje de la vida institucional y conductor de las políticas públicas de defensa y seguridad interior al margen del control ciudadano y del Congreso.

Se trata un claro ejemplo del uso manipulador de la justicia transicional para legitimar medidas destinadas a la impunidad de los autores de delitos de lesa humanidad, frente a la desprotección de las víctimas de su derecho a la verdad y la reparación como consecuencia de la política genocida contra las organizaciones

terrorista y de su necesaria represión. Se convierte el discurso de la justicia transicional no sólo en manipulador, sino también opresivo [UPRIMY/SAFFÓN, 2007].

Con la caída del gobierno de Fujimori en el año 2000, en el Perú se inició un período de transición hacia una democracia constitucional. Amplios sectores de la población junto a la representación política en el país, mantenían una esperanza de que el Perú iba a encontrar un camino hacia la construcción de un nuevo Estado democrático. En este contexto, se inició, como primer paso, con el nombramiento de Valentín Paniagua, líder de la oposición, como Presidente del denominado “Gobierno de Transición”. Sin embargo, la situación del país no era para nada fácil, pues afrontábamos graves problemas como: (i) instituciones cargadas de corrupción; (ii) falta de separación de poderes, en especial un Poder Judicial asaltado por el Ejecutivo; (iii) sistemáticas violaciones a los derechos humanos, tanto por grupos paramilitares como subversivos; etc.

En esta compleja situación, el país demandaba una necesaria reconciliación de la sociedad. Por un lado, no desproteger los derechos de las víctimas de la violencia que operó en el país por más de 20 años por la acción de los grupos terroristas, igualmente el pedido de justicia y de reparación. De otro lado, comenzar a implementar políticas económicas y sociales de cara a la reorganización de nuestra decaída democracia.

Es aquí donde cobra vital importancia el uso del discurso transicional, ya no como un medio opresivo, sino como un mecanismo democrático cuyo propósito principal es la lucha contra la impunidad. En este sentido, aquellos mecanismos propios de la justicia transicional, tales como: derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y a la reparación, serán importantes para lograr ese propósito. Además de ello, el uso de la justicia transicional presenta un efecto emancipatorio por cuanto trae como resultado el empoderamiento de las víctimas hacia las violaciones de los derechos humanos, esto último es crucial pues permite afirmar o reconstruir la identidad de las víctimas como sujetos morales y políticos con derechos, identidad que es frecuentemente perdida como consecuencia de sus sometimientos graves a violaciones a los derechos humanos. Abundante jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido los cuatro pilares de la justicia transicional en un Estado Democrático, a saber: (i) obligación de los Estados de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho penal humanitario; (ii) el derecho a conocer a la verdad sobre los abusos del pasado; (iii) el derecho de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a obtener una reparación; y, (iv) la obligación del Estado de impedir, mediante la adopción de medidas pertinentes, que las atrocidades vuelvan a producirse en el futuro.

2. ¿Qué se hizo en el Perú?

El proceso de transición se inició en el año 2000. El proceso incluyó el establecimiento de la Comisión de la Verdad y Reconciliación –en adelante CVR– [creada en el año 2001], que se encargó de elaborar el correspondiente informe sobre los acontecimientos que se vivieron en el Perú durante los años 1980 a 2000. El gobierno de Transición, cuyo Presidente fue Valentín Paniagua, creó la mencionada comisión en junio de 2001, para lo cual convocó a diferentes miembros de la sociedad civil. Fue presidida por Salomón Lerner Febres, entonces Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se investigó la violencia terrorista de los grupos Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru –en adelante MRTA–. Profundizó en las causas de esa violencia y en la dura represión militar contra los movimientos terroristas, que cobró principalmente víctimas civiles. Para lograrlo, recogió el testimonio de 1985 personas y organizó 21 audiencias con las víctimas de la violencia, a las que asistieron más de 9500 personas. El Informe Final se hizo público el 28 de agosto del 2003, ante el presidente peruano Alejandro Toledo, en una ceremonia realizada en el Palacio de Gobierno.

El informe de la CVR consta de 9 tomos. Tiene de tres partes principales: la primera relata el proceso, los hechos y las víctimas. La segunda, analiza e identifica los factores que permitieron que se desarrolle el conflicto. Y la tercera explica las secuelas del conflicto y postula las recomendaciones para que estos eventos no se repitan.

El propósito principal de la Comisión fue investigar y hacer pública la verdad sobre los años de violencia y de esta manera logró establecer modelos de violaciones de los derechos humanos y determinar los actores involucrados y su responsabilidad. Gracias a esto fue que se alcanzaron a diseñar los criterios para la reparación de las víctimas y presentar como resultado en el informe final las recomendaciones para un Plan Integral de Reparación.

En definitiva, la CVR cumplió su función de investigar lo ocurrido durante las épocas de subversión terrorista y contra la subversión estatal. Ello le permitió asignar responsabilidad, tanto al Estado, organizaciones políticas, y a los sendenristas. También elaboró un patrón sobre el tipo de violaciones que permitieron saber el cómo y a quién se le debía reparar. Su proceso de reparación, importante en los parámetros internacionales, recoge estos componentes, que estaban en el Informe Final, para desarrollar el Plan Integral de Reparaciones, y deja demostrado que antes de implementar una política de Estado para reparar es necesario tener claridad sobre lo ocurrido; sin embargo, también debemos indicar que la voluntad política es un elemento importante que puede contribuir, en mayor medida, a la ejecución de estas políticas o recomendaciones. La comunidad internacional en

el año 2003 reconoció el informe pionero de la CVR, aunque la mayoría de sus recomendaciones siguen sin ser plenamente implementadas. No obstante ello, sus sólidos hallazgos continúan dominando los debates sobre los años de guerra sucia en el Perú y brinda un fundamento para lo que ya no puede negarse en los terrenos ideológico y político [MENDEZ, 2011].

Se destaca, en consecuencia, el aporte del Informe Final la CVR por cuanto: (i) sirvió como un medio de prueba, presentado por la Fiscalía como por el actor civil, en el proceso seguido contra Fujimori; (ii) constituyó un mecanismo de justicia transicional elaborado a partir de una metodología interdisciplinaria cuyo objetivo fue descubrir la verdad de lo ocurrido; y, (iii) se le otorgó un carácter público-vinculante, dado que la CVR fue un organismo de carácter oficial creado por el Poder Ejecutivo para cumplir una labor específica [LERNER, 2011].

Por Ley 28592 se formalizó el Plan Integral de Reparaciones como un objetivo para concretar las reparaciones de las víctimas de más de 20 años de violencia (1980-2000), basado en las recomendaciones de la CVR. Conforme a lo establecido por la ley, las reparaciones eran entendidas como: “las acciones que realiza el Estado a favor de las víctimas del proceso de violencia, y, de acuerdo con la Ley, a los familiares de las víctimas, orientadas de manera expresa al reconocimiento de su condición de tales, y que tiene como objetivo permitir su acceso a la justicia, la restitución de sus derechos, la resolución de las secuelas derivadas de las violaciones a los derechos humanos (...”). Para cumplir con su meta, el Programa estaba compuesto por diferentes programas para las reparaciones en cada nivel: restitución de derechos ciudadanos, reparaciones en educación, salud, colectivas, simbólicas, acceso habitacional y otros programas según lo aprobado por la Comisión Multisectorial. Sin embargo, ya en el año 2007 la Defensoría del Pueblo si bien ya se confirmaba el inicio de reparaciones colectivas en 440 comunidades, se observaba la falencia en la implementación del Registro Único de Víctimas por medio del cual los afectados podían acceder a reparaciones individuales, ello junto con la demora en la investigación de los casos de violaciones y falta de defensa de las víctimas⁹.

Por otra parte, es de destacar la participación de los Tribunales de Justicia en el Perú que también hicieron una importante labor, no solo por la condena al expresidente Alberto Fujimori –que analizaremos más adelante, sino porque se permitía investigar, juzgar y condenar a los responsables de las violaciones de crímenes contra los derechos humanos [SALMÓN, 2007]. En efecto, el trabajo emprendido por los tribunales de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos es esencial para combatir la impunidad y para garantizar la no

9 <http://www.defensoria.gob.pe/notasprensa.php?a=2007>.

repetición de atrocidades y la depuración de las instituciones oficiales. Lo anterior, no es más que una muestra del carácter imperativo de la legislación internacional cuyo origen se remonta a los juicios de Nuremberg, donde se estableció la necesidad de los Estados de investigar todo hecho vinculados a violaciones a los derechos humanos [MENDEZ, 2011].

En cuanto a la propia sentencia emitida por la Sala Penal Especial y confirmada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, se destacan varios aspectos: (i) constituyó un hito histórico el haber juzgado y condenado a un presidente electo en democracia; (ii) reivindicó la dignidad de las víctimas de Barrios Altos y La Cantuta al reconocerse que no pertenecieron a ninguna organización terrorista; (iii) permitió concretizar el derecho a la verdad, como una exigencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y, (iv) negó la impunidad de los crímenes de lesa humanidad [Ortiz, 2011].

De otro lado, el Tribunal Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad N° 010-2002-AI/TC declaró la inconstitucionalidad de los elementos más fundamentales de la legislación penal antiterrorista que se oponía a la Constitución, lo que motivó que, posteriormente, el gobierno del presidente Alejandro Toledo Manrique, previa delegación del Congreso, promulgara decretos legislativos que modificaban la legislación antiterrorista de 1992, entre los que destacaba la revisión de la cadena perpetua cada 30 años y la eliminación de los jueces sin rostro. Esto último contribuyó a la revisión de varias causas judiciales que habían sido llevadas a cabo en fueros militares, como también en los fueros civiles. En esa misma línea, el Tribunal también se pronunció sobre la imprescriptibilidad de delitos que violenten gravemente los derechos humanos. En el caso Genaro Villegas Namuche (Expediente N° 2488-2012, sentencia del 18.3.2004) y en la demanda de inconstitucionalidad contra la ley de justicia militar (Expediente N° 0023-2003-AI/TC) resolvió que los responsables de crímenes de lesa humanidad no podrían acogerse a la prescripción penal al tratarse de delitos que violaban gravemente los derechos humanos.

Igualmente, merece atención el rol de la Corte Interamericana en la lucha contra la impunidad de los delitos de lesa humanidad como un complemento necesario para el proceso interno de democratización en el Perú [SALMON, 2014]. En virtud de la sentencia del 14.3.2001 del caso Barrios Altos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció como premisas importantes: i) las leyes de amnistía N° 26479 y 26492 eran incompatibles con la Convención Americana porque promovían la impunidad de personas que habían cometido delitos de lesa humanidad; ii) el Estado peruano había incurrido en responsabilidad por no haber protegido los derechos a la vida, a la integridad personal de varias víctimas por violaciones a los derechos humanos; iii) el Estado peruano, al no efectuar inves-

tigaciones serias y eficientes para aclarar los hechos relacionados con la matanza en Barrios Altos, impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos [PEDRAZA, 2007].

De otro lado, la Corte en la sentencia del 29.11.2006 en el caso La Cantuta se destaca los siguientes fundamentos: **i**) el Estado peruano implementó una práctica sistemática en el marco de la estrategia contrasubversiva de los agentes del Estado, especialmente, en los momentos más intensos del conflicto (1983-1984 y 1989-1992) que consistió en la identificación de la víctima para luego su detención y ejecución; **ii**) existió un mecanismo de desaparición forzada usado recurrentemente por los agentes del Estado; **iii**) estas actividades fueron realizadas por el Grupo Colina, con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército; **iv**) los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial articularon los mecanismos constitucionales y legales disponibles, mediante el abuso de poder, a fin de sustraer a los presuntos autores materiales e intelectuales de la administración de justicia competente.

En esta línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la importancia y vinculatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de lo dispuesto en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que indica que los derechos humanos se interpretan de conformidad con las normas internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, el Tribunal Constitucional no solo considera que las resoluciones de la Corte Interamericana poseen fuerza vinculante en su parte resolutiva sobre un caso concreto, sino respecto a los fundamentos del fallo, independientemente de si el caso concreto se relaciona con el Estado peruano, dado que la Corte es el intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta aplicación es vinculante no solo en los procesos constitucionales sino que irradia sobre los demás procesos, por lo que su observancia obligatoria irradia para los órganos jurisdiccionales del país [HUERTA, 2010].

Finalmente, dentro de las recomendaciones para la implementación de reformas estructurales y conmemoraciones se creó en la capital el “Lugar de la Memoria y el Ojo que llora” [Inaugurado en el año 2005, en Campo de Marte, Distrito de Jesús María. Monumento construido para recordar a las víctimas de la violencia desatada por el terrorismo en el país entre los años 1980 y 2000] [<http://blog.pucp.edu.pe/blog/mddhh/2011/07/04/la-justicia-transicional-experiencias-latinoamericanas/>]. Este responde a una de las modalidades de reparación simbólica que se dan dentro de los gobiernos de transición pues la creación de estos espacios de memoria se dan con la finalidad de incorporar un reconocimiento frente

a las víctimas que sufrieron del pasado y de mantener en la historia viva del país los graves atentados violatorios a los derechos humanos [Quinteros, 2012]. Más allá de la creación de este importante monumento histórico también se aprecia en otras regiones la presencia de murales públicos (12), monumentos y esculturas (42), memoriales en cementerios (12), placas conmemorativas (9), museos y casa de la memoria (11), entre otros.

IV. Diseño, desarrollo y división de labores.

Estructura de la sentencia

3. ¿Cómo se estructuró la sentencia?

Para su estructuración se siguió una metodología explicativa constitutiva sobre la base de un caso sumamente complejo, en la cual, a partir de los hechos acusados, como el haber tenido una política de Estado criminal, se propuso una evaluación amplia del tema para llegar a hechos concretos, como asesinatos, lesiones y secuestros. Por tanto, el diseño debía explicar no solo el funcionamiento de entidades complejas y secretas para el ciudadano de a pie, tales como las Fuerzas Armadas, el Sistema de Inteligencia, grupos de aniquilamiento, sino cómo el nombramiento y posicionamiento de alguna de ellas permitió una organización paralela para fines ilegales. Era indispensable, en estas condiciones analizar, desde una perspectiva interdisciplinaria, las características y evolución del sistema político del gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, con especial acento en su política de conformación institucional y de seguridad pública.

Respondiendo a estos fines, la Sentencia se dividió en cuatro partes:

- La primera parte es un desarrollo amplio de los antecedentes del caso, que consistió en explicar –en tres capítulos– el itinerario del procedimiento, los hechos atribuidos y cargos imputados, y la posición del acusado como expresión de su defensa en el proceso.
- La segunda parte se concentró en los hechos –en quince capítulos–; se explicó a partir de un marco teórico de la prueba, las posturas del Tribunal acerca de qué se iba a valorar y qué no. Este aspecto tuvo su propia problemática que explicaré en la segunda parte de esta disertación. En esta etapa se usó mucha información documental, testimonial, videográfica y de audio; se dictaron directivas (reglas para la postulación de pruebas, reglas para su actuación entre otros), con la finalidad de que todos puedan tener clara la metodología a seguir.

- En los quince capítulos se observará que hubo una división temática, como el poder del presidente de la república, concepto de cooptación, las FF. AA., el SIN, la DINTE, el SIE, el Grupo Colina, las operaciones especiales de Inteligencia; se concluyeron también los hechos más concretos, como Barrios Altos, La Cantuta, Gorriti, Dyer, entre otros; la parte dos cierra con el abordamiento de la intervención en los hechos del propio Fujimori.
- En la tercera parte, se explican los fundamentos jurídicos del caso, en 5 capítulos, donde se desarrolla la tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.
- El cuarto, donde se trató en concreto el fallo en sí. Un aspecto relevante en todo esto es la estrategia incluso de la lectura de la sentencia el día último del juicio.

El desarrollo de su elaboración fue progresivo, conforme se avanzó el juicio se elaboraron notas de trabajo y resúmenes, hubo un intenso debate entre los miembros del Colegiado. Se tomaron muchos apuntes en la Sala de Audiencia; además de las grabaciones videográficas se contó con las actas transcritas del juicio.

El trabajo fue metódico y la dedicación exclusiva, con grupos de trabajo y jefes de grupo temáticos para los informes de avances de los debates. Estos grupos también se dedicaron a examinar toda la información del expediente.

Las primeras audiencias duraron todo el día, con intervalos de media hora. Luego por la prescripción médica se redujo a mediodía, por las tardes se hacían los debates. Hubo dos aspectos, uno respecto de los temas del caso propiamente dicho y otro acerca del manejo de la prensa, la seguridad y la logística que implicó, se estructuró todo un sistema de gestión porque la sede del Tribunal estaba ubicada en un lugar alejado, dentro de un centro policial, se proveyeron de médicos y enfermeras(os), para estar atentos a la evaluación médica del acusado.

Todas las audiencias eran televisadas en directo. Para esto había un equipo de prensa del Poder Judicial que diseñó un sistema de comunicación que trabajó sobre el tema día a día en las incidencias del juicio. Incluso, concluidas las audiencias, las partes prestaban declaraciones a la prensa. Este tema era evaluado por la Sala por el impacto que alguna declaración podía generar en el caso.

V. Hechos: la prueba, su actuación y la autoría mediata

4. Hechos

1. Caso Barrios Altos

La noche del 3 de noviembre de 1991, en el distrito de Barrios Altos, una zona tradicional y popular del Cercado de Lima, en el Perú, se llevó a cabo una pollada en el primer piso del inmueble ubicado en el jirón Huanta N.º 840, para conseguir fondos y reparar el servicio de desagüe de la quinta. Aproximadamente a las 23:30 horas, seis individuos armados y encapuchados entraron al edificio luego de bajar de dos vehículos, y dispararon con sus fusiles a los asistentes sin mediar explicación.

Todos los atacantes tenían el rostro cubierto con pasamontañas. Al entrar, ordenaron a los asistentes de la reunión tenderse en el piso, donde les dispararon indiscriminadamente por cerca de dos minutos, matando a quince de ellos, incluyendo a un niño de ocho años, e hiriendo seriamente a otras cuatro personas, uno de los cuales quedó paralítico. Luego, los atacantes huyeron en los dos vehículos. Durante la investigación, la policía encontró 111 casquillos y 33 balas del mismo calibre en la escena del crimen.

2. Caso La Cantuta

En la madrugada del 18 de julio de 1992, dos días luego de la explosión del coche bomba, en la cétrica calle miraflorina de Tarata, miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, así como de la Dirección de Inteligencia del Ejército, muchos de los cuales aparentemente miembros del recientemente establecido Grupo Colina, entraron a las residencias de la Universidad Enrique Guzmán y Valle.

Una vez dentro, las tropas forzaron a todos los estudiantes a salir de sus habitaciones y echarse boca abajo en el piso. Nueve estudiantes, sospechosos de estar implicados en la explosión de Tarata, entre ellos Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Condor, Robert Édgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa, fueron separados de los demás y llevados aparte. Mientras tanto, en las residencias de los profesores, un grupo de soldados irrumpió en la casa del profesor Hugo Muñoz Sánchez. Luego de registrar su dormitorio, se lo llevaron.

5. Prueba

La prueba es la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria –actividad de demostración– para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellas afirmados –actividad de verificación–, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad, y de las garantías tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba. Debe quedar claro que lo probado o demostrado en el proceso jurisdiccional es la verdad o falsedad de los enunciados fácticos en litigio; en el caso del fiscal la actividad probatoria está dirigida a acreditar la verdad respecto de una proposición que afirma la existencia de un hecho delictivo. Cabe precisar, por lo demás, que las pruebas deben referirse a los hechos objeto de imputación y a la vinculación del imputado con los mismos, y que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, puedan sostener un fallo condenatorio [Casación N.º 3-2007, del 7 de noviembre de 2007].

1. Valoración de la prueba

Desde la perspectiva de la libre valoración de la prueba, como precisa GIMENO SENDRA, se necesita que esta se realice con arreglo a las normas de la lógica, y máximas de la experiencia o de la sana crítica, lo que conlleva la obligación, máxime si se trata de la denominada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la “declaración de hechos probados”. En consecuencia, no es posible aceptar, desde la racionalidad del proceso valorativo, que el juez se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos; el razonamiento de la sentencia no puede ser, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente erróneo.

Una actuación sumarial –incluso realizada en los momentos preliminares por la Policía o la Fiscalía–, en tanto acto de aportación de hechos al proceso, podrá tener valor de prueba o integrar la valoración probatoria –es inaceptable una prohibición general–, siempre y cuando, desde la perspectiva interna, cumpla con los requisitos o formalidades legales que ese acto exija en la sede en que se actúa [donde la posibilidad de contradicción en su actuación –o determinadas exigencias de contradicción– y atendiendo a la peculiaridad de la prueba de que se trate es vital] –requisito objetivo–, y que por una circunstancia derivada de las nociones de irrepetibilidad –o si se quiere, fugacidad o indisponibilidad– y urgencia no sea posible su reproducción en el juicio oral –requisito material–, como sería el caso, por ejemplo, de ausencia no subsanable del testigo o del perito. Es necesario cuidar, en este supuesto de excepción, un conjunto de garantías mínimas, tanto en la adquisición de la fuente de prueba como en su conservación y en su aportación al juicio oral; este último es el requisito formal que se satisface con la lectura del

acta u otro medio equivalente y en condiciones que permitan a la defensa someter tales diligencias a contradicción.

2. Valoración de la prueba documental

El Código de Procedimientos Penales –al igual que el Nuevo Código Procesal Penal– no define una lista cerrada de medios de prueba susceptibles de ejecutar en el proceso. En él, como es evidente, se admite la presencia de cualquier otro medio de prueba que tenga entidad para conformar juicio del órgano jurisdiccional sentenciador. Ello permite, a su vez, la posibilidad que puedan darse por acreditados datos recogidos por los medios de comunicación social, en cuanto reflejan hechos incontrastables de conocimiento general o declaraciones de personalidades u organizaciones políticas –o que dan noticia del devenir experimentado por los distintos agentes sociales, lo que de ordinario comporta una determinada percepción de una realidad externa, que es percibida y trasladada por el periodista que en ella interviene–, que no han sido desmentidas ni cuestionadas en el proceso. La información periodística opera, entonces, como principio de prueba, que de no ser desmentida y cuestionada –el desmentido o el cuestionamiento, como es obvio, debe ser serio y de entidad, no basta uno meramente formal– pasa a surtir plenos efectos probatorios. Es claro que otra nota de validez o, mejor dicho, de validez de la información es que no se trate de una noticia aislada de prensa. El grueso de la información periodística incorporada al proceso refleja un contenido informativo general, de común aceptación por los medios de prensa, y se refiere a hechos públicos o de relevancia política general. Por lo demás, es pertinente precisar que solo podrán asumirse con pleno valor probatorio aquellos contenidos que de modo objetivo son introducidos por el profesional autor de la información, con lo que se excluyen los juicios de valor que puedan introducirse en una nota periodística. A lo que se agrega que, en puridad, la defensa no ha cuestionado la legitimidad o procedencia de los recortes periodísticos, sino que ha cuestionado sus fuentes. En consecuencia, los artículos periodísticos pueden ser un medio idóneo para acreditar y dar certeza de las conductas objeto de enjuiciamiento; en especial, la existencia de la noticia en los diarios sí es prueba de la repercusión pública que tiene el acontecimiento o hecho determinado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, al respecto, que los recortes periodísticos no tienen el carácter de prueba documental propiamente dicha –tal vez por la circunstancia de no tratarse de un medio de prueba “típico”–, pero podrán ser apreciados cuando recojan hechos públicos o notorios, declaraciones de funcionarios del Estado o cuando corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios recibidos en el proceso. En la Sentencia Ivcher Bronstein vs. Perú, llegó a decir –reforzando su valor probatorio– que los artículos periodísticos son instrumentos idóneos para verificar, junto con los demás medios aportados, la veracidad de los hechos del caso.

También han sido ofrecidos, como medio de prueba, diversos libros. Sus autores han declarado en el acto oral. Se trata del General EP Hermoza Ríos, y de los periodistas Humberto Jara Flores y Ricardo Uceda. La defensa sostiene que incorpora versiones, propias o de terceros, que por tanto deben ser asumidas desde la prueba testifical, y como tal contrastadas con las demás actuaciones de la causa. Sin duda alguna, para analizar con propiedad la función de un libro en un proceso penal debe partirse de la diferenciación entre fuente y medio de prueba. “Fuentes de prueba” es un concepto extraprocesal, que consiste en objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por una parte procesal, pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión judicial. Mientras que “medios de prueba” son los instrumentos procesales a través de los cuales las fuentes de prueba se incorporan al proceso y solo existen dentro de él, regidos por normas procesales que establecen los supuestos y las formas en que la fuente de prueba puede aparecer dentro de este. Así, un libro; una noticia o recorte periodístico; un plano, croquis o una grabación constituyen fuentes de prueba y como tal pueden ser introducidos en el proceso –si se asume un concepto amplio de “documento” y desde una perspectiva dinámica, como cosa mueble o soporte material apto para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado: datos, hechos o narraciones. Sin duda, un libro es un documento en el que se relatan hechos de relevancia para el caso, más propiamente corresponde otorgarle un valor de prueba documental de carácter privado–. No obstante, no toda declaración extraprocesal de una persona o testigo, es y debe ser siempre incorporada por medio del procedimiento de la prueba testimonial. Si se trata de un libro en el que se ha dicho algo, o de una grabación televisiva que contiene una entrevista e incorpora lo relatado por una persona, entre otros, se incorporarán estos al proceso por medio del mecanismo más apropiado a su naturaleza, siempre que se respete la oralidad, la inmediación y la contradicción en su ejecución. La prueba documental admite que el libro es una fuente válida de información para el proceso, por lo cual se procederá a su lectura, sin más. No hace falta su ratificación, ni que el autor sea interrogado sobre todos los hechos relatados en el mismo o sobre sus términos. Cuestión distinta es, desde luego, el valor probatorio –respecto de la información incorporada– que cabe otorgar al libro. Mucho dependerá de su contenido y, luego, si puede confirmar datos incorporados por otros medios de prueba o estos puedan avalarlo.

3. Declaración de testigo

Es la declaración oral de conocimiento prestada ante el juez y efectuada por personas físicas que conocen de la comisión del hecho punible. Como medio de prueba, pretende acreditar la veracidad de una afirmación fáctica, a través de la

información que aporta en el juicio oral un sujeto ajeno al proceso, que ha tenido conocimiento de algún hecho delictivo [BANACLOCHE, 2010].

El testigo es una persona física ajena a los hechos –es un tercera persona llamada a comunicar al juzgador sus percepciones sensoriales extrajudiciales–, desprovista de cualquier valoración. Por razón del nexo con el hecho –objeto de la prueba testifical–, el testigo puede ser directo: cuando conoce del hecho mediante una percepción directa e inmediata, sin personas interpuestas; o, de referencia, cuando conoce del hecho a través de otra u otras personas interpuestas. No se admite que emita conceptos u opiniones –cuestiones jurídicas o juicios de valoración–, pues el objeto de la declaración son los hechos pasados o presentes. Estas reglas las recoge el artículo 166 del NCPP.

En su calidad de tercero, no pueden ser testigos el imputado ni el juez –el testigo ha de ser ajeno a los derechos que se ventilan en el proceso–. Si bien el agraviado no es ajeno a los hechos, se acepta su declaración, pero al no ser absolutamente neutral, existe una regla jurisprudencial que condiciona su valor a determinados requisitos. Por tanto, en el proceso penal deben matizarse aquellas observaciones que destacan, a semejanza del proceso civil, la característica de ajenidad, referida por lo general a que el testigo es ajeno al proceso, a las partes y al objeto procesal. El testigo es, siempre, ajeno al juez, pero no necesariamente de las partes y del objeto procesal, desde el momento en que, de ser perjudicado por el delito, puede ser actor civil.

La prueba testifical es, por naturaleza, reproducible en el plenario para someterla a contradicción, y si, pudiendo hacerlo, no se produce, la practicada en la instrucción no puede ser utilizada, salvo que –mediante el recurso de su lectura– venga fundada en alguna grave causa de carácter absoluto u obstativo [se trataría de causas independientes de la voluntad de las partes y del Tribunal, de fuerza mayor, de carácter fáctico o jurídico, que impidan el concurso del órgano de prueba al juicio y que importe el agotamiento de todas las posibilidades legalmente previstas para su reproducción en juicio]. En esta línea, ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Asunto Isgró versus Italia, Sentencia del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y uno, párrafo treinta y cuatro, que “Los elementos de prueba deben ser normalmente presentados ante el acusado en vista pública, con el fin de que exista un debate contradictorio, pero la utilización de las declaraciones que se remontan a la fase de la instrucción preparatoria no son contrarias en sí mismas a los apartados 3 d) y 1 del artículo 6 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos, norma parecida al artículo 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], sin perjuicio al respeto de los derechos de la defensa; por regla general, estos exigen que se conceda al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse al testimonio en su contra y

para interrogar al autor, en el momento de la declaración o con posterioridad". En consecuencia, la lectura de las declaraciones sumarias no es de recibo si es que no se solicitó la concurrencia de los testigos al acto oral, y no existe una causa fundada y razonable de su inasistencia. Se rechaza, por tanto, en la consideración de prueba valorable las dos testificales objeto de lectura.

Las declaraciones de un testigo deben someterse a un serio análisis de credibilidad, y si este ha declarado sobre los mismos hechos en otras sedes, corresponde tenerlas en cuenta y valorarlas cumplidamente. Sin duda, la falta de uniformidad del conjunto de las declaraciones de un testigo, incluso de un imputado o de un experto, no contribuye a un primer juicio de atendibilidad, pero es del todo posible una retractación o un cambio de versión; por lo que, en este caso, para estimar cuál de las versiones es la más arreglada a lo acontecido –que es un problema de credibilidad, no de legalidad, en tanto elemento esencial para formar la convicción sobre el fundamento fáctico debatido– debe analizarse tanto internamente el conjunto de testimonios como en relación con los demás recaudos probatorios de la causa –es una exigencia de razonabilidad valorativa, que se profundiza cuando corresponde optar por la declaración sumarial, en función de su falta de inmediación y de la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en juicio oral, y por ello ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva, que exige corroboración por otras circunstancias periféricas o por medios probatorios–. Compete al Tribunal contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcances de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme con su recta conciencia.

Es factible, por consiguiente, con las debidas cautelas, otorgar mayor credibilidad a una declaración frente a otra, incluso a las prestadas en otra sede y ante la autoridad fiscal, policial y congresal –por tratarse, propiamente, de diligencias de investigación–, que a las prestadas ante el Tribunal enjuiciador si resulta más coherente en atención a las concreciones que formula, a los datos que proporciona, a la presencia de otras circunstancias periféricas o a la concurrencia de hechos o indicios externos que la doten de objetividad suficiente –credibilidad objetiva– para hacer razonable su valoración favorable frente a la otra declaración. Es indudable, por otro lado, que las declaraciones de contraste, del mismo testigo, deban aflorar en el curso del juicio o del interrogatorio por cualquier medio que garantice la contradicción, por lo que es suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. El hecho de que en esas declaraciones –tanto las prestadas en el propio sumario como las rendidas en otros procedimientos– no haya intervenido la defensa del acusado, no importa su exclusión, pues no existe indefensión; una declaración hecha espontáneamente tiene siempre su valor y no puede obviarse. En efecto, no causa indefensión porque el testigo es interrogado en el juicio oral,

aunque no se lean ni se valoren sus contradicciones –incluso, podría bastar a estos efectos que el declarante reconozca durante el juicio oral que tuvieron lugar, que declaró en esos términos–. Como ya se ha dejado expuesto, no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial, solo se requiere posibilidad de contradicción. Es evidente que cumplir la exigencia demandada de contradicción efectiva no siempre es legal y materialmente posible, por lo que basta que se cumplan las exigencias constitucionales y legales de ese acto de investigación. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia de contradicción y suple cualquier déficit u omisión observable en la fase de instrucción. De cumplirse esas exigencias de contradicción, es posible analizar las declaraciones contradictorias y dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena.

4. Prueba trasladada

Un tema también abordado en la sentencia es la prueba trasladada, la que se define como aquella que se admite y se practica en otro proceso y que es presentada al proceso penal en curso, en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. El fundamento de la validez de una prueba de un proceso en otro radica en la unidad de la jurisdicción. En efecto, debido a la unidad de la jurisdicción, las pruebas actuadas en otras jurisdicciones pueden ser trasladadas. El único límite, según la regla del proceso civil –no aplicable en el proceso penal– es que haya sido pública y controvertida por las partes contra quien se aduce [LEDESMA, 2010]. Las pruebas de otro juicio pueden ser válidas si en el anterior proceso la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación e impugnación que la ley otorga en el juicio en que se produjeron. Lo expuesto demuestra que en el proceso civil se pueden incorporar pruebas actuadas en procesos de otras especialidades: Penal, Laboral, entre otros. Sin embargo, con esta ley en el proceso penal se pueden incorporar pruebas actuadas en otros procesos penales.

Cabe precisar que el Código Procesal Penal de 2004 no dice nada respecto a la prueba trasladada. Sin embargo, la Ley N.º 30077, del 20 de agosto de 2013, en su artículo 2 incorpora la prueba trasladada, figura que por cierto es reconocida en el artículo 261 del CPP. Los supuestos legales de la incorporación de actuaciones probatorias procedentes del proceso fuente son: i) que provenga de otro proceso penal, ii) que el proceso receptor o el proceso fuente se refieran a delitos perpetrados por miembros de una organización criminal; en este extremo, difiere del artículo 261 del CPP, pues en el acotado artículo se consigna también a la asociación ilícita.

Los requisitos legales de la prueba trasladada se configuran o califican en función del proceso fuente, esto es, del que se obtendrá la actuación probatoria para in-

corporarla al proceso en curso. Por tanto, desde el proceso fuente, por imperio de la norma, deben calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas. La norma hace mención a las pruebas admitidas y practicadas ante el juez o sala penal, las cuales podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal. En consecuencia, lo que puede calificarse de testimonial, pericia, documentos, etcétera, está en función de la causa y no de la causa receptora.

Es obvio que desde el proceso receptor esas actuaciones constituirán prueba documental oficial, de ahí que la calificación realizada por la norma procesal solo tiene sentido si se toma como referencia el proceso fuente. En este sentido, la norma, antes que ampliar las posibilidades de contar con fuentes y medios de prueba procedentes de otras causas, traza límites a su utilización, que como tal debe interpretarse restrictivamente. En principio, no existen límites internos al traslado probatorio en el caso de dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental. Así lo autoriza la Ley 30077, en su artículo 20, numeral 2.

En cambio, existen límites para las demás actuaciones probatorias, entre ellas la prueba personal y las diligencias objetivas e irreproducibles. Se requiere que el traslado resulte indispensable, debido a que en el proceso receptor la actuación de las referidas pruebas sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdidas de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Esto último supone acreditar la existencia de un motivo razonable que impida la actuación de la prueba en el proceso receptor. El límite tendría como fundamento que la declaración de un testigo que no compareció en el plenario impide al juez escuchar y ver, conforme con el principio de inmediación, y a las partes someterlas a la pertinente contradicción. En síntesis, la declaración de un testigo en otro proceso no ofrecido en el proceso receptor como testigo ni que esté acreditada una causal de ausencia insubsanable de su parte, no puede ser utilizada [Exp. N.º 19-2001: Caso Fujimori].

Cabe precisar que: i) el valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. ii) La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución. iii) La persona a la que se imputan hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

5. Prueba indiciaria

La Corte Suprema la abordó ampliamente en la Ejecutoria Suprema número 1912-2005/Piura, del 6 de setiembre de 2005. Se puede definir la prueba indicia-

ria como una prueba que sirve para establecer, en el proceso penal, cómo sucedió un hecho no directamente probado, fundada en puridad en indicios concluyentes periféricos al hecho que se quiere acreditar –que están alrededor del hecho consecuencia, que es el tipo legal sancionado–, interrelacionados y no desvirtuados por otros contraindicios o coartadas. En igual sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional (ver: STC N.º 728-2008-PHC/TC), y sobre todo, la CIDH (ver SCIDH Castillo Petruzzi, del 30 de mayo de 1999).

Esta precisión se basa en una distinción funcional, resaltada por BENTHAM –que consideró la única significativa–, que se funda en la conexión entre las pruebas y los hechos que integran el objeto procesal –los hechos que deben ser probados–: prueba directa y prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, según tenga que ver con “hechos principales” o con “hechos secundarios o circunstanciales”. En consecuencia, prueba circunstancial es aquella que no tiene por objeto el hecho principal, sino un hecho secundario del que puedan extraerse inferencias relativas a la hipótesis sobre el hecho principal.

Como tal, es una prueba crítica o lógica e indirecta. La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido objeto del proceso penal. Este poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experiencia humana y en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos.

En la actualidad, los indicios son utilizados y permiten establecer elementos de contacto entre hechos desconocidos y aquellos conocidos, siendo aceptados como plena prueba, resultando una fuente importante de conocimiento, pues el saber humano sería escasamente desarrollado si se limita a la percepción directa, al saber empírico o a la apreciación en vivo de cada cuestión. En todo caso, es claro sostener que la prueba indiciaria no es una prueba subsidiaria –en defecto de la prueba directa– o de segundo grado; no existe jerarquización entre ambas ni una prevalencia general de la prueba directa sobre la prueba indiciaria. Respecto de esta última, la solidez de la afirmación base depende del medio o medios de prueba utilizados. Esta ausencia de diferencias cualitativas desde el plano epistemológico –solo se diferencia en el mayor número de pasos o secuencias inferenciales que requiere la prueba indiciaria– autoriza a concluir que tiene entidad para alcanzar el estándar probatorio del “más allá de toda duda razonable”, siempre que la inferencia no sea tan abierta que permita tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

Otra distinción funcional importante, vale puntualizar, es la existente entre prueba de cargo –prueba positiva–, cuyo objeto es demostrar la verdad de un enuncia-

do fáctico, y prueba de descargo –prueba negativa o contraprueba–, que tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso, que el hecho no sucedió. Esta última distinción se basa en la relación entre los medios de prueba y el hecho que tiene que ser probado.

El procedimiento judicial para valorar la prueba indiciaria se construye a partir de dos fases, que deben explicitarse –requisito formal imprescindible– [FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005]. La motivación ha de ser suficiente, de suerte que se debe indicar el enlace entre los hechos base o indicantes y los hechos consecuencia, así como exponer con claridad por qué se llega a una determinada conclusión, si fuera la única posible, o por qué se escoge precisamente esa, si fueran varias las posibilidades.

La prueba indiciaria no es un auténtico medio de prueba –puede ser indirecto cuando tiene que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal–, sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos. Con tal finalidad, se erigen en un tipo de prueba, construida por requisitos propios, de necesaria concurrencia; vale por sí misma, es una prueba en sí misma, no es de aplicación subsidiaria o supletoria [ROSAS YATACO, 2010]. Para su valoración, se acude a un conjunto de reglas de seguridad que permiten sostener la corrección de la conclusión judicial, que precisamente importan el cumplimiento de sus requisitos constitutivos.

El grado de apoyo de la prueba indiciaria depende, así, de dos tipos de factores: (i) el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario, que es propia de toda prueba. (ii) El grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación, que es el problema principal de esta clase de prueba, situado en la naturaleza de la “regla de inferencia” [TARUFFO, 2006].

Ahora, la sentencia, en el caso de Fujimori, trató la prueba indiciaria [párrafo 658], que sirvió de base para emitir la sentencia condenatoria. Para ello se tomó en cuenta que por el tiempo transcurrido no se podía lograr una información precisa de modo directo y que, durante ese lapso, varias pruebas habían sido eliminadas. Se recogió la Jurisprudencia del Tribunal Supremo argentino, la cual indica que no pueden solicitarse pruebas directas para demostrar hechos realizados en la clandestinidad por personas que tenían la intención de no dejar pruebas de ninguna clase y que se encontraban dentro de apartados organizados de poder.

En el caso Fujimori, se demostró su responsabilidad penal como autor mediato en los aparatos organizados del poder y para ello se analizaron todos los indicios

encontrados: los hechos ocurridos en el periodo presidencial; la actividad directiva del SIN; la centralización de las actividades de Inteligencia; el nacimiento del Grupo Colina por disposición del SIN; la formación del grupo de análisis; la duración de las actividades de Colina; el encubrimiento y la negación de fuentes; el descrédito y la persecución a los disidentes o a quienes denunciaron estos hechos; la defensa y el respaldo a Vladimiro Montesinos y Nicolás Hermosa Ríos, hechos que fueron extremadamente notorios; la promulgación de la Ley Cantuta: la promulgación de la Ley de Amnistía; la amplitud de los vínculos de las Fuerzas Armadas. Estos indicios se conectaron entre sí y se tomó una máxima de la experiencia como premisa general. Al juntar ambos elementos, se pudo inferir que, dada la concentración del poder, Fujimori participó centralmente en la concepción de los hechos acontecidos y actos posteriores [ESPINOZA GOYENA, 2010].

6. La autoría mediata: el sustento de la responsabilidad basada en la autoría del autor detrás del autor en aparatos organizados de poder

1. La autoría mediata en la sentencia de Fujimori

En una sentencia histórica, sin precedentes en la jurisprudencia nacional y una de las más relevantes en la jurisprudencia internacional, la Sala Penal Especial, de la Corte Suprema del Perú, condenó al expresidente Alberto Fujimori, el 7 de abril de 2009, como autor mediato de crímenes contra la humanidad, por el asesinato y posterior desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta; por la muerte de diecisiete personas en una quinta del distrito de Barrios Altos, en Lima; y por el secuestro de un empresario y un periodista¹⁰. En la sentencia, intervinieron los señores jueces supremos César San Martín Castro, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo¹¹.

La Primera Sala Penal Transitoria, el 30 de diciembre de 2009, decidió, por mayoría, declarar “NO HABER NULIDAD” respecto a la sentencia recurrida en el extremo del secuestro de un empresario y un periodista; y declaró, por mayoría, “NO HABER NULIDAD” en lo demás que contiene¹². En la Ejecutoria Suprema

10 Ver Exp. N.º A. V. 19-2001.

11 Sala conformada de acuerdo con los artículos 34.4 del TUO, de la LOPJ, y 17 del CPP. Tales normas disponen la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento de altos dignatarios del Estado. Cabe acotar que a solicitud de los integrantes del CEPJ, se determinó la dedicación exclusiva de la Sala para los juzgamientos del expresidente Alberto Fujimori.

12 Ver RN N.º 19-01-2009-av.

intervinieron los señores jueces supremos Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, Julio Enrique Biaggi Gómez, Elvia Barrios Alvarado, Roberto Barandiarán Dem-pwolf y José Antonio Neyra Flores.

En efecto, el expresidente Alberto Fujimori fue condenado como autor mediato en apartados organizados de poder. En esta línea, la presente exposición se centrará en el análisis de la mencionada institución.

La teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder fue formulada en 1963 [ROXIN, 2000]. Esta fue utilizada en el caso de Adolf Eichman, funcionario nazi encontrado responsable del asesinato de varios miembros de la comunidad judía, aun cuando no participó directamente en el hecho ilícito [ROXIN, 2000]. Fue aplicada por el Tribunal Supremo alemán en la sentencia del 26 de julio de 1994, en el caso de los miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la República Democrática alemana, para evaluar la responsabilidad de los ciudadanos alemanes que intentaron escapar del país escalando el Muro [DONNA, 2001]. En Sudamérica, esta teoría fue postulada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de Argentina, en los casos de las juntas militares argentinas de 1976 a 1983, quienes dispusieron se realicen asesinatos selectivos, desapariciones y torturas. Esta teoría se aplicó por primera vez en el caso contra Abimael Guzmán Reynoso y otros, por el asesinato de 69 pobladores de la localidad de Lucamarca, ocurrido el 3 de abril de 1983. En este caso, se sentenció a Abimael Guzmán Reynoso como autor mediato de los asesinatos [Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional, el 13 de octubre de 2006. Expediente signado con N.º 560-03].

Nuestro Código Penal vigente reconoce tres formas de autoría en su artículo 23, de las cuales, la segunda corresponde a la autoría mediata. Según esta disposición, será autor: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente [...]”. En este sentido, la sentencia se basó en la teoría de la autoría mediata por organización. La sentencia hace clara alusión a la tesis del profesor Roxin. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema peruana asienta en la parte III, capítulo 2 de su sentencia, los presupuestos materiales para determinar la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad¹³.

Ahora, la Corte establece dos características de la organización. La primera característica es la asignación de roles que designaría la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. La segunda característica es el desarrollo de una vida funcional, que

13 https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_04.pdf. Consultado el 15 de mayo de 2015.

es independiente a la de sus integrantes, cuyo fundamento no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el mecanismo funcional del aparato, esto es, su automatismo o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí solo. Producto de esto, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se va a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato, este funcionamiento automático del aparato sería aquello que realmente garantice el cumplimiento de la orden [ver Exp. N.º A. V. 19-2001].

La autoría mediata por organización requiere de la presencia de presupuestos y requisitos funcionales: i) el poder de mando, ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico, iii) La fungibilidad del ejecutor inmediato, y iv) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho.

Estos requisitos son clasificados en dos niveles: uno objetivo y otro sujeto. El primero comprende al poder de mando y la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico. El poder de mando resulta trascendental para materializar el dominio de la organización, mientras que la desvinculación del derecho le dará mayor solidez a este dominio. Basado en esta característica, la sentencia califica a ambos como el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato), edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal. Por otra parte, el nivel sujeto comprende a la fungibilidad del ejecutor directo y su elevada disponibilidad a la realización del hecho. Estos elementos permitirían inferir que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por este del evento criminal, conllevará a su fungibilidad o sustitución por otra persona interpuesta, que tenga una mayor predisposición a la realización del hecho típico.

- i. El primer elemento objetivo, poder de mando, es una condición fundamental para que se pueda imputar responsabilidad penal a un sujeto a título de autor mediato por dominio de la voluntad, en virtud de un aparato organizado de poder¹⁴. Es la capacidad del nivel estratégico superior del hombre de atrás de impartir órdenes o asignar roles a aquella parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere o le puede ser conferida en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivada de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato, es decir, sin que sea necesario que quien ordena deba, además o alternativamente,

14 https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_04.pdf. Consultado el 15 de mayo de 2015.

recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Roxin admite la participación en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder, afirmando que para que esta se cumpla, la entidad de la contribución debe ser de tal medida, que no estimule por sí misma la puesta en marcha del aparato organizado de poder [ROXIN, 2000].

- ii. El segundo elemento objetivo es el apartamiento del derecho. La admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del Estado de derecho. La desvinculación del ordenamiento jurídico en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras: primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del derecho y crear un sistema normativo totalmente diferente que no es reconocido ni aceptado por el derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico; inicialmente solo para la realización de determinados hechos punibles, pero luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado¹⁵. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad; sin embargo, subrepticiamente intenta crear un sistema normativo alterno al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves. La sentencia indica, pues, que el caso Fujimori se trataría de un gobierno de facto por razón de su ejercicio, es decir, de aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas en la Constitución, pero que luego se expresan, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella.
- iii. La fungibilidad constituye un presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se menciona que la fungibilidad ha sido entendida, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso¹⁶.

15 <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc/13.+Doctrina+Nacional+-+Ra%C3%BA1+Pariona+Arana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc>.

16 Cfr. Pariona Arana, Raúl. “El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana”. En: [http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc/13.+Doctrina+Nacional+-+Ra%C3%BA1+Pariona+Arana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc). La sentencia admite

- iv. Finalmente, la elevada disposición al hecho, que constituye un presupuesto subjetivo. El hombre deatrás tendría el dominio del evento criminal, es decir, que estaría seguro de que sus órdenes se van a cumplir porque los ejecutores directos de los crímenes serían personas que están predispuestas a cometer el hecho criminal. Es decir, los ejecutores directos serían personas con una cierta tendencia a la comisión de crímenes¹⁷.

2. Rechazo de la tesis de coautoría e inducción

Aunque renombrados autores sostengan la tesis de que el sujeto deatrás no debe ser autor mediato sino coautor, puede verificarse lo siguiente: no se presenta ninguno de los presupuestos necesarios para admitir una coautoría entre el que da la orden en la central de un aparato de poder y el ejecutor *in situ*; por ejemplo: en el caso de los asesinatos en los campos de concentración o el de los tiradores del muro. No hay una resolución conjunta a cometer el hecho, el cumplimiento de una orden es lo contrario a una resolución conjunta de común acuerdo entre los coautores; la identificación en el objetivo común que invoca otro no es suficiente para ello, y es que si acaso pudiera siquiera hablarse de ello frente a la motivación de un ejecutor que puede ser totalmente diferente, tal identificación puede presentarse por igual en la relación entre el inductor o cómplice con el autor, y también el hecho de que tal como argumenta Jeschech, la conciencia de que los hechos van a ser cometidos siguiendo las instrucciones de dirección solo puede transmitir la idea de que se tenga que cumplir con una orden y no fundamenta una resolución conjunta.

La coautoría se basa en una obligación recíproca y no en una vinculación unilateral solo por parte del que ha recibido la instrucción. No existe una posición de igual rango en la resolución conjunta, lo cual es característico en la coautoría, esta

erróneamente la fungibilidad como presupuesto de la autoría mediata por organización, la sentencia asigna función fundamental, lo que implicaría, a su vez, que su ausencia provocara que no se configure esta forma de autoría, es decir, si en el caso concreto se comprueba que los ejecutores no eran reemplazables, entonces no se configurará una autoría mediata. La jurisprudencia internacional demuestra que existen constelaciones de crímenes mediante aparatos de poder donde no hubo fungibilidad.

17 Cfr. Pariona Arana, Raúl. “El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana”. En: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a33fa7804e3b-3c7482268aa826aedadc/13.+Doctrina+Nacional+-+Ra%C3%BAl+Pariona+Arana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc>. No puede ser tratado como presupuesto porque existen muchos casos donde no se presenta la disposición del hecho criminal. Ejemplo: en los crímenes del nacional-socialismo, en Alemania, existían muchos soldados alemanes que no estaban de acuerdo con las políticas criminales de asesinar seres humanos en masa; sin embargo, cumplían las órdenes para no ser objeto de represalias.

tiene una estructura horizontal, allí donde se presenta una clara estructura vertical como ocurre en la jerarquía de los aparatos organizados de poder, solo puede entrar en consideración una autoría mediata. Por lo demás, quien imparte las órdenes y el ejecutor, por regla general, ni siquiera se conocen y tampoco existe la posibilidad de que se conozcan, lo que hace que una resolución conjunta resulta mera ficción, pero también falta la ejecución conjunta del hecho y es que aquel que imparte la orden no participa para nada en la ejecución, ni siquiera mediante una contribución al hecho en la etapa de los actos preparatorios, esto no puede ser suficiente para admitir una comisión conjunta ni siquiera según aquella postura que no limita la coautoría a contribuciones al hecho en la etapa de la ejecución. La coautoría consiste en una cooperación con división de trabajo mediante participaciones en el hecho vinculadas entre sí, y aquí ya no puede hablarse de esto, porque el sujeto que tiene la palanca del poder no se ensucia las manos y quiere que otros hagan el trabajo. En el dominio de la organización tampoco puede presentarse una vinculación recíproca de cómplices que cooperan con igual rango, algo que es característica de la coautoría.

Antes que admitir la coautoría, es más razonable admitir la inducción. Ella por lo menos coincide con el hecho de que el inductor pone en marcha el hecho y motiva al autor inmediato a ejecutarlo. Motivan, no como autores, sino como inductores los delitos que ordenaron; no obstante, esta suposición contradice la importancia de las órdenes y de la ejecución, conforme a ellas en el marco de aparatos de poder que operan al margen del derecho. Un inductor no está en el centro de la decisión, él hace surgir la resolución al hecho, pero tiene que dejar el desarrollo ulterior de los acontecimientos en manos del inducido, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina estos acontecimientos. En el dominio de la organización se produce exactamente lo contrario, el sujeto de atrás, que tiene en sus manos la palanca de poder, decide sobre el “sí del hecho”; mientras que el ejecutor inmediato, mayormente solo por casualidad, entra en la situación concreta; él no puede cambiar nada esencial del curso de los acontecimientos, delineado de antemano. Por regla general, tampoco la desobediencia de la orden ayudaría a la víctima, porque las bases organizativas suelen prever que la orden sea cumplirá, de cualquier forma, cuando se presentaran esas situaciones.

El sujeto de atrás tiene un poder de hecho mucho mayor y el dominio configurador, tal como había sido reconocido por el Tribunal Regional de Jerusalén, en el caso Aisman, al afirmar que quien da la orden, al estar situado en la palanca del poder, tendría la responsabilidad principal por los hechos ocurridos. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado esté de él, que cuando con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando.

Se desconocen por completo las resoluciones de dominio cuando se tiene al individuo por autor principal y se juzga a los organizadores de crímenes masivos como figuras marginales sin dominio alguno. La inducción y el dominio de la organización son formas delictivas de calidad totalmente diferentes. Algunos dictadores, con ayuda del aparato a su disposición, pudieron desencadenar un potencial destructivo y violador del derecho, que de lejos no puede compararse con el poder que pueda tener un inductor normal y corriente: si se colocara al mismo nivel el poder de dominio de estos con el de un inductor, se verían diferencias objetivas enormes; esto lo demuestra, incluso, el uso idiomático en que se habla de la manera más normal de autor de escritorio y no inductor de escritorio¹⁸.

VI. La calificación de delito de lesa humanidad

El derecho internacional de los derechos humanos es concebido como un sistema de garantías para reducir la violencia del Estado respecto de sus miembros. Cabe precisar que los crímenes de lesa humanidad, por lo reiterado y sistemático de la práctica, y los delitos contra los derechos humanos, puesto que constituyen violaciones graves que se producen en el ejercicio abusivo del poder del Estado, se configuran como infracciones internacionales de graves formas [MONTOYA, 2007]. Son concebidos como delitos que tutelan un bien jurídico institucional que protege a las garantías constitucionales –o, más amplias, a las garantías convencionales– en sí mismas, es decir, la intengibilidad de los Derechos Humanos frente al Estado. En estos delitos no se lesionan solo a la víctima individual en sus derechos fundamentales, sino a la humanidad en su conjunto [VILLAVICENCIO, 2014].

Ahora bien, son crímenes contra la humanidad los cometidos de forma generalizada y sistemática contra la población civil, por disposición o con intervención directa o indirecta de una autoridad estatal o que se realizan por su actitud tolerante. La experiencia internacional muestra que la comisión de delitos contra la humanidad ha sido una expresión frecuente de la criminalidad de Estado. En efecto, la norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, todos los cuales están debidamente predeterminados por las normas internacionales. La concurrencia de las circunstancias, a su vez, justifica su perseguitibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo, con exclusión de las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves, que por sus características

18 Conferencia de Roxin. En: <https://www.youtube.com/watch?v=DLPnGzhQf1I>.

cas constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad, y que por ello permiten la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal.

Este derecho, el Derecho Internacional Penal, frente a la gravedad de los delitos que prevé y las características de sus autores y partícipes, es menos garantista, flexibiliza las reglas de imputación y relativiza las garantías político criminal, sustantivas y procesales. Empero, es de apuntar, que se trata de una cierta reducción –mayor o menor– del sistema *status civitatis*, pero no una exclusión del *status personae*, por lo que la mentada “enemistad” no es, pues absoluta.

En esta línea, se define el delito contra la humanidad como todo atentado contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad, entre otros) cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de *facto*.

El asesinato siempre fue considerado como una forma de delito contra la humanidad. El inciso 1), del artículo 7, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, destaca lo siguiente: “A efectos del presente estatuto, se entenderá por crímenes de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. El término *asesinato* parte de dos consideraciones necesarias. La primera, que no puede identificarse este término con el artículo 108 del CP, sino con el hecho de dar muerte o causar la muerte; y, la segunda, en virtud del reconocimiento del principio de culpabilidad individual, que la conducta, comitiva u omisiva, debe ser dolosa, dolo que debe extenderse a todos los elementos del delito, básicamente saber que la muerte se incardina en un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.

La jurisprudencia internacional, entiende que el crimen contra la humanidad es de naturaleza especial, con un grado de mayor inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes; requiere que se verifique:

- i. Aspecto objetivo o material, los requisitos exigidos por los instrumentos y tribunales internacionales se han referido siempre a: A) la condición del autor corresponde a un órgano de poder estatal (órgano de poder estatal o de una organización delictiva que asume control de facto de un territorio). B) La naturaleza de la infracción se materializa en actos organizados y sistemáticos (actos organizados, y generalizados o sistemáticos). C) La oportunidad de ejecución del ilícito (situación de conflicto interno o externo). D) Calidad y situación de las víctimas (población civil e indefensión).

- ii. El aspecto subjetivo. Que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre; así como que la conducta es o será parte de un ataque generalizado sistemático en contra de la población civil en desarrollo de un plan o política. Es claro que el Derecho internacional consuetudinario no había reconocido nunca como crimen contra la humanidad cualquier comisión de un acto inhumano aislado; el acto debía ser parte de una campaña mayor de atrocidades cometidas contra civiles. En coherencia con ello se ha caracterizado al asesinato como delito contra la humanidad. No hay obstáculo para incorporar a estas consideraciones las lesiones graves, no solo porque en el caso Barrios Altos formaron parte de un mismo ataque que apunta a aniquilar a presuntos terroristas, sino porque el resultado era coherente con ese objetivo o misión.

En la jurisprudencia penal internacional el carácter sistemático de los ataques a la población civil se verifica mediante los siguientes indicadores: i) la existencia de un objetivo político o de un plan de conformidad, con el cual el ataque es cometido; o de una ideología diseñada para destruir, perseguir o debilitar a un sector de la comunidad. ii) La perpetración de un acto criminal a gran escala, contra un grupo de civiles o la reiterada y continua comisión de actos inhumanos que están vinculados entre sí. iii) La preparación de los actos con empleo significativo de recursos públicos o fiscales, sean militares o de otro tipo. iv) La vinculación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan o diseño metodológico.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Es claro que los delitos de lesa humanidad gozan de consenso en el ámbito doctrinario. Con este se alude a los atentados contra los bienes jurídicos individuales fundamentales, cometidos como parte de un ataque generalmente sistemático, realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de facto [MEINI, 2007]. En esta línea, no cabe duda de que los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva, pero sistemática, de presupuestos integrantes de grupos subversivos. Esta política fue diseñada, planificada y controlada por los más altos niveles de poder del Estado y ejecutada por agentes públicos que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; además, conforme con sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil.

Está probado que fue una decisión de Estado, ordenada o aprobada por el jefe de Estado, ejecutada por los organismos de inteligencia militar dirigidos por el SIN, y que contó con el apoyo oficial concebible, cuya finalidad era la desaparición forzada y/o ejecución arbitraria o extrajudicial de presuntos subversivos.

Referencias

- Abrão Paulo / Tarso Genro (2010). Memória Histórica, Justicia de Transição e Democracia sem Fim. En Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro, estudos sobre Brasil, Guatemala, Mocambique, Peru e Portugal (pp. 16-25), Coimbras: Anistia.
- Banalache, Julio / Zarzalejos, Jesús (2010). Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal. Madrid: La Ley.
- Donna, Edgardo (2001). Teoría del delito y la pena. Buenos Aires: Astrea.
- Espinoza, Julio (2010). La actividad probatoria en procesos por violaciones de derechos humanos: el juicio contra Alberto Fujimori. En: Quinteros, Víctor (coordinador). Judicialización de violación de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales (pp. 119-126). Lima: IDEHPUCP.
- Fernández López, Mercedes (2005). Prueba y presunción de inocencia. Madrid: Iustel.
- Huerta, Luis (2010). Notas introductorias sobre la relación entre el derecho constitucional y el derecho penal, a propósito de los procesos de judicialización de violaciones de derechos humanos. En: Quinteros, Víctor (coordinador). Judicialización de violación de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales (pp. 55-62). Lima: IDEHPUCP.
- Lerner, Salomón (2011). El informe final de la comisión de la verdad y la conciliación en la sentencia. En la transcendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori- una mirada nacional e internacional (pp. 17-26). Lima: Instituto de defensa legal.
- Méndez, Juan (2011). La trascendencia del juicio a Fujimori para la lucha contra la impunidad en el Perú y el mundo. En la transcendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori- una mirada nacional e internacional (9-16). Lima: Instituto de defensa legal.
- Montoya, Yván (2007). El derecho internacional y los delitos. En: Macedo, Francisco (coordinador). Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos (pp. 37-60). Lima: IDEHPUCP.

- Ortiz, Gisela (2011). *Lecciones de una larga lucha que llevó a la sentencia. En la transcendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori- una mirada nacional e internacional* (pp. 45-50). Lima: Instituto de defensa legal.
- Pedraza, Wilfredo (2007). *La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos*. En: Macedo, Francisco (coordinador). *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos* (pp. 141-150). Lima: IDEHPUCP.
- Quinteros, Víctor Manuel (2012). *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*. Lima. IDEHPUCP.
- Quiroz, Alfonso (2º edición) (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima Instituto de estudios peruanos.
- Roxin, Claus, (2000). *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Reátegui, Félix, *Comisiones de la Verdad y justicia transicional* (2010). En Quinteros, Víctor (coordinador), *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales* (pp. 25-42), Lima: IDEHPUCP.
- Salmón, Elizabeth (2014). *La condena de Alberto Fujimori y el Derecho internacional de los derechos humanos*. Colombia: Instituto de Estudio Constitucionales.
- Salmón, Elizabeth (2007). *El derecho internacional Humanitario y su relación con el Derecho Interno de los Estados*. Lima: Palestra.
- Rosas, Jorge (2005). *Derecho procesal penal*. Lima: Jurista Editores.
- Villavicencio, Felipe (2014). *Derecho penal. Parte Especial*. Lima: Grijley.
- Uprimmy, Rodrigo & Saffon, María (2008). *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. Anuario de Derechos humanos, pp. 165-195. Recuperado de <http://www.anuariocdh.uchile.cl>.

La viabilidad de las justicias alternativas en el proceso penal

Joaquín Missiego del Solar
Profesor Universidad de Lima

I. Introducción

La justicia penal resulta siendo el mayor parámetro de intervención por parte del Estado en los conflictos de índole social; pero lamentablemente, observamos con frecuencia que pese a que se supone que debe ser la *ultima ratio*, es usada como primera alternativa u opción para la solución de problemas, con lo que produce una innecesaria y abundante carga procesal con todas las consecuencias que ello trae.

En estos tiempos modernos que nos ha tocado vivir, para que el Estado de derecho se consolide, es imprescindible que vaya de la mano de una justicia honesta, clara y transparente, la cual sea capaz de enfocarse en los temas que le atañen o son de su competencia y; sobre todo capaz de solucionar los conflictos y no hacerlos más graves gracias a engorrosos trámites o demoras injustificadas o innecesarias.

Al respecto, la Dra. Rosalía Buenrostro Báez, quien es una persona que ha trabajado profundamente el tema vinculado a los métodos alternos para la solución de controversias en México, sostiene que: “*La transformación necesaria para lograr una verdadera renovación en el sistema de justicia penal por parte de todos los operadores, requiere de la inclusión gradual de todos los mecanismos propios de un sistema de corte*

adversarial y que en éstos se tomen en cuenta los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación¹.

Debemos comenzar por tener en claro que no se trata solo de propuestas, caminos o alternativas para la administración de justicia; sino de cómo cada uno de nosotros se encuentra dispuesto a conseguir que todo esto funcione.

Cabe preguntarnos entonces, ¿es factible recurrir a justicias alternativas en el proceso penal?, ¿servirán como una posibilidad cierta para administrar justicia?

La manera convencional de solucionar un problema de naturaleza penal implica la utilización del proceso penal y el desarrollo de sus etapa de investigación, intermedia y juzgamiento para encontrar una resolución final. Lo que se busca con las salidas alternativas es ofrecer la posibilidad de llegar a una solución final cuando se den las condiciones suficientes y necesarias, en un plazo bastante más breve que el que un proceso penal implica.

En todo este contexto, resulta de vital importancia la participación del Ministerio Público y el uso de sus facultades discrecionales.

II. Alcances de la justicia alternativa

Existe un gran consenso en la necesidad de buscar que las partes en conflicto en un proceso penal puedan llegar a una solución por ambos aceptada, en un clima que les garantice seguridad procesal y en un procedimiento distinto al tradicional.

A través de la justicia alternativa lo que se busca es encontrar y aplicar mecanismos alternativos de solución de conflictos, que permitan una pronta solución del problema sobre la base de una pronta y efectiva reparación a la víctima, sin necesidad o con una mínima intervención judicial, abreviándose en este último caso la etapa correspondiente.

En relación al tema de justicia alternativa encontramos que viene siendo trabajado con ese mismo nombre en México, donde se dieron en el año 2008 una serie de reformas de carácter federal que fueron aprobadas por el Congreso de la Unión² celebrado ese mismo año.

¹ BUENROSTRO BAEZ Rosalía. Justicia alternativa y sistema acusatorio – Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. p.VII

² Órgano depositario del Poder Legislativo mexicano a nivel federal. Es una asamblea bicameral, es decir, está compuesta por dos cámaras la de Senadores y la de Diputados.

La Dra. Yurisha Andrade Morales de nacionalidad mejicana, realizó una muy interesante investigación sobre el tema de la justicia alternativa bajo un enfoque de los derechos humanos, y definió a la justicia alternativa como todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución acordada que ponga fin a su controversia, por procedimiento de técnicas específicas aplicadas por especialistas. Sostiene además; que las resoluciones que se obtengan al término del ejercicio de la justicia alternativa serán irrecuperables y adquirirán la condición de cosa juzgada, con ello se crean obligaciones para las partes que hayan acudido a estos medios.

Siguiendo con los aportes al tema de la Dra. Morales Andrade al tema, recoge ideas más que interesantes de mucha utilidad para entender el porqué de la necesidad de la justicia alternativa, refiere que el eje fundamental de la reforma judicial en México, es la justicia alternativa, para con ello impedir que los asuntos menores lleguen a juicio y lograr que el sistema se dedique a los delitos realmente graves como son el crimen organizado y narcotráfico. Con ello, también se obtiene la posibilidad de desburocratizar el sistema de administración de justicia.

Así por ejemplo podemos encontrar que en el Estado de Morelos, existe desde el año 2008 una ley especial dedicada expresamente a la justicia alternativa, cuyo nombre precisamente es “Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos” y cuya finalidad, es el poder regular los medios alternos de solución de conflictos en materia penal, tales como la mediación, conciliación y negociación. La norma es viable en la medida en que los conflictos a los que se hace referencia hayan lesionado bienes jurídicos sobre los cuales las personas puedan disponer con libertad, en la medida que no se afecte el orden público. Regula una serie de conceptos, tales como:

- a. Medios alternos
- b. Principio de justicia restaurativa
- c. Resultado restaurativo
- d. Conciliación
- e. Mediación
- f. Negociación

Ese mismo año el 2008, entra en vigencia la Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo – México, cuyo objetivo era el fomentar y regular los medios alternativos de solución de conflictos, así como los principios del procedimiento para su aplicación. Poniendo especial énfasis en que la solución de conflictos deberá recaer en derechos de los cuales los interesados puedan disponer libre-

mente, sin afectar el orden público. La norma define un grupo de términos entre los que destacan:

- a. Mediación
- b. Mediador. En este caso en mediador-conciliador, mediador-conciliador privado, mediador indígena, co-mediación
- c. Conciliación

Un par de años atrás en el 2006 se promulgó también en México, la “Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua”, en ella también se definía una serie de conceptos que permitirían un mejor entender de la norma, resaltando entre ellos los siguientes conceptos:

- a. Principio de justicia restaurativa
- b. Resultado restaurativo
- c. Mediación
- d. Conciliación
- e. Juntas de facilitación
- f. Director
- g. Personal especializado

Se puede apreciar que existen en los tres casos tomados como muestra, coincidencia en relación con la presencia de conceptos que se consideran de suma importancia para poder ubicarse en el contexto de lo que viene a ser la justicia alternativa. De ellos tomamos en líneas generales la negociación, conciliación y mediación como aspectos principales a desarrollar a continuación.

III. Pasos para la viabilidad de la aplicación de una justicia alternativa

El camino para la aplicación de una justicia alternativa tiene básicamente tres elementos principales:

- a. Negociación
- b. Mediación
- c. Conciliación

La negociación. Es entendida como un método restaurativo que consiste en que las partes en conflicto buscan una salida a la controversia, con la participación y ayuda de un tercero, en donde la solución al conflicto recae directamente sobre

aspectos de índole económica. La intención es llegar a un acuerdo reparatorio mediante la intervención de un negociador, quien ofrecerá a las partes alternativas económicas de solución garantizando la reparación total del daño producido y las circunstancias especiales que pudieran darse.

La negociación presenta la gran ventaja de dejar a las partes el control del proceso y su solución³. Debe ser entendida como una forma alternativa para poder solucionar controversias, en la cual se da una serie de etapas a lo largo de ella donde las partes han de ser capaces de preparar y planificar la negociación a fin de acercar las diferencias existentes entre ambas y de tal forma llegar a un cierre óptimo de la negociación.

La negociación por tanto, involucra un complejo proceso, cuyo aspecto positivo implica que las partes encuentren una respuesta satisfactoria a sus necesidades e intereses.

La mediación. Se trata de una técnica que facilita la comunicación de las partes en conflicto, con el propósito que lleguen por sí mismos a una solución que ponga fin a la controversia.

Se le considera un método alternativo de resolución de conflictos en el que las partes, con el auxilio de un tercero imparcial, logran establecer un nexo a fin de llegar a un acuerdo amistoso.

La mediación es un instrumento muy usado fuera del ámbito penal y comienza a mostrarse como un interesante método para llegar a acuerdos satisfactorios entre las partes. Recordemos que desde hace varias décadas viene siendo utilizada en la vía laboral en el tema de las negociaciones colectivas entre empleadores y sindicatos. La mediación puede inclusive terminar en un arbitraje, opción no aplicable en el ámbito penal en la medida que el Estado considera los delitos como conductas que deben ser conocidas, analizadas, valoradas y sancionadas de ser el caso por la administración pública.

Se señala que la mediación es la más importante de las respuestas autocompositivas a los conflictos, independientemente el tipo de contienda de la que se trate, desde extremos que parten de lo familiar y llegan inclusive a niveles internacionales.

³ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto. Justicia alternativa. Instituto de Economía de Libre Mercado. Lima, 1993, p.90

Sostenía Howard Raifa⁴ que el mediador puede colaborar con las partes de varias maneras, como por ejemplo estableciendo un ambiente constructivo, dirigiendo el debate para que este se desarrolle en el marco de reglas claras, actuando de manera neutral en la discusión, proponiendo procesos de negociación, analizando la documentación a efectos de determinar si existe o no un potencial terreno para llegar a un acuerdo, entre otros.

La conciliación. Se constituye como un método en el que interviene también un tercero neutral, imparcial, propone alternativas de solución al mismo, siendo potestad de las partes el tomar la decisión que más coincida con sus intereses o pretensiones. Es decir, se trata de una negociación apoyada por un tercero quien acompaña a las partes intervenientes y propone fórmulas de solución que serán analizadas por las partes, quienes finalmente optaran por lo que consideren una mejor decisión.

La Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social del Estado de México, define a la conciliación como “El proceso en el que uno o más conciliadores, asisten a los interesados, facilitándoles el dialogo y proponiendo soluciones legales, equitativas y justas al conflicto”.

En el Estado de Baja California, la conciliación es definida como “un procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, logran solucionarla, a través de la comunicación dirigida, mediante recomendaciones y sugerencias de solución facilitadas”.

En la ley sobre Justicia Alternativa del Estado de Hidalgo – México se le define como “un procedimiento en el cual un mediador después de intentar la solución vía mediación, ayuda a los interesados en su conflicto, a efectos de facilitar las vías de diálogo, proponiendo alternativas de solución al conflicto”.

Como se puede observar, existe coincidencia en el rol de la mediación como etapa importante en la búsqueda de encontrar a satisfacción de las partes una salida alternativa que evite un largo y engorroso proceso, en el cual los plazos para encontrar una respuesta definitiva al conflicto se encuentran bastante lejanos.

Ahora bien, cabe mencionar que si bien es cierto conciliar de manera definitiva constituye un acto voluntario y por decisión de las partes, en el Perú existe por ejemplo en materia civil, la obligatoriedad de tentar el acercamiento de las partes antes de plantear su conflicto ante el órgano jurisdiccional, a través de la llamada

4 RAIFFA, Howard. El arte de la ciencia y la negociación, citado por BUSTAMANTE BELAUNDE ALBERTO, Op. Cit., p.91

conciliación obligatoria. En el ámbito penal, los fiscales proponen a las partes la posibilidad, si la ley lo permite, de aplicar el principio de oportunidad como una opción de solución de controversia a efectos de evitar de tal forma el ejercicio de la acción penal.

IV. La justicia restaurativa

Se sostiene que “la justicia restaurativa aparece como una etapa evolutiva del sistema de justicia penal, tanto en el ámbito sustantivo como en el adjetivo, siendo en este contexto que nos encontramos ante un sistema que, si bien prioriza a la víctima directa o indirecta del delito, también se ocupa del delincuente, haciendo lo propio con la comunidad próxima y, en su caso, con las instituciones que integran el sistema de seguridad pública en todas sus etapas; es decir, desde la prevención del delito hasta la ejecución de las penas y medidas de seguridad”⁵.

La justicia restaurativa se ha inspirado en diversas formas de justicia de pueblos y culturas de países como Canadá, Nueva Zelanda o Australia. Se señala su origen en la decisión de un juez de Kitchener (Ontario, Canadá) que en 1979 promovió entre unos jóvenes acusados de vandalismo y los dueños de las propiedades afectadas a fin de reparar el daño ocasionado⁶. Se señala además, que la justicia restaurativa se centra en las consecuencias que el delito ha supuesto para una persona y la necesidad de repararlo, buscando no solo la reparación material, sino además y lo consideran muy importante, la restauración de los lazos comunitarios; es decir, entre la víctima, el agresor y la comunidad.

Lo que se sostiene es que el principal afectado del delito es el ser humano, la víctima, y no la norma; por ello debe mostrarse especial preocupación en que la víctima sea atendida, restituida a la brevedad. A su vez; la reintegración del ofensor a la sociedad constituye también un elemento de interés y preocupación importante. Por ello, la comisión de un delito implica una fractura de las relaciones entre las personas, lo cual es algo más importante que una vulneración a la ley, lográndose de tal manera que la respuesta reparadora frente a un acto lícito implique una mínima coerción y la restitución además de las relaciones humanas.

La justicia restaurativa a mención del Dr. Álvaro Márquez Cárdenas, docente de la Universidad Militar de Nueva Granada, “es una nueva manera de considerar a

5 BUENROSTRO, Op. Cit., p134

6 VÁSQUEZ BERMEJO, Óscar en www.justiciarestaurativa.org

la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño a las personas y a las relaciones, más que castigar a los delincuentes. Este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado, parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes con las víctimas”⁷.

Sobre el tema la Dra. Alejandra Mera Gonzales – Ballesteros, profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile, señala que desde: “hace más de tres décadas que se han venido implementando en diversas jurisdicciones programas de justicia restaurativa en el ámbito de la justicia penal, especialmente en los sistemas de justicia penal juvenil, ofreciendo una alternativa de resolución orientada a la restauración, desjudicialización y el diálogo entre los directamente involucrados en el conflicto. Este vertiginoso desarrollo ha precedido generalmente a la regulación legal y al debate sobre estándares y garantías procesales que deben orientar estos programas. Sin embargo, a medida que los programas de justicia restaurativa han ganado terreno y se han propuesto como mecanismos de resolución de casos de mayor gravedad y de criminalidad adulta, la necesidad de establecer estándares legales se ha hecho urgente. Hasta ahora a nivel comparado, no existe acuerdo sobre la necesidad o el contenido de las garantías procesales aplicables a los programas de justicia restaurativa”⁸.

La opinión precedente nos parece de vital importancia y tomándola como punto de partida, se plasmará más adelante en el presente artículo, la necesidad de tener presente que las garantías de un debido proceso no deben estar ajenas cuando se hable de salidas alternativas.

Las salidas alternas, sostiene el Dr. Juan Hurtado Poma en su obra “Los acuerdos reparatorios y la justicia restaurativa en el Nuevo Código Procesal Penal”, están llevando al sistema a una concepción restaurativa de justicia, a proponer restaurar la armonía social, a recomponer los lazos humanos y sociales rotos, en vez de castigar y provocar nuevas rupturas, y aspiran a superar el paradigma retributivo con un afán por mirar más hacia el futuro que hacia el pasado”⁹.

A manera de referencia podemos señalar que en el Perú, el Programa de Justicia Juvenil Restaurativa tiene como objetivos principales que los menores reparen el

⁷ MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro en www.redalyc.org

⁸ MERA GONZALES – BALLESTEROS, Alejandra en www.scielo.cl

⁹ HURTADO POMA, Juan. Los acuerdos reparatorios y la justicia restaurativa en el Nuevo Código Procesal Penal. Editora y Librería Jurídica Grijley. 2011. p.97

daño ocasionado a terceras personas y puedan reintegrarse a la sociedad sin volver a delinquir.

V. La justicia retributiva

La justicia retributiva se cimenta en responder al ofensor de la misma forma que ha ofendido; es decir “ojo por ojo, diente por diente”. Es decir, la pena debe responder de manera proporcional y equivalente al daño producido.

Se fundamenta en dar un mal por otro mal, en retribuir al delincuente con una sanción, con un castigo; es decir con la imposición de una pena, que implica la privación del bien jurídico más importante luego de la vida: la libertad. Como se ha señalado, se impone una pena proporcional al daño causado, daño que se entiende ofende no solo a la víctima, sino a la sociedad en su conjunto. Se le retribuye el mal con otro mal. El delito se trasforma en una problema entre el delincuente y el Estado.

Este tipo de justicia responde a los alcances y lineamientos que pueden surgir sobre la base de la aplicación de un sistema de corte inquisitivo. Constituye la forma clásica de aplicación de justicia que estuvo operando hasta cuando surgieron las ideas innovadoras, más humanas, donde el ser humano comenzó a ser visto como el afectado real del delito y no la norma.

VI. Las salidas alternativas y el respeto al debido proceso

Durante la presentación de los conceptos de diversos autores sobre el tema materia de análisis, se hizo referencia a que la opinión de la Dra. Alejandra Mera Gonzales-Ballesteros traía consigo un mensaje muy importante en función al respeto a las garantías que debían darse en la aplicación de las propuestas alternativas que pudieran presentarse para la administración de justicia.

Respetar el debido proceso implica respetar las formas, ello quiere decir que hay que ser ordenados en el procedimiento. Nótese que la justicia restaurativa viene de la mano de un sistema acusatorio, el cual a su vez trae nociones de carácter adversarial y garantista.

Ahora bien, para aplicar una salida alternativa es necesario tener la certeza y convicción total de la responsabilidad de la persona cuestionada. Puede resultar muy peligroso caer en un facilismo orientado a aplicar criterios de oportunidad

que permitan el archivo de la controversia, sin tener en claro la existencia de responsabilidad. Para ello el sistema debe estar preparado para poder actuar adecuadamente.

Si una persona sabe que en un promedio de dos o tres años con todo lo que ello significa, podrá ser absuelto en un proceso, es probable que por un tema de costo beneficio o control de daños, opte por una salida rápida en un tema menor y se ahorre tiempo, abogados y todo lo que acarrea un proceso. Se debe desterrar el criterio “más vale un mal acuerdo que un buen juicio”, pero ello depende de la forma en que actúen los operadores de justicia y los propios abogados.

En un proceso regular, los jueces necesitan de las pruebas que las partes aportan al proceso, se nutren de ellas, las cuales una vez actuadas y valoradas en juicio les permiten expresar su decisión final. Es en ese momento, cuando se produce una condena, y una vez firme y consentida la sentencia, que la presunción de inocencia desaparece. Sin embargo, la actuación de medios probatorios bajo el imperio de una mentalidad inquisitiva pierde su esencia por completo; por ello, resulta de vital importancia que los procedimientos para la incorporación de pruebas al proceso se respeten, que la valoración a realizar por el juez no se vea manchada a raíz de la obtención de pruebas fraudulentas o sin el respeto a las garantías en las cuales simplemente el fin justifique los medios.

Una de las principales garantías que teóricamente tiene una persona es la llamada presunción de inocencia. Es común escuchar que cuando se invocan las garantías propias de un debido proceso, una de las primeras referencias que se haga parte en función a la presunción de inocencia, exponiéndose al respecto una frase, que todos entendemos, pero que tiene una connotación más social que jurídica: “toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

Abarcar la presunción de inocencia dentro de sus verdaderos alcances, utilizando la frase “toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario” resulta insuficiente para lo que representa el respeto a las mínimas garantías que debe contener cualquier proceso. Por el contrario; señalar que “toda persona es considerada inocente hasta que judicialmente no exista una declaración que declare lo contrario”, nos acerca mucho más a los alcances del principio en mención.

En efecto; una declaración judicial como la exigida, constituye una resolución que pone fin a un proceso en el cual han existido actos de investigación y juzgamiento, que han generado en el juzgador el convencimiento o no de la existencia de responsabilidad penal en la persona que ha sido materia de proceso. Dichos actos de investigación, tienen por finalidad la obtención, recojo, acopio de pruebas; y, los de juzgamiento a la actuación y valoración de las mismas.

La garantía de un debido proceso es fruto del avance del concepto y respeto a los derechos humanos, entendidos “como los derechos fundamentales, inherentes, que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad”¹⁰.

En el proceso no sólo es necesario probar la historia, la noticia, los hechos; sino que además esos hechos se encuadren dentro de lo que es una figura típica, que sea antijurídica y que además el sujeto imputado sea una persona con la capacidad penal suficiente que le permita ser considerado como imputable penalmente hablando.

Se exige además que quien afirma algo lo pruebe; es decir la carga de la prueba corresponde a quien imputa la comisión de algún hecho delictivo. Aunque en algunos casos en particular, se observa alguna forma de inversión en la misma. Se debe determinar qué se pretende probar; es decir, definir la hipótesis del caso y que las pruebas actuadas sean pertinentes con los hechos materia de investigación; además de ello, cómo se va a probar, de qué forma, en otras palabras, el procedimiento para la incorporación de las pruebas al proceso y su posterior valoración

Como se puede apreciar hay una serie de exigencias y filtros que conllevan a la protección de la sentencia, en el sentido que no pueda ser objetada por algún vicio al momento de la incorporación, actuación o valoración de la prueba dentro del proceso; con ello, ser podría obtener un anhelo por todos buscado: la seguridad jurídica, “el concepto seguridad, que proviene del latín *secur-tas-atis*, significa cualidad de seguro o la certeza del conocimiento seguro y claro de algo. En lo jurídico es la cualidad del ordenamiento jurídico y de seguridad jurídica como mejor garantía para la convivencia humana. Si se expresa el término seguridad, adjetivado de jurídica, es porque se halla generado por el derecho y su positividad”¹¹.

En tal sentido, todas esas exigencias, todos esos parámetros han de respetarse en el uso de salidas alternativas, se debe cumplir con las mismas exigencias que devienen del debido proceso.

Cuando se estudia la parte general del derecho penal una de las primeras nociones que recibimos es que en el mismo se determinan cuáles son los supuestos de hecho que de acuerdo a ley penal se consideran como conductas prohibidas, estableciéndose a la vez la consecuencia jurídica o sanción penal de éstas.

10 FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Manual de derecho público – Derecho Constitucional. Editorial IB de F, Montevideo – Buenos Aires, p. 315

11 GONZÁLES LINARES, Nerio. El derecho y la seguridad jurídica - Constitución, Ley y Proceso. ARA Editores, Lima, 2013, p.79

Los autores coinciden en señalar que entre el momento que se produzca la violación de la norma y se realiza la aplicación de la sanción, existe todo un camino a recorrer: el proceso penal.

Las salidas alternativas lo que nos ofrecen es la posibilidad de llegar a una solución armoniosa y conveniente para las partes sin estar sujetos a todo el desarrollo de las etapas que un proceso penal conlleva.

Hablar de definiciones del Proceso penal es entrar en un campo donde podemos encontrar respuestas tales como:

- El proceso Penal no es sino un conjunto de actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de la realización de un delito, estableciendo la identidad y el grado de participación de los presuntos responsables.
- El proceso es una sucesión de actos establecidos por el Estado para determinar en cada supuesto concreto la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal, aplicando las normas de derecho penal (Fernando Gómez Liaño – El proceso penal).
- Es el conjunto de actos previos (instrucción y juzgamiento) a la aplicación de una sanción, siempre y cuando el sujeto sea hallado responsable de la comisión de un delito.
- La palabra proceso viene de la voz latina “procedere”, que significa avanzar en un camino hacia determinado fin.
- El Proceso Penal es el camino a recorrer entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción.

Es entonces que el medio legal para la aplicación de la ley penal se encuentra en el derecho procesal penal, el cual se conforma sobre la base de un conjunto de actos llevados a cabo por la autoridad judicial, destinados a establecer si se ha cometido un delito y precisar quién es su autor a fin de aplicarle la sanción que corresponda.

La facultad coercitiva del Estado se ejerce a través del derecho penal, del derecho procesal penal y del derecho de ejecución penal. El Dr. Alberto Binder¹² sostiene que: “... dichas ramas del Derecho son parte del Sistema de Justicia Penal, el cual es un conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal. Este sistema se asienta sobre la trilogía, norma, proceso y sanción”.

12 El Dr. Alberto Binder, argentino, procesalista, experto en sistemas judiciales, miembro entre otras instituciones del consejo asesor del Inecip – Argentina (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales). <http://www.inecip.org/>

Por medio del proceso penal:

- Se protege a los individuos frente a otros individuos, evitándose que se ejerza justicia por propia mano.
- Protege a los individuos frente a las autoridades, evitando arbitrariedades.
- Se crean jueces distintos a quienes ejercen el gobierno.

La implementación de sistemas alternativos de justicia mantiene las mismas características antes anotadas, pero busca mejorar el sistema en el sentido de una justicia que se materialice en la realidad. Recordemos que justicia que tarda no es justicia, ni para la víctima, ni para el delincuente o presunto delincuente de ser el caso.

Ahora bien, hasta qué punto es viable la implementación de salidas alternativas en el proceso penal. La pregunta resulta siendo imperativa en razón que si vamos a proponer un modelo de justicia restaurativa en el cual el ser humano, víctima y delincuente, pasa a ser objeto de protección principal, debemos erradicar aquellos prejuicios propios del sistema inquisitivo donde la simple mención o sospecha implica la condición de delincuente.

VII. Principio de oportunidad y acuerdos reparatorios

El principio de oportunidad constituye una facultad que ha sido conferida al Ministerio Público mediante la cual, tiene la posibilidad de abstenerse del ejercicio de la acción penal cuando se trate de delitos de escasa gravedad o ausencia de importancia o trascendencia para la sociedad.

El Dr. César San Martín Castro sostiene que: “la regla general de nuestro sistema procesal penal es el principio de legalidad: corresponde al Ministerio Público instar obligatoriamente la acción de la justicia penal cuando tenga conocimiento de la perpetración de algún delito y existan mínimos fundamentos racionales de su comisión. Sin embargo, paralelamente y como excepción puntual a su ejercicio, la ley en determinados supuestos taxativamente reconocidos faculta al Fiscal a abstenerse de promover la acción penal o a provocar el sobreseimiento de la causa si el procedimiento ya se ha instaurado”.

En lo que refiere a los acuerdos reparatorios, se señala que los mismos buscan un pacto entre imputado y víctima a efectos de que esta última sea reparada de las consecuencias del delito. Puede ser a iniciativa de las partes que llegan a una solución consensuada o por sugerencia del fiscal. Se trata de un modo alternativo a través del cual se pueden resolver los conflictos de orden penal que pudieran

resultar como disponibles. Como su nombre lo indica, reparar es arreglar y eso es lo que se busca reparar o arreglar (en la medida de lo posible) el daño causado.

VII. Viabilidad de las justicias alternativas

La aplicación de salidas alternativas en los procesos penales, constituye un paso más que importante en la viabilidad de justicias alternativas dentro de un esquema de naturaleza penal.

Es evidente que la monopolización del Estado en la administración de justicia penal no va a cambiar en los próximos años, pero sí encontraremos un Estado propenso y dispuesto a aceptar mecanismos de solución de conflictos de naturaleza penal, ajenos al convencional trámite que implica un recorrido por todas las fases del proceso.

Como ejemplo podemos citar el caso del Perú donde la aplicación de salidas alternativas en el proceso con ocasión del Nuevo Código Procesal Penal, de acuerdo a lo señalado por el Ministerio de Justicia ha traído consigo, como aspectos positivos, la reducción del tiempo de duración de los procesos, un mayor nivel de atención de los casos, mejor nivel de descarga procesal lo que muestra que las salidas alternativas y mecanismos de descongestión vienen aplicándose aceptablemente, incidencia en la disminución de los internos procesados, siempre dentro de un marco de respeto del debido proceso y los derechos humanos.

Queda sin embargo un largo camino por recorrer. En realidades como las nuestras con una diversidad de costumbres, tradiciones, formas de vida; ¿es posible aplicar un sistema de justicia común, sin tener en cuenta las normas de convivencia de comunidades alejadas o no contactadas con el mundo occidental?

Referencias

BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto. Justicia alternativa. Instituto de Economía de Libre Mercado - Lima

CARNELUTTI, Francesco. ¿Cómo se hace un proceso? – Clásico Jurídicos (Traducción Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redín). Editorial Juris, Rosario.

DAVIS ECHEANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal, Tomo I. Editorial Temas S.A. – Pontifica Universidad Javeriana. Bogotá, 2012

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios constitucionales, ARA Editores, Lima.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Manual de derecho público – Derecho Constitucional. Editorial IB de F Montevideo – Buenos Aires.

GONZÁLES LINARES, Nerio. Constitución, ley y proceso. ARA Editores, Lima.

HURTADO POMA, Juan. Los acuerdos reparatorios y justicia restaurativa en el Nuevo Código Procesal Penal. Editora Jurídica Grijley - Lima.

LORCA NAVARRETE, Antonio. El denominado proceso justo - Constitución, Ley y Proceso. ARA Editores, Lima.

Otras fuentes de internet consultadas

<http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Justicia-alternativa-y-el-sistema-acusatorio.-Buenrostro-Baez-Pesqueira-Leal-Soto-Lamadrid.pdf>

<http://www.justiciarestaurativa.org/news/bfque-es-la-justicia-juvenil-restaurativa>

<http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-programa-justicia-juvenil-restaurativa-atendio-a-casi-1200-menores-infractores-445083.aspx>

<http://base.d-p-h.info/es/fiches/premierdph/fiche-premierdph-732.html>

<http://www.pgjebc.gob.mx/sistema-estatal-de-justicia-alternativa>

<http://www.estudiantesdedoxa.com/2012/03/justicia-alternativa.html>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2806/7.pdf>

<http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Provictima/1LEGISLACI%C3%93N/2Estatal/Morelos/alternativa.pdf>

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Chihuahua/wo22547.pdf>

http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/mediacion_penal.pdf

<http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/hidalgo/ley-de-justicia-alternativa-para-el-estado-de-hidalgo.pdf>

<http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/08/Revista-Mediacion-11-02.pdf>

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000200006

<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602012.pdf>

Justicias alternativas e injusticias alternas: crítica de la justicia ordinaria en períodos de transición

Enán Arrieta Burgos¹

Resumen

La justicia transicional se ha considerado, generalmente, como un tipo de justicia especial y alternativa. Conviene replantear esta idea y migrar hacia una comprensión de la justicia transicional como una expresión de la justicia ordinaria en períodos de transición. Ésta se ofrece así como una respuesta a las “injusticias alternas”, de carácter ético-político e institucional, que reproducen el conflicto armado interno en Colombia. Ante una excepción generalizada (injusticias alternas) es preciso ratificar la regla general de justicia ordinaria. ¿En qué medida ello es posible y legítimo? Se trata, en últimas, de esbozar las condiciones de posibilidad y los límites de validez de la justicia ordinaria en períodos de transición para hacerle frente a estas injusticias alternas.

Palabras clave: Justicia transicional. Justicia ordinaria en períodos de transición. Injusticias alternas. Conflicto armado. Derecho. Colombia.

Abstract

Transitional justice has been generally considered as a special and alternative kind of justice. It is important to rethink this idea and

¹ Abogado con estudios en Filosofía, especialista en Derecho Procesal y estudiante del Doctorado en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), adscrito al Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de esta misma Universidad. Este escrito es resultado del proyecto de investigación “Perspectivas y retos del derecho penal y procesal penal en la sociedad contemporánea”, aprobado y financiado por el Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación (CIDI), UPB.

migrate towards understanding transitional justice as an expression of ordinary justice in periods of transition. Transitional justice is a response to the social and institutional “alternative injustices” that reproduce the internal armed conflict in Colombia. Before a generalized exception (alternative injustices) the general rule of ordinary justice must be ratified. How is that possible and legitimate? It is about outlining the possibilities and the limits that ordinary justice has in Colombia in periods of transition in order to face those alternative injustices.

Keywords: Transitional justice. Ordinary justice in periods of transition. Alternative injustices. Armed conflict. Law. Colombia.

Introducción

El discurso legalista de la “justicia transicional” se ha instalado en Colombia. El artículo 66 transitorio de la Constitución Política, introducido mediante el Acto Legislativo 01 de 2012, da cuenta de esta realidad que es posible rastrear, al menos, desde la Ley 975 de 2005. La justicia transicional se ofrece así, desde una concepción simplista y equivocada, como una alternativa a los mecanismos retributivos de justicia ordinaria. Con su implementación se pretende la terminación del conflicto armado interno y la consecución de una paz estable y duradera, garantizando, en la mayor medida de lo posible, los derechos de los sobrevivientes del conflicto armado a la verdad, justicia y reparación, con garantías de no repetición para estos y la sociedad en su conjunto.

Desde cierta perspectiva, la justicia transicional pretende dar respuesta a las injusticias alternas asociadas al conflicto armado interno. Estas injusticias, en tanto tales, son alternas a la justicia. En este sentido, aprovechando la doble connotación ético-política y jurídico-institucional de la justicia (Valencia Villa, 2006, p. 187), es posible sostener que las injusticias alternas pueden ser leídas como dos fenómenos complementarios. De una parte, si se entiende por justicia “la primera virtud de las instituciones sociales” (Rawls, 1995, p. 17), las injusticias alternas, desde un horizonte ético-político, agrupan los compromisos deficitarios en la construcción de una ciudadanía que, por mor de la inequidad, nunca se ha consolidado en Colombia. De otro lado, desde una concepción jurídico-institucional, si se entiende que la justicia es el servicio público a cargo del Estado para la composición de litigios, en términos estrictos, la potestad y el oficio judicial (Carnelutti, 1973, p. 194), las injusticias alternas son aquellas expresiones de regulación y composición de lo social que ejercen los grupos armados organizados al margen de la ley (en adelante GAOML) en aquellas zonas bajo su control político, social y territorial, en donde, ante la ausencia del Estado, son estas estructuras ilegales las que se abrogan una especie de potestad de venganza para resolver los

problemas comunitarios. Tanto en un caso como en otro, las injusticias alternas han alimentado en su nacimiento y prolongación al conflicto armado interno en nuestro país.

Con este panorama, conviene preguntarse, antes que nada, por los presupuestos teóricos de la justicia transicional como *alternativa de justicia* para hacerle frente a las injusticias alternas. A renglón seguido, es preciso criticar (Kant, 2007, p. 87), esto es, indagar cuáles son las condiciones de posibilidad y legitimidad de una empresa de este tipo en el marco del contexto actual, para concluir delimitando un alcance restringido de la justicia transicional como forma de justicia justa que se diferencie, precisamente, de las injusticias alternas.

En este orden de ideas, en un primer lugar se abordará la dicotomía entre derecho y violencia en clave de la legitimidad que le otorga la justicia a la violencia legítima expresada en el derecho (núm. 1). Posteriormente, luego de explicar el concepto de justicia ordinaria en períodos de transición, defenderé, a título de hipótesis, que resulta equivocado asumir la justicia transicional como forma transicional, alternativa y especial de justicia (núm. 2). De esta manera, el camino quedará abonado para entender por qué la justicia ordinaria en períodos de transición debe ser leída como una respuesta a las injusticias alternas de carácter ético-político (social) e institucional en Colombia (núm. 3). Desde un enfoque crítico, me ocuparé de analizar las posibilidades y los límites de la justicia transicional como alternativa de respuesta a las injusticias alternas (núm. 4). Así, a manera de conclusión y volviendo al punto inicial de la dicotomía entre derecho y violencia, problematizaré el componente de justicia de la justicia ordinaria en períodos de transición como fundamento de distinción de las injusticias alternas (núm. 5).

1. Derecho y violencia

Que el derecho sea una expresión *legítima* de la violencia no es ninguna novedad (Weber, 1979, p. 84)². Es la existencia de un cuadro coactivo y la probabilidad de coacción lo que caracteriza al derecho (Weber, 1964, p. 28). El problema que concierne a la relación entre derecho y violencia se traslada a la pregunta sobre la legitimidad de la violencia jurídica agenciada por el Estado –no necesariamente por el aparato judicial-. Así, la relación entre derecho y violencia puede ser

² En Weber el fundamento de la legitimidad, en su estado ideal puro, puede ser de carácter carismático, tradicional o racional (Weber, 1964, pp. 27, 172).

planteada, en términos dicotómicos, conforme a la diferencia entre *violencia legítima* y *violencia ilegítima*³.

Sostiene Cornelutti que “el derecho nace para que muera la guerra” (Cornelutti, 1997, p. 11). Podría decirse que, siendo el proceso un instrumento para el derecho (Cornelutti, 1971, p. 36), éste surge, de igual modo, como instrumento para posibilitar la muerte de la guerra. El derecho, en su concepción más habitual, se concibe así como una alternativa legítima en contra de la violencia ilegítima.

Si quisieramos ir al fondo del asunto, esta dicotomía sólo se explica en un forma de gubernamentalidad que es posible definir con el rótulo de “monarquía jurídica” (Foucault, 2011, pp. 84 - 85). Todavía hoy, la monarquía jurídica traza el itinerario del poder en nuestro país. En este sentido, en un sistema político donde la soberanía se alimenta a partir de la constitución de un enemigo interno (Foucault, 2007, p. 86), la ley y la violencia continúan codificando y representando los ejercicios de poder y de resistencia. De esta manera, se explicó fácilmente por qué en el centro del poder político y judicial de la capital colombiana se lee: “*Colombianos, las armas os han dado la independencia, las leyes os darán la libertad*”. Es el frontispicio del Palacio de Justicia, que recoge la consigna expresada por el general Francisco de Paula Santander al promulgar la Constitución de Cúcuta de 1821, acto fundacional de la Gran Colombia.

Inscritos en estas categorías disyuntivas, conviene cuestionar, en primer lugar, si el derecho en Colombia ha surgido para acabar con la guerra –como diría Cornelutti- y, en segunda instancia, si el derecho goza de la legitimidad de la cual carecen quienes hacen la guerra. Problematicar la relación dicotómica entre violencia legítima y violencia ilegítima es de sumo interés como quiera que cualquier conceptualización de la justicia se encuentra signada por ella. Trataré de sostener, como hipótesis inicial, que, contrario a la opinión de Cornelutti, el derecho en Colombia, al menos el derecho ordinario, no sólo no ha conseguido la muerte de la guerra sino que, más bien, la ha reproducido. Sólo una justicia transicional *justa* posibilitaría la muerte de la guerra.

En un “país de leyes”, ¿cómo ha sobrevivido un conflicto armado tan intenso y extenso? En un país hiperlegislado, con abundante presencia de lo jurídico, quizás sea preciso reconocer, parafraseando al General Santander, que *las armas os han dado las leyes –en la independencia- y las leyes os han dado más armas –con el*

3 Un análisis de la justicia transicional, en clave de la relación entre derecho y violencia, puede consultarse en: (Aponte, 2008, pp. 412 - 418). En otro lugar he analizado, desde la perspectiva filosófica de Jean-Paul Sartre, la crisis de la noción de derecho en relación con la violencia: (Arrieta Burgos, 2015a).

conflicto armado interno. Desde el nacimiento como república hasta nuestros días, el derecho se ha ejercido como un tipo de violencia estructural en contra de determinados grupos poblacionales. No se puede despreciar el rol del sistema político bipartidista, licenciado por el derecho, en la gestación de la violencia (Pécaut, 2015, p. 606). Aun cuando Colombia se presume de ser la democracia más antigua de América Latina, y si bien el poder político se ha deslindado formalmente del aparato militar, no parece descabellado afirmar que vivimos en un país de armas (Gallón Giraldo, 1983) o, más bien, en un país de leyes en armas. En cierto sentido, en nuestro país “la guerra ha sido y es fuente de derecho” (Cote-Barco, 2010, p. 129).

El uso desmesurado de los estados de excepción por parte del poder ejecutivo en Colombia, durante la segunda mitad del siglo XX, puso de presente una realidad: el Estado de Derecho había caído rehén de la guerra (Iturralde, 2003, p. 42)⁴. Como forma de reacción, nuestra legislación represiva se inspiró en una suerte de derecho penal del enemigo interno (Aponte, Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal en Colombia, 1999), que todavía alienta en ella. El Estatuto de Seguridad Nacional de Turbay Ayala, Decreto Legislativo 1923 de 1978, fue un fiel reflejo de esta inspiración (De Zubiría Samper, 2015, p. 235). Pero no sólo la represión punitiva, sino, también, el relajamiento de los límites constitucionales en el monopolio de la fuerza alimentaron la vorágine de violencia. En este sentido, el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, Decreto 356 de 1994, que instituyó las CONVIVIR, ratifica que el derecho, lejos de acabar con la guerra, ha supuesto su continuación. Esta continuación jurídica de la guerra ha tenido lugar en la misma medida en que el derecho se ha comportado como un reflejo del conflicto. Surge así una relación especular entre derecho y conflicto. El plan pistola implementado por las estructuras criminales, desde el cartel de Pablo Escobar hasta la guerrilla de las FARC, no se diferencia, en su raíz, de la política premial consignada en la Directiva Ministerial 29 de 2005, mediante la cual se pagaba recompensa de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes a los miembros de la fuerza pública por cada muerte de guerrillero raso. Hoy sabemos que la interpretación equivocada del citado acto administrativo o, más bien, la conducta desviada que de ella se siguió, trajo consigo la ejecución extrajudicial de más de 4500 personas inocentes que fueron reportadas como dadas de baja en combate (Revista Semana, 2015). No fueron simples casos aislados, pues consistió en un patrón generalizado de criminalidad en el interior de la fuerza pública que, sin embargo, no puede ser calificado con el rótulo de política de Estado (Alston & ONU, 2010, p. 9).

4 Sin embargo, no se trata de afirmar, sin más, que el Estado haya sido víctima de la violencia. Habría que cuestionar, incluso, si no se sirvió de ella para autolegitimarse y expandirse diferenciadamente.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que el conflicto armado interno no existe en contra de todo pronóstico jurídico, sino, más bien, gracias a tanto de recho incumplido. Pero no sólo el derecho incumplido, sino también quienes han divinizado la norma y olvidado la realidad, son en algún grado responsables por la violencia que aún persiste en Colombia (Umaña Luna, 2010, p. 340)⁵. En otras palabras, el conflicto armado no existe por exceso de justicia, sino, más bien, por defecto de ella, esto es, por las injusticias alternas que han minado nuestro tejido social. No en balde, en su nacimiento, la lucha armada se estructuró como un mecanismo de resistencia ante el incumplimiento del Estado en sus deberes esenciales, dada la alta insatisfacción de las necesidades básicas exigidas por los ciudadanos, lo cual se tradujo, en términos prácticos, en una deslegitimación del Estado y en una legitimación de la rebelión (Giraldo Moreno, 2015, p. 413). La “presencia diferenciada del Estado” (González, Bolívar, & Vásquez, 2003) ha facilitado que actores políticos insurgentes, prevalidos de las armas, ocuparan esos espacios de ausencias diferenciadas del Estado.

En uno de los estados más frágiles del mundo⁶, la ausencia del derecho –un no derecho-, así como el derecho ausente –su incumplimiento-, promueven condiciones para la conservación del conflicto armado interno. En los espacios que deja un derecho ausente, la presencia de la violencia, comprobable a diario en su más cruda materialidad, socava las bases del respaldo ciudadano en la ley, lo que a su vez genera “nuevas condiciones para más y más violencia” (Pizarro Leongómez, 2015, p. 70).

Considerar lo anterior es de suma importancia como quiera que, para algunos sectores de la sociedad, la justicia transicional no es una verdadera forma de justicia sino un artificio con el cual se busca incumplir, con el aval institucional, el canon retributivo de la justicia ordinaria. La mayoría de quienes así piensan les asiste una razón parcial: la injusticia (alternativa) no puede ser la respuesta a las injusticias alternas que han originado y continuado el conflicto armado interno en nuestro país. Este será un asunto de capital interés en lo sucesivo, por lo que posteriormente nos ocuparemos con mayor profundidad de ello.

Ahora bien, si, en efecto, el derecho, en su presencia y en su ausencia, reproduce el conflicto armado interno, volvemos al problema inicial, *¿en qué se diferencia la violencia legítima del derecho de la violencia ilegítima de quiénes provocan la*

5 Un ejemplo de ello, refiere Umaña Luna, es la pena de muerte que se ha institucionalizado en nuestro país como hecho social no contemplado en ninguna norma jurídica.

6 Recordemos que Colombia, en el *Fragile States Index de 2014* que realiza *Fund for Peace*, se encuentra en la categoría de *Very High Warning*, siendo, según este índice, después de Haití, el Estado más frágil de toda América (Fund for Peace, 2014, p. 4).

guerra?, ¿en qué radica esta legitimidad? Se trata de una pregunta que ya aparece indicada en la Ciudad de Dios de San Agustín⁷ y frente a la cual dos respuestas son posibles.

De un lado, algunos sostienen que la diferencia entre derecho y violencia se torna difusa y el criterio de legitimidad no permite discernir entre una y otra manifestación del poder. En esta medida, sostienen que las prácticas del poder naturalizan la violencia como una expresión inseparable del derecho (Ruiz Gutiérrez). A fin de cuentas, si el derecho se funda y se conserva por obra de la violencia, el poder fundado por el derecho es, también, “un acto de manifestación inmediata de la violencia” (Benjamin, 2001, p. 40). Por esta razón, habría que reconocer, no sólo con Clausewitz (1992) que “la guerra es la mera continuación de la política por otros medios” (p. 48), sino también, con Foucault, que “la política es la guerra continuada por otros medios” (Foucault, 1980, p. 135) y, en este sentido, “la guerra recubre íntegramente el derecho” (Foucault, 2000, p. 148). De esta manera, es preciso descifrar la guerra que se encuentra oculta bajo la paz prometida por el derecho, en tanto que, en últimas, guerra, paz y derecho “nacieron en la sangre y el fango de las batallas” (Id., p. 55).

De otro lado, al margen del tipo de legitimidad de que se trate, esta se fundamenta, radicalmente, como lo sugiere San Agustín, en una concepción de la justicia. *Si no hay justicia, ¿qué sería del derecho sino un crimen?* Más aún, sin justicia, nada nos permitiría asegurar que los valores máspreciados como la democracia y la prosperidad no puedan fundarse en el crimen (Mbembe, 1999, p. 121)⁸.

Concluyamos, por lo pronto, haciendo énfasis en que si la legitimidad del derecho, a diferencia de la violencia ilegítima, se apoya en la justicia, ésta debe encontrarse presente, con mayor fuerza y radicalidad, en aquellas justicias “alternativas” con las cuales se pretenden afrontar las violencias de las injusticias alternas. Legitimidad versus ilegitimidad, justicia versus injusticia.

7 Cf., “Desterrada la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes piraterías? Y las mismas piraterías, ¿qué son sino pequeños reinos? (...) En plan de chiste, pero en verdad, respondió un pirata preso a Alejandro Magno, que le preguntaba qué le parecía el sobresalto en que tenía la mar. Él, con arrogante libertad, le dijo: «Lo que te parece el tener tú turbada toda la tierra. Sólo que a mí, por hacerlo con un pequeño navío, me llaman ladrón, y a ti, por hacerlo con una gran escuadra, emperador»” (Agustín, 1958, pp. 274 - 275).

8 Cualquiera que sea la respuesta a esta disyuntiva, creo atinado aceptar que: El contenido del derecho podrá ser justo o injusto, sin que pueda afirmarse que, siendo injusto en determinadas circunstancias, deje de ser un contenido jurídico. Ello no significa que el derecho ideal, el derecho esperado “en plenitud” sea el derecho injusto (Solano Vélez, 2012, p. 124).

2. Justicia transicional y justicias alternativas: equívocos de una justicia ordinaria en períodos de transición

Luego de esta extensa y aparente digresión que, reitero, constituye el trasfondo de cualquier discusión alrededor del derecho, la violencia y la justicia, mi hipótesis, por lo pronto, es simple. Trataré de defender un alcance restringido de la alternatividad que caracteriza a la justicia transicional. La justicia transicional no puede concebirse como una alternativa *a la* justicia, pues, si así fuese, se configuraría cual injusticia alterna. Es, sí, una alternativa *de* justicia, en todo caso, justa. Si bien el artículo transitorio 66 de la Constitución Política consagra que “los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales”, esto no significa que estemos en presencia de instrumentos que hagan alternativa la justicia en nombre de la injusticia. Dicho de otro modo, cabría preguntarse: ¿qué tiene de alternativa la justicia transicional? Para responder esta pregunta es necesario delimitar qué se entiende por justicia transicional, puesto que, aquello que tiene de transicional es lo mismo que tiene de alternativa y, por esta razón, de justicia o injusticia.

2.1. Períodos de transición

El término “justicia transicional”, asociado a los períodos de transición democrática de América Latina y de los países eurocomunistas, fue acuñado por primera vez por Neil Kritz con ocasión del congreso organizado por la *Charter Seventy-Seven Foundation*, realizado en 1992 en la ciudad de Salzburgo, Austria. La pregunta y el reto, en ese entonces, sigue siendo, *mutatis mutandis*, muy similar al que hoy nos embarga:

El reto (...) era establecer el equilibrio adecuado entre el encubrimiento, por un lado, y una cacería de brujas, por el otro. ¿Podrían las víctimas del antiguo régimen ser compensadas con justicia? Para ello, ¿era posible llegar a un consenso sobre *quiénes* eran las víctimas de un sistema que, por su diseño, afectó a todos en la sociedad? Sobre todo, ¿cómo obtener una reconciliación auténtica y prevenir la ocurrencia futura de abusos de este tipo infligidos por el antiguo régimen? (Kritz, 1995, p. XX)⁹.

9 Traducción libre del inglés: “The challenge, as one participant put it, was to strike the proper balance between a whitewash on the one hand and a witch-hunt on the other. Could victims of the old regime be fairly compensated? For that matter, was it possible to achieve consensus as to who were the victims of a system that, by its design, affected everyone in society? Above all, how to achieve authentic reconciliation and prevent the future recurrence of abuses of the sort inflicted by the old regime?” (Kritz, 1995, p. XIX).

En su esbozo inicial, la justicia transicional o, para ir precisando, la justicia en períodos de transición¹⁰, surge en el “intervalo que se extiende entre un régimen político y otro” (O’Donnel & Schmitter, 1991, p. 19). El tránsito de regímenes políticos autoritarios hacia la democracia, a finales del Siglo XX, fue el objeto inicial de los estudios sobre los períodos de transición (Huntington, 1994). Posteriormente, su espectro se amplió y el término empezó a ser utilizado, asimismo, para hacer referencia al tránsito hacia la democracia a partir no sólo de regímenes autoritarios sino, también, de situaciones de conflicto armado generalizado¹¹.

El origen de la justicia transicional, como forma de justicia en tiempos de transición, es tan remoto como la democracia misma (Elster, *Closing the books: transitional justice in historical perspective*, 2004, p. 3). Ahora bien, desde una perspectiva contemporánea, tres momentos que condicionan su origen y desarrollo son claramente distinguibles: una primera fase que va desde la Primera Guerra Mundial hasta la terminación de la Guerra Fría, teniendo como hito principal los juicios de Núremberg; una segunda fase que se refiere a las transiciones democráticas de la posguerra fría y; finalmente, una tercera fase, en nuestra actualidad, en donde las condiciones de un conflicto persistente, como en Colombia, han normalizado la ley de la violencia (Teitel, 2003, p. 70).

2.2. El equívoco de la justicia transicional

Sentados estos presupuestos históricos y teóricos, dijéramos que, en su presentación, la noción de justicia transicional parece ser sencilla de entender:

“la justicia transicional hace referencia a la idea de que luego de períodos de violaciones masivas a los derechos humanos, las transiciones de la guerra a la paz, o de las dictaduras a la democracia, no pueden hacerse de cualquier manera, sino

10 Algunos autores, por precisión, prefieren la expresión justicia de transición y no justicia transicional. No es simplemente una sutileza semántica. Obedece al hecho de que se trata de una justicia en épocas de transición, pero no de una justicia transitoria. Esta expresión fue acogida en el Informe S/2004/616 presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad de esta misma organización, intitulado “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (2004).

11 Esto supondría reconocer, en uno u otro caso, que el tránsito hacia la democracia presupone que en la Colombia actual, marcada por un conflicto armado interno, no ha existido, propiamente, una democracia.

que deben tener unos mínimos de justicia, asociados al respeto de los derechos de las víctimas” (Uprimny, 2010, p. 10)¹².

En este sentido, el principal dilema de la justicia transicional, para evitar convertirse en “injusticia transicional”, es tratar de equilibrar “las condiciones reclamadas por los actores armados para entregar las armas y reincorporarse a la vida civil y las exigencias de las víctimas de estos actores por el respeto a sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación” (Sánchez & Uprimny, 2014, p. 92). La forma en que se dé respuesta a este dilema condiciona el tipo de transición y las posibilidades de justicia de que se trate: entre perdones amnésicos, perdones compensadores, perdones responsabilizantes y transiciones punitivas (Uprimny, 2006, p. 23).

En Colombia, al menos desde la Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, se viene hablando de justicia transicional como discurso único y regular en respuesta a un conflicto armado múltiple e irregular. Aunque la Ley 975 no acuñó el término en nuestro ordenamiento jurídico, claramente con la Ley 1448 de 2011 (Víctimas y Restitución de Tierras) y el Acto Legislativo 01 de 2012, desde un punto de vista normativo, la justicia transicional se consolidó como realidad institucional en nuestro país, aun cuando se trate de una justicia transicional sin transición (Uprimny & Saffon, 2008, p. 166)¹³.

Pero no sólo la ley, sino también la jurisprudencia constitucional, han desempeñado un papel importante en la construcción del modelo normativo de justicia transicional en Colombia. Sin embargo, desde la Sentencia C – 370 de 2006, ha hecho carrera el malentendido de que la justicia transicional es “una forma especial de administración de justicia” en las situaciones de tránsito hacia la paz, aun cuando se trata de un tránsito que ocurre en una “democracia con instituciones judiciales estables y sólidas”. El equívoco, como veremos, parece menor pero es sumamente relevante. De una parte, la justicia transicional no debe ser entendida como una justicia especial. De otro lado, si, en efecto, nuestras instituciones judiciales son estables y sólidas, no requieren de una “forma especial” que las reemplace. Este malentendido ha dado lugar a que se conciba la justicia transicional como una

12 Cf. En términos similares, desde una concepción normativa y holística (De Greiff, 2010). Desde un enfoque institucionalista, la justicia transicional se entiende como un conjunto de medidas, judiciales y extrajudiciales, que desarrollan los principios de verdad, justicia y reparación; a través de las cuales una sociedad intenta “resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación (Secretario General de Naciones Unidas, 2004, p. 6).

13 Para ser precisos, Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon se refieren al proceso que se dio con ocasión de la Ley 975 de 2005 con los grupos paramilitares.

especie de elección alternativa entre la justicia y la paz, concluyéndose que para “alcanzar una paz estable y duradera es legítimo adoptar medidas de justicia transicional” (Corte Constitucional, Sentencia C- 579 de 2013). La disyuntiva, aquí, es apenas aparente. La justicia transicional no puede alternativizar la justicia en nombre de la consecución de la paz porque sin justicia no es posible, siquiera, hablar de paz. Esto nos sitúa, de nuevo, en la pregunta inicial que daba lugar a este acápite: ¿qué tiene de alternativa la justicia transicional? Esto es, qué tiene de transicional y, por ello mismo, de alternativa y de justicia la justicia transicional.

Así pues, conviene tomar distancia respecto del concepto que ha venido haciendo carrera en la jurisprudencia constitucional, según el cual “lo transicional constituye un adjetivo o circunstancia especial que particulariza” (Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011) el concepto de justicia, de suerte que se entiende por justicia transicional un “tipo de justicia de características específicas, que debe aplicarse de manera excepcional, sólo bajo determinados escenarios” (Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011). Por el contrario, considero que la voz de Pablo De Greiff es bastante ilustrativa:

Desde este punto de vista, entonces, lo “transicional” en la “justicia transicional” no califica a la justicia, por lo que la expresión no se refiere a un tipo *distintivo* o peculiar de justicia. Estrictamente hablando, entonces, la expresión es infeliz, y sería más apropiado hablar de “justicia en tiempos de transiciones” si uno insiste en usar la expresión “transiciones”. Los principios y las normas de la justicia no necesitan ser cambiados para poder ser aplicados de una manera que sea sensible al contexto, y con ello su integridad y su capacidad de guía se conservan (...) no es una alternativa a las exigencias de justicia ordinaria, ni meras concesiones a la realidad (De Greiff, 2012, p. 64)¹⁴.

Por esta razón y en aras no sólo del rigor teórico sino también de dar una respuesta satisfactoria a la pregunta por su legitimidad, conviene hablar de justicia ordinaria en períodos de transición (en adelante JOPT) y no de justicia transicional: “El término mismo es engañoso, ya que más comúnmente se refiere a ‘la justicia durante la transición’ que a alguna forma alterada o modificada de justicia” (Bick-

14 Traducción libre del inglés: “From this standpoint, then, the “transitional” in “transitional justice” does not qualify justice, so the expression does not refer to a *distinctive* or peculiar type of justice. Strictly speaking, then, the expression is infelicitous, and it would be more appropriate to speak of “justice in times of transitions” if one insists on using the expression “transitions” at all. The principles and norms of justice need not be changed in order to be applied in a way that is sensitive to context, and thereby their integrity and capacity to guide are preserved (...) as neither an alternative to the requirements of ordinary justice nor mere concessions to reality –as the normative nature of the conception reveals” (De Greiff, 2012, p. 64).

ford, 2004, p. 1045)¹⁵. No es simplemente una sutileza semántica ni un capricho. En el fondo, los dilemas de la JOPT no difieren radicalmente de los dilemas que afectan, pero que al mismo tiempo posibilitan, la denominada justicia ordinaria. Ello, claro está, si abandonamos una concepción idealizada y estereotipada de esta última¹⁶, esto es, si dejamos de creer que la justicia ordinaria, en su estabilidad y seriedad, compensa los daños individuales en una sociedad que se caracteriza más por un equilibrio estático que por las pequeñas transiciones que ocurren en todo momento; y entramos a reconocer, más bien, que la justicia ordinaria gestiona, al igual que la justicia de transición, las continuidades y discontinuidades que se entrelazan diariamente entre el cambio y el orden social (Posner & Vermeule, 2003, pp. 3 - 4). Particularmente, en nuestro país, realmente, la justicia ordinaria ha sido la excepción. Los regímenes penales excepcionales se han consolidado como una realidad permanente para dar respuesta a supuestas urgencias temporales (Bernal Sarmiento, 2010), de modo tal que la supuesta excepcionalidad de la JOPT no es ser ajena a la regla de justicia ordinaria¹⁷.

Porque, aun si fuese forzoso mantener la distinción entre JOPT y justicia ordinaria, habría que decir que no sólo comparten dilemas comunes, sino que también coinciden en instrumentos para su aplicación. Piénsese, por ejemplo, que las finalidades de los preacuerdos y de las negociaciones en la denominada justicia ordinaria son coherentes con los postulados de la justicia de transición:

Con el fin de 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, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso (Artículo 348 de la Ley 906 de 2004).

15 Traducción libre del inglés: “The term itself is misleading, as it more commonly refers to “justice during transition” than to any form of modified or altered justice” (Bickford, 2004, p. 1045).

16 Precisamente, por mantener esta idealización de la justicia, los resultados de la Ley 975 de 2005 son tan “modestos” en términos de sentencias condenatorias. A la fecha, treinta sentencias de este tipo se han proferido (Fiscalía General de la Nación, 2015). Un estudio detallado sobre la Ley de Justicia y Paz puede consultarse en: (Zuluaga, 2012).

17 Cf., “El derecho de excepción se convierte así en un colchón que permite la coexistencia de dos lógicas que en principio son incompatibles: la lógica jurídico-formal de la democracia constitucional con la lógica política de las necesidades gubernamentales. (...) La tradición civilista y la debilidad del Estado hacían del estado de excepción normalizado la mejor solución para las élites gobernantes” (García Villegas, 2014, pp. 147 - 178). Al respecto, también: (Umaña Luna, 2010).

De igual modo, el principio de oportunidad consagrado en la legislación penal colombiana, en especial las hipótesis de que tratan los numerales 5, 6, 8 y 15 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, pueden ser leídas en clave de las mismas circunstancias y finalidades pragmáticas que motivan la justicia de transición. Ni qué decir de los mecanismos de investigación contextual y construcción de patrones de macrocriminalidad y macrovictimización que son empleados no sólo en esquemas de investigación y juzgamiento propios de la justicia de transición, sino, también, en tratándose de la persecución penal de sofisticadas organizaciones delincuenciales que no revisten la estructura de un GAOML. Luego, no es cierto que la justicia de transición y la justicia ordinaria sean expresiones mutuamente excluyentes de justicia. Son desarrollos de justicia que, incluso atendiendo a contextos distintos, dan respuesta a los mismos dilemas, empleando, para ello, instrumentos más o menos comunes.

Más aún, sería preciso reconocer que la JOPT no sólo comparte dilemas e instrumentos con la justicia ordinaria, sino que, adicionalmente, aquella puede entenderse como una re legitimación de ésta, esto es, como una suerte de desdoblamiento utópico que surge a título de respuesta ante el fracaso y la permanente reforma de la justicia penal ordinaria. En este sentido, el profesor Julio González Zapata (2007) anota que la justicia transicional o, como he preferido llamarla aquí, la JOPT:

(...) no escapa a las características que suscitaron las críticas del aparente moribundo derecho penal, estas son: secuestra el conflicto, es selectivo, discriminatorio y desigual, es altamente instrumentalizado, no tiene prácticamente ninguna posibilidad de cumplir las promesas que lo animan (verdad, justicia y reparación), asimismo, la justicia transicional recorre el camino que ha caracterizado al derecho penal, es decir, empieza como una institución excepcional, después se normaliza y, finalmente, ofrece un espacio para la crítica aunque mucho menor que el que este otro proporciona (González, 2007, p. 36).

En conclusión, la JOPT comparte dilemas, instrumentos y críticas con la justicia ordinaria, de modo que no resulta descabellado afirmar que se trata, en efecto, de una manifestación de la justicia ordinaria en períodos de transición. En todo caso, digamos, para resumir, que aun cuando se trate de una “justicia modesta e imperfecta” (De Greiff, 2005, p. 197), como lo es, también, nuestro mundo (De Greiff, 2010, p. 20), no parece deleznable pretender la consecución de la paz a través de un instrumento que no sólo no reproduzca el conflicto armado sino que, también, reconozca y dignifique a los sobrevivientes del conflicto armado, al tiempo que posibilite la reconciliación nacional en un período postransicional.

Desde luego, reconozco que la conceptualización de “justicia transicional” como una expresión de la justicia ordinaria (JOPT) no está exenta de críticas. Al respecto, señala el profesor Kai Ambos (2009):

Aunque la justicia de transición estructuralmente enfrenta problemas similares a los de la justicia ordinaria —por ejemplo, la cuestión de la selectividad de la persecución, de la congestión de los tribunales y de los cambios en la administración pública—, ella se distingue de esta última en cuanto se ocupa de abusos a gran escala y especialmente graves cometidos o tolerados por un régimen pasado, normalmente autoritario, en el marco de un conflicto militar o, al menos, sociopolíticamente violento” (Ambos, 2009, pp. 27 - 28).

Sin embargo, pienso que un límite fáctico que, como veremos, no es el único con el cual tiene que habérselas la JOPT, no puede determinar, en su totalidad, el concepto de “justicia transicional”. No hay duda, este límite, impuesto por las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, cometidos a gran escala en el marco de un conflicto armado, condiciona una especie de sensibilidad de la justicia ordinaria. Esta sensibilidad responde a la necesidad de adecuar sus procedimientos a un contexto que no le es familiar, pero ello no significa que, por tanto, la justicia deje de ser justicia ordinaria, como he tratado de mostrar en términos de validez y pragmatismo a lo largo de este capítulo. Al margen de lo anterior, valdría la pena anotar que abusos cometidos masivamente, por parte de aparatos criminales de poder (*v.gr.*, bandas criminales, odines, combos, pandillas, etc.), en el marco de un contexto de violencia generalizada, no reciben como respuesta la “justicia transicional”. Más aún, como veremos al enunciar la crítica de la JOPT (núm. 4), las distintas dimensiones de la justicia, presentes en la justicia ordinaria, concurren en la mal llamada “justicia transicional”. De allí que, independientemente de la coyuntura fáctica de que se trate, la “justicia transicional” comparte bases principalísticas, al igual que dilemas –ya hemos dicho–, con la justicia ordinaria, por lo que, insisto, una correcta conceptualización presupondría reconocer su estatuto ordinario como JOPT.

2.3 El equívoco de la justicia alternativa

Suele creerse que la justicia transicional, al mismo tiempo que se trata de una justicia especial, es un tipo de justicia alternativa. Sin embargo, entender correctamente la justicia “transicional” como JOPT implica rechazar cualquier carácter alternativo de esta justicia. En el derecho, sin mucho rigor, se ha entendido que las justicias alternativas se corresponden con los métodos o mecanismos alternativos de solución de conflictos. La conciliación, el arbitraje y la mediación han sido considerados, tradicionalmente, como formas alternativas de solución

de conflictos (*Cf.* Ley 446 de 1998 y Ley 1563 de 2012). Junto a ellas, existen expresiones de justicia que al menos habría que calificar de justicia no ordinaria, como lo son la jurisdicción indígena (*Cf.* Artículo 246 de la Constitución Política), la jurisdicción de paz (*Cf.* Ley 497 de 1999) y la justicia restaurativa (*Cf.* Artículo 518 y ss. de la Ley 906 de 2004 y Artículo 140 de la Ley 1098 de 2006) y las funciones jurisdiccionales que desempeñan ciertas autoridades administrativas (*Cf.* Artículo 8 de la Ley 270 de 1996), completan el repertorio de lo que suelen llamarse “justicias alternativas”. En este sentido, aquello que caracteriza lo alternativo de estas justicias consiste en que, habitualmente, ellas se discurren a través de procedimientos no judiciales o no jurisdiccionales (Mondragón Pedrero, 2012, p. 109).

En Colombia, en tanto que estas justicias se encuentran dotadas de poder jurisdiccional (artículos 116, 246 y ss. de la Constitución Política), tendríamos que descartar que se tratan, por tanto, de medidas no jurisdiccionales de justicia. Ni siquiera puede afirmarse que sean, en todos los casos, en medidas no judiciales. Los controles que ejercen las autoridades judiciales sobre los acuerdos y las decisiones proferidas en el seno de estas justicias (acuerdos conciliatorios, laudos, sentencias de autoridades administrativas, preacuerdos, negociaciones y el principio de oportunidad), o que incluso algunas de ellas debe surtirse con el concurso de autoridades de este tipo (conciliación y mediación en la justicia restaurativa prevista en el Código de Procedimiento Penal), o que sean finalidades declaradas de actuaciones judiciales (como ocurre en la legislación de infancia y adolescencia), impiden su conceptualización como mecanismos parajudiciales de justicia. Ni siquiera la supuesta voluntariedad de las justicias alternativas es algo que tengan en común, pues en el derecho sancionatorio para adolescentes y en el derecho penal, operan forzosamente. Aun las jurisdicciones indígena y de paz, al igual que todas estas tipologías de justicia, como hemos visto, se encuentran avaladas por el Estado y, en últimas, son todas ellas justicias estatales¹⁸.

¿Qué comparten, entonces, estas justicias? A mi modo de ver, lo que las hace alternativas es que, en todas ellas, el juicio de atribución de responsabilidad obedece a una conducta antijurídica con un menor nivel de reproche. Este menor nivel de reproche responde a una de las siguientes hipótesis: (i.) Se trata de una conducta cuya consecuencia jurídica es transigible, querellable o desistible (arbitraje, conciliación, mediación, jurisdicción de paz); (ii.) Se trata de una conducta realizada por un sujeto que, sin ser inimputable, su capacidad de comprensión y determinación no puede ser juzgada conforme a las reglas de derecho ordinario;

18 Si quisiésemos ser radicales, la única justicia alternativa, realmente alternativa, es la justicia popular (Engle Merry, 2004, p. 51), aquella que le pertenece al pueblo (Sartre, 1977, p. 170) y no al Estado (Sartre, 1973, p. 36).

(iii.) Se trata de una conducta con un grado reducido de lesividad y punición (mediación penal).

Por el contrario, las conductas objeto de la JOPT, como lo son las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, son conductas cuya antijuridicidad demanda de un alto nivel de reproche. Por consiguiente, los supuestos no son los mismos y de allí que sea equivocado entender la justicia de transición como un tipo de justicia alternativa. La alternatividad de las denominadas justicias alternativas no debe confundirse con la alternatividad penal que se encuentra inscrita en la JOPT (Cf. Artículo 3 de la Ley 975 de 2005). Y, para ser insistentes, la justicia de transición no puede concebirse como una justicia alternativa. Si bien la justicia de transición puede coincidir en algunos postulados con las justicias alternativas, como, por ejemplo, la interacción voluntaria entre demandante y demandado o víctima y victimario; y que, incluso, la justicia restaurativa sea una dimensión de justicia al interior de la JOPT. En resumen, la JOPT no es una justicia alternativa, al menos, por tres razones.

En primer lugar, como anotamos en el acápite anterior, en términos conceptuales la justicia de transición y la justicia ordinaria comparten dilemas e instrumentos, de modo que se trata, más bien, de una justicia ordinaria que, en períodos de transición, se adecúa a las circunstancias contextuales que condicionan su aplicación, sin abandonar las premisas básicas en que se inspira. En segundo lugar, desde una perspectiva pragmática, conviene atribuirle a la justicia de transición un verdadero estatuto de justicia, libre de sospecha, a efectos de posibilitar y legitimar los esfuerzos que una sociedad emprende con el fin de alcanzar la paz. Seguir adjetivando este tipo de justicia con el rótulo de transicional o alternativa pone en entredicho aquello de ordinario, esto es, aquello de justicia, que debe caracterizarla. En tercer lugar, si pretendemos que la paz sea estable y duradera, y si, en efecto, las injusticias alternas son, como veremos, la excepción generalizada que ratifica la posibilidad de una verdadera justicia; la justicia de transición no puede concebirse como una nueva excepción a otra excepción, sino como una regla ordinaria con la cual se ratifica la justicia de la cual carecen las injusticias alternas.

Sólo a título ilustrativo, nadie, en términos sensatos, diría que la justicia penal militar (Ley 1407 de 2010, Ley 522 de 1999) es un tipo de justicia alternativa. Pocos, realmente, cuestionan la justicia de la justicia penal militar, porque, precisamente, como bien lo advierte la Constitución Política, “también [administra justicia] la justicia penal militar” (Artículo 116 de la Constitución Política). Al igual que la justicia penal militar, la justicia de transición es una respuesta, sensible y contextualizada, por parte de la administración de justicia, a un fenómeno específico de conflicto armado interno en el caso de Colombia.

De esta manera, para concluir este punto y pasar al análisis de las injusticias alternas, quisiera señalar que me parece equivocado comenzar por definir a la justicia de transición por su carácter excepcional, tal y como lo hizo el Acto Legislativo 01 de 2012¹⁹. Para la Corte Constitucional, el carácter excepcional de las medidas de justicia transicional, en consonancia con la concepción, a nuestro juicio equivocada, según la cual la justicia transicional es un tipo especial de justicia, tiene que ver con el hecho de que estas medidas “no reemplazan el régimen constitucional existente, que continúa vigente, y que, en consecuencia, es aplicable como regla general” (Sentencia C-577 de 2014). La JOPT no sólo no reemplaza el régimen constitucional vigente sino que es expresión de este. No opera al margen de una supuesta regla general de justicia, es, ella misma, justicia. Y si aún insistiésemos en mantener el carácter excepcional de la justicia de transición, ello no debería marcar tanto su forma de conceptualización como el contexto al que intenta darle respuesta y en el cual se desenvuelve.

A fe de verdad, además de crear un manto de sospecha sobre esta expresión de justicia, se olvida que, realmente, lo excepcional, aunque normalizado, ha sido vivir en un país inmerso en décadas de conflicto armado, en presencia de un derecho que, no obstante aplicarse cual regla general, ha logrado patentar la octava tesis propuesta por Walter Benjamin en *Sobre el concepto de historia* (2008): «la tradición de los oprimidos nos enseña que el “estado de excepción” en que vivimos es sin duda la regla» (p. 309).

3. Justicia ordinaria en períodos de transición: una respuesta a las injusticias alternas

Hasta aquí he pretendido dejar por sentado, en resumen, tres premisas: (i.) toda discusión alrededor del derecho parte de diferenciar la violencia legítima del derecho de la violencia ilegítima de la guerra, lo cual supone, necesariamente, que el derecho se afínque en la justicia; (ii.) el concepto de “justicia transicional” es

19 En el Informe iBasta Ya! (2013) se señala que, precisamente, las confusiones entre lo excepcional y lo ordinario de la “justicia transicional” han conducido a una especie de ordinarización de la Ley de Justicia y Paz, de modo tal que algunas categorías de justicia ordinaria han entrado a ocupar un papel protagónico en un sistema de juzgamiento que, en principio, les era ajeno, en tanto que estaba destinado a procesar complejos aparatos criminales y no la conducta antijurídica cometida por individuos o pequeños grupos de individuos (Grupo de Memoria Histórica GMH, 2013, p. 145) y (Centro de Memoria Histórica, 2012, pp. 23 - 25). Nuestra defensa de una justicia ordinaria en períodos de transición no puede confundirse con una ordinarización de esta justicia. Porque lo ordinario de la justicia ordinaria no son los vericuetos legales a través de los cuales se aplica, sino su posibilidad de ratificarse como regla general de justicia.

una forma equivocada de denominar la JOPT, en tanto que lo transicional no es la justicia sino el período en que ésta se ejerce; (iii.) la JOPT no es un tipo de justicia alternativa, puesto que ella juzga conductas respecto de las cuales cabe un altísimo grado de reproche. Todo lo anterior apunta a un mismo objetivo: *radicar en la justicia la legitimidad de la JOPT*. Como se verá, la justicia de la justicia de transición depende de la respuesta satisfactoria que esta pueda dar a las injusticias alternas.

Lo injusto de la injusticia consiste en la capacidad que tiene esta de alternar la justicia, esto es, de competir con ella y, de algún modo, de reemplazarla. Es por esto que toda injusticia es, siempre, una injusticia alterna. En esta medida, dos sentidos permiten dar cuenta del arraigo de las injusticias alternas en nuestro país. De una parte, encontramos un tipo de injusticia ético-política (*social*), asociada a las condiciones de inequidad y, de otro lado, encontramos un tipo de injusticia jurídico-*institucional*, vinculada a los procedimientos y actores que aplican justicia en Colombia. En cierto sentido, esta clasificación de injusticias alternas no sólo responde a la ambigüedad ética-política-jurídica-institucional de la justicia, sino, también, a la antigua pero todavía útil clasificación aristotélica entre justicia distributiva (Aristóteles, 2001, 1131a) y justicia retributiva (Aristóteles, 2001, 1131b)²⁰. Las ausencias de justicia distributiva se expresan como un defecto social (la desigualdad). Las ausencias de justicia distributiva permiten la irrupción de aparatos paraestatales y coestatales de administración de justicia como forma privada y ritualizada de venganza²¹.

Desde la perspectiva ético-política (*social*) o, lo que es lo mismo, desde los defectos de *justicia distributiva*, para nadie es desconocido que el origen del conflicto armado en Colombia, aunque multicausal y multifactorial, surgió en los márgenes

20 Un análisis en clave de justicia distributiva y justicia retributiva, referido a la política de restitución de tierras, puede consultarse en: (Sánchez & Uprimny, 2010).

21 El asunto es mucho más complejo. Sería preciso añadir, a este respecto, el fenómeno del clientelismo. En teoría, éste es un factor determinante el debilitamiento del Estado. Esto, sin embargo, no es del todo claro, pues, como afirma Escalante: “No podemos poner remedio al problema porque no conocemos las causas de esa debilidad. Seamos un poco más agresivos: ni siquiera estamos seguros de que sea un problema, o en qué términos y para qué sea un problema. Porque resulta que muchos de esos rasgos de debilidad, desde el clientelismo hasta varias formas de corrupción o el incumplimiento selectivo de la ley, son recursos indispensables para la gobernabilidad: un poco de orden, un poco de autoridad (que es, dicho sea de paso, el primer requisito, absolutamente infaltable, para la existencia de algo que pueda llamarse Estado)” (Escalante Gonzalbo, 2008, p. 296). En Colombia, el problema adicional, que realmente sí es un problema, es que estas mediaciones clientelares entre ciudadanos y Estado fueron asumidas, en buena parte del territorio nacional, por los GAOML, quienes actúan como una especie de paraestado y, por veces, de coestado o de relación espejo-reflejo con el Estado.

de una ciudadanía deficitaria heredada de la lucha bipartidista y el Frente Nacional: concentración de la tierra, inequidad y ausencia de apertura política (Grupo de Memoria Histórica GMH, 2013, p. 110). Si bien es cierto que las causas, por sí solas, no justifican un fenómeno, también lo es que la deconstrucción del fenómeno depende de la respuesta que se ofrezca a las causas que le dieron origen. De allí que, aun cuando las inequidades parezcan ir en descenso, no puede perderse de vista que Colombia sigue siendo, todavía hoy, uno de los países más desiguales del mundo (Banco Mundial, 2015). Por esta razón, una justicia de transición que no esté dispuesta ni en capacidad de afrontar y solucionar las injusticias alternas (sociales) que condicionaron su origen -en tanto que aquella es una forma de respuesta a estas-, no dejará de ser una justicia de transición injusta, esto es, una nueva expresión, alterna, de injusticia. En otras palabras, si el conflicto armado puede concebirse como una enfermedad política con raíces históricas y sociales precisas (Vargas, 2001, p. 61), su cura demanda de un remedio, también político, que corte estas raíces. Más aún, quisiera precisar que hago referencia a las causas de la violencia en general y en toda su complejidad, a las condiciones de inequidad en las cuales los victimarios han querido justificar su accionar, pero, también, a las condiciones de inequidad que constituyen una predisposición a ser victimizado en el marco del conflicto armado interno. En suma, hablo aquí de condiciones de inequidad que promueven que una persona se asuma como victimario o sea asumido como víctima.

Por su parte, desde el enfoque *jurídico-institucional* de *justicia distributiva*, es preciso correlacionar dos hechos, también innegables. De un lado, desde hace muchos años se ha consolidado en nuestro país una tendencia de pérdida de confianza de los ciudadanos en la justicia. En la más reciente medición, el 82% de los colombianos aseguró no confiar en la justicia (IPSOS, Semana, RCN-Radio, RCN-Televisión, & FM., 2015). De hecho, la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas (2013) reveló que apenas un tercio de la población (31,9%) acude ante una autoridad, estatal o particular, para tramitar y solucionar sus conflictos (Dejusticia & Ministerio de Justicia, 2013, p. 37). No se trata de datos y sólo datos. Pone de relieve un fenómeno preocupante para cualquier país democrático y, de igual modo, deja a entrever que, independientemente del tipo de justicia de que se trate (alternativa, ordinaria, general, excepcional), los colombianos no confían en las instituciones que representan la justicia. En gran medida, la pérdida de confianza en la justicia obedece al hecho de que esta, por mucho tiempo, actuó más como plataforma de un derecho penal del enemigo interno que como verdadera instancia de composición de conflicto y, en este sentido, sirviendo de apéndice de los operativos bélicos liderados por el ejecutivo, la justicia “perdió cada vez más su capacidad de resolver adecuadamente los conflictos sociales cotidianos” (Uprimny, 2001, p. 5). Existe, pues, una relación de incidencia mutua entre el conflicto armado y la pérdida de confianza en la justicia.

De otro lado, pero coligado a lo anterior, desde este enfoque *jurídico-institucional*, las injusticias alternas también aluden a dos fenómenos cuyo origen ya no se encuentra condicionado por el conflicto armado, sino que se radica en él: la justicia en el interior de las organizaciones criminales y la justicia que éstas imparten hacia el exterior de la organización para la composición de los conflictos sociales de la población civil²². En efecto, es preciso reconocer que estas justicias paralelas o formas de justicia paraestatal –no contraestatal, que operan bajo la lógica del enemigo- que aquí prefiero denominar injusticias alternas:

“(...) son el espejo invertido de la justicia oficial, son el mundo al revés. Desde una perspectiva estructural, los conflictos que allí se resuelven son semejantes a los resueltos por la justicia oficial, y el modo como se resuelven tiene, tanto en el plano normativo como en el procesal, parecidos, a veces sorprendentes, con el derecho oficial sustantivo y procedural del país (Sousa Santos & García Villegas, 2001, p. 327).

La principal, aunque no única, expresión de este fenómeno es la “justicia guerrillera”, que puede entenderse, en primer lugar, como el conjunto de normas sustantivas, instancias y procedimientos de imposición de sanciones disciplinarias por parte de la organización guerrillera con el fin de garantizar su cohesión conforme a los estatutos y reglamentos (Aguilar Peña, 2013a). Se trata no sólo de un tipo de injusticia *per se*, sino, asimismo, de un tipo de injusticia en cuanto a sus prácticas de imposición: sanciones desiguales, ausencia de garantías de defensa y normas que no se aplican (Aguilar Peña, 2013b)²³. En segundo lugar, la “justicia guerrillera” alude al arbitraje que ejercen las guerrillas en determinadas zonas del país de cara a la resolución de los conflictos sociales que se suscitan entre la población civil de estos territorios²⁴, y que ha asumido, a lo largo de la historia, distintos modelos de actuación: ejemplarizante, retaliador y para el poder local (Aguilar Peña, 2000). En las distintas etapas del desarrollo del conflicto, e incluso hoy -aunque, sin lugar a dudas, de una manera mucho más reducida que ayer- las guerrillas, en los márgenes de ruptura de la soberanía estatal, han fundado y han conseguido un respaldo embrionario en las poblaciones en donde tienen presencia (Aguilar Peña, 2008). Surgen así sistemas de derecho guerrillero que

22 En cierto sentido se trataría de una especie de derecho vivo en oposición a un derecho vigente (Ehrlich, 1986).

23 Pareciese que, desde esta óptica, las prácticas injustas afectan tanto a la justicia como a la injusticia.

24 Expresiones como “la ley del monte”, “la ley de los muchachos” o la “fiscalía 45” (Aguilar Peña, 2000, p. 436), en el caso de las guerrillas, y personajes como el “patrón”, el “duro” o el “jefe”, en el ámbito de otras organizaciones delincuenciales; son maneras coloquiales de referirse a estos órdenes subalternos de justicia paraestatal.

responden a una estrategia militar de colonización y control territorial para la formación (sumisión y adhesión) de bases sociales que respalden su proyecto bélico (Rojas Castillo, 2004, p. 147)²⁵. Se habla, de esta manera, de una suerte de derecho consuetudinario que ordena la costumbre y que es fijado como tal luego de una especie de acuerdo que incluye insurgencia y población civil y, por ende, contiene costumbres variables conforme al lugar y el momento de que se trate (Molano, 2001, pp. 386 - 388). De hecho, en algunas comunidades cuyo origen está condicionado por las organizaciones guerrilleras, la justicia guerrillera y la justicia comunitaria no se expresan como fenómenos aislados, sino que, más bien, dan cuenta de una misma práctica social, imbricada, que caracteriza una suerte de justicia otra (Espinosa, 2003, p. 138).

Desde este enfoque *institucional* creo importante precisar dos aspectos. En primer lugar, las injusticias alternas no son, en todos los casos, expresiones paraestatales de justicia. En algunos eventos son expresiones coestatales. La coligación entre paramilitarismo y Estado que existió en buena parte del país explica fácilmente este fenómeno. Incluso la justicia guerrillera se asume a veces como un recurso complementario de la justicia estatal:

En materia penal, por ejemplo, ha ocurrido que la guerrilla entrega delincuentes a los funcionarios estatales o que la justicia estatal tiene que proceder rápidamente contra delincuentes para protegerlos y evitar que sean ajusticiados. Al lado de la rivalidad o de la complementariedad, surge también la instrumentalización de la justicia guerrillera por quienes recurren a ella, en tanto que los vencidos en juicios por la justicia estatal en ocasiones apelan a la justicia guerrillera como si fuera una “vía extraordinaria” o una forma alternativa de “revisión de sentencias” (Aguilar Peña, 2000, p. 459).

La segunda aclaración que quería hacer es que estas expresiones paraestatales y coestatales de justicia o, más bien, estas injusticias alternas, no se presentan únicamente en el sector rural ni son exclusivas de los grupos armados al margen de la ley. Toda estructura criminal con un mínimo de organización, independientemente del rótulo con el cual se le adjetive, echa raíces en un territorio, sin importar si es urbano o rural, y, por lo tanto, forma bases sociales adscriptivas. En las periferias de nuestras ciudades se han forjado pequeños estados absolutistas que, valiéndose de la desestructuración social y la debilidad del Estado democrático, crean e imponen un sinnúmero de órdenes privados pseudolegales

25 Aun cuando la justicia guerrillera trae consigo la homogenización social y la pérdida de autonomía comunitaria, mora en ella un afán por desterrar cualquier apariencia de arbitrariedad o capricho en la toma de sus decisiones, a efectos de evitar el debilitamiento del respaldo social (Rojas Castillo, 2004, p. 147).

y pseudopolíticos que gobiernan, de facto, los comportamientos sociales y los conflictos comunitarios que allí surgen (Jaramillo, Villa, & Ceballos, 2001, pp. 458 - 461). Estas estructurales criminales ofrecen distintos servicios jurídicos, en los cuales también se legitiman, y aunque se imponen cual injusticias alternas, son mucho más eficaces y expeditos que la justicia ordinaria. Un ejemplo de ello son los procesos paraestatales de lanzamiento. No se acude ante una autoridad judicial en los eventos en que existe mora en el pago de arrendamiento, sino que se prefiere resolver el conflicto a través del arbitraje de los actores ilegales, lo cual provoca, en la mayoría de los casos, un desplazamiento forzado (Alcaldía de Medellín, 2011a, p. 52). Así pues, a través del control territorial los actores armados se constituyen en verdaderas autoridades locales, con competencias socialmente reconocidas para el cobro de deudas, la mediación de conflictos de parejas y la resolución de problemas familiares (Alcaldía de Medellín, 2011b, p. 11). La aplicación de esta forma de justicia privada se apoya en acuerdos contingentes, el miedo y la creencia en algo así como lo socialmente debido (Franco, 2003, p. 98).

4. Crítica de la justicia ordinaria en períodos de transición

Elaborar una crítica²⁶ de la justicia ordinaria en períodos de transición en nuestro país supone analizar, en contexto, sus posibilidades y sus límites. A mi modo de ver, unas y otras se encuentran atravesadas por la justicia de esta justicia. En otras palabras, las posibilidades de hacer justicia definen también hasta dónde y desde dónde se puede hacer justicia, sus límites máximos y mínimos. En todo caso, las posibilidades y los límites de la JOPT no son algo dado. Fundamentalmente, porque es preciso entender que la JOPT no es un modelo importado que se encuentra acabado, sino que es, más bien, un campo jurídico y político en disputa y en construcción, de acuerdo con los intereses y márgenes de actuación de los distintos intervenientes que en él toman parte (Gómez Sánchez, 2014, p. 188)²⁷.

26 Se entiende por crítica “la investigación de la posibilidad y límites” (Kant, 2007, p. 87), en este caso, de la JOPT. En términos similares, Sartre define la crítica como un estudio sobre la validez y los límites (Sartre, 1963, p. 12).

27 Con independencia de que se trate, como creo, de una disputa desigual y muchas veces antide-mocrática, es necesario redimensionar los escenarios en que se da esta discusión, para que la perspectiva de los sobrevivientes del conflicto armado no sólo se tenga en cuenta sino que sea, como debe ser, la perspectiva decisiva.

4.1. Posibilidades

Así como el conflicto es condición ontológica de la paz, las injusticias alternas son una condición ontológica de la JOPT. Es a través de esta justicia como el Estado puede hacerle frente a las injusticias alternas que, desde el punto de vista ético-político (social), se materializan en condiciones generalizadas de inequidad, erradicando, a largo plazo, las causas de estas inequidades y mitigando, de forma inmediata, la afectación que ellas producen en la población.

La JOPT es una posibilidad, y creo yo la mejor, de alcanzar una paz estable y duradera²⁸. Aunque la paz parezca una expresión grandilocuente, amañada y desgastada en su uso político, ella agrupa un conjunto de anhelos que, en tanto tales, son posibles. En este sentido, los anhelos de paz son al mismo tiempo los anhelos por superar las injusticias alternas de carácter ético-político (social) que, por décadas han sumido a nuestro país en una guerra sin cuartel. Desde esta perspectiva, lograr la paz supone cortar las raíces de la violencia y, por ello mismo, garantizar su no repetición a los sobrevivientes del conflicto y, en general, a toda la población.

De otro lado, la JOPT tiene en sus manos la posibilidad de ocupar esos espacios que, por obra de la desconfianza ciudadana, han sido cooptados por esa otra institucionalidad. Su lugar de enunciación posibilita ratificar la regla general de justicia ordinaria en aquellos territorios en donde imperan las justicias paraestatales y coestatales. Y esta confianza comienza por recuperarse haciendo justicia respecto de quiénes más la merecen. De allí que no sólo la paz, sino también la justicia que con justicia reclaman los sobrevivientes del conflicto armado interno –incluyendo verdad y reparación-, sea una posibilidad de la JOPT. La muerte o el sometimiento a la justicia son también formas de hacerle frente a la violencia, pero, en todo caso, formas que imposibilitan la justicia, la verdad y la reparación de los sobrevivientes del conflicto armado. Incluso, es posible sostener que la muerte y sometimiento a la justicia no son verdaderas expresiones de justicia, puesto que éstas cercenan cualquier posibilidad de verdad y de reparación integral. Sin verdad y sin reparación integral no tiene sentido hablar de justicia.

En términos generales, las posibilidades de la JOPT son múltiples, loables y más que obvias. No vale la pena profundizar en ellas. Quizás sea más interesante estudiar cómo las posibilidades de la JOPT son legítimas en la medida en que observen determinados límites. Porque, por paradójico que parezca, las posibilidades

28 Seguramente no es la única. Otra posibilidad es la guerra total y la derrota del enemigo interno. No considero, sin embargo, que sea la mejor. No sólo implica un mayor derramamiento de sangre, sino que de ningún modo, la muerte del victimario garantiza la verdad, justicia y reparación de los sobrevivientes del conflicto armado.

de la JOPT son posibles en tanto que se trata de posibilidades limitadas. Dicho en otros términos, los límites constituyen, al mismo tiempo, posibilidades. Es en estos límites en donde se centra la discusión que, las más de las veces, pierde de vista que los límites son posibilidades.

4.2. Límites

Desde luego, la JOPT no puede alcanzar la paz a cualquier precio ni aplicando de cualquier manera la justicia. Si ello fuese así no se terminaría logrando la paz sino sembrando la semilla de la venganza que cosecha más y más violencia. En este sentido, Carl Schmitt (1976) anotaba que “La guerra de enemistad absoluta no conoce ningún acotamiento. La realización consecuente de una enemistad absoluta le da su sentido y su justicia” (p. 74). Así pues, aun cuando la guerra pueda darse el lujo de carecer de límites precisos, la paz, por el contrario, se legitima en sus propios límites. Estos límites demarcan la frontera más allá de la cual la paz deviene en más y más guerra. Por esta razón sería desatinado trasladar una afirmación de este tipo a las posibilidades de la JOPT. La paz sí conoce acotamientos en cuanto a sus posibilidades de obtención, y su búsqueda no le confiere, por sí sola, su sentido y su justicia. Tomar los fines por los medios es un error craso. Pero, contrario a lo que se piensa, la paz no es un límite de la justicia, de allí que la disyuntiva entre paz y justicia sea equivocada. Tanto la justicia como la paz son posibilidades de la JOPT. El límite de la JOPT y, por tanto, de la obtención de la paz por esta vía, se encuentra trazado por la misma justicia, es decir, por la frontera jurídico-política que separa a ésta de las injusticias alternas.

Límites democráticos²⁹. Acabar con las injusticias alternas, tanto en su connotación ético-política como jurídico-institucional, presupone un ejercicio democrático a través del cual el pueblo deposite su confianza en la JOPT. Es preciso que la sociedad tome conciencia de las condiciones de inequidad y explore alternativas de solución. Estas alternativas, aunque pueden ser propuestas como resultado de

29 En términos democráticos y de respaldo popular ha hecho falta una suerte de pedagogía sobre el contenido y el alcance de lo discutido en el actual proceso para el cese del conflicto. Creo que, asimismo, en el afán de importar experiencias foráneas de justicia transicional, se ha descuidado un factor cultural determinante y muy propio de buena parte de nuestra sociedad: el catolicismo. En este sentido, los aportes del pensamiento católico a la JOPT no sólo serían necesarios sino, también, convenientes. Recientes y valiosas contribuciones desde la academia pueden consultarse en: (Zuleta, 2014), (Arboleda & Castrillón, 2013), (Arboleda, 2003), (Gaitán & Jaillier, 2014). No puede perderse de vista, en ningún caso, el papel proactivo de la Iglesia Católica en los distintos diálogos de paz. La pastoral social, incluso, fue pionera en los estudios sobre desplazamiento forzado en Colombia. Mención aparte merece el aporte de monseñor Germán Guzmán Campos con una obra hito escrita a varias manos: *La violencia en Colombia* (Guzmán Campos, Fals Borda, & Umaña Luna, 2010a) (Guzmán Campos, Fals Borda, & Umaña Luna, 2010b).

un proceso de negociación con los GAOML, deben, en todo caso, ser ratificadas por la ciudadanía. Una imposición, a diferencia de un consenso, no sólo llevaría al traste la implementación, sino que, también, fijaría nuevas condiciones para la reproducción de la violencia. Por eso, tanto el alcance como las potencialidades de la JOPT dependen del respaldo popular. Las posibilidades de la JOPT se tornarían nulas en ausencia de un ejercicio democrático que al tiempo que las avale, las delimita. En términos ideales, sería preciso que las bases de la JOPT sean ratificadas a través de algún mecanismo de participación popular directa.

Límites fácticos. En todos nuestros actos vitales la realidad es siempre el límite más tozudo e importante. Lo realizable frecuentemente no coincide con lo deseable. No obstante, la realidad es, también, el sustrato de lo posible. Sin realidad la posibilidad no tendría donde afincarse. Entender esto que parece una verdad de Perogrullo es de vital importancia para comprender la JOPT en sus justas proporciones.

Ninguna justicia en este mundo está en capacidad de conocer, procesar y condenar la totalidad de conductas punibles. Si existiese una posibilidad de este tipo no se cometieran delitos y, por tanto, tampoco existiría una justicia con estas características. Pareciese incluso que la regla general es justamente lo contrario. En uno de los países con mayor índice de impunidad en el mundo (Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia, 2015)³⁰, la justicia ordinaria, a secas, por sus propias imposibilidades, opera en una práctica no declarada bajo una lógica selectiva y generalizada de amnistías. En períodos de transición, luego de violaciones masivas de derechos humanos, la justicia debe tomar en cuenta estas limitaciones y asumirlas como posibilidades a través del establecimiento de criterios de selección y priorización de los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes sistemáticos de guerra. No sin críticas, estas y otras razones fueron analizadas en la Sentencia C – 579 de 2013 por parte de la Corte Constitucional al declarar exequibles los mecanismos de selección y priorización en la investigación penal introducidos por el Acto Legislativo 1 de 2012³¹. De cualquier modo, tanto en la construcción como en la interpretación y

30 En el Índice Global de Impunidad (IGI), que reporta datos de la mayoría de países de América, Europa y algunos países asiáticos, Colombia ocupa el tercer lugar como uno de los países en donde se presenta un mayor nivel de impunidad.

31 Un análisis crítico sobre los argumentos de la Corte Constitucional puede consultarse en: (Zuluaga, 2014). Por su parte, en su Informe Anual de 2014, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se mostró partidaria de aceptar el establecimiento de criterios de priorización, mas no de selección, en la investigación penal de graves violaciones a los derechos humanos: “(...) si bien es cierto que el concepto de priorización sería en principio consistente con la importancia y necesidad de lograr el establecimiento judicial de la responsabilidad de los líderes

aplicación de estos criterios los sobrevivientes del conflicto armado deben tener una voz protagónica.

Límites discursivos. Estos límites hacen referencia a la coherencia externa y a la coherencia interna del discurso de la JOPT.

Desde el punto de vista de la coherencia externa, no es sano que la JOPT se instrumentalice políticamente más allá de sus posibilidades. Tampoco lo es que se utilice para obnubilar la totalidad del espectro político. Con la JOPT el Estado no debe prometer más que lo que puede cumplir. El problema, usualmente, se genera por la carga emotiva y retórica de la expresión “paz”³². Muchos esperan de ella demasiado y otros prometen más de lo que ella puede lograr. La JOPT es un camino hacia la paz, en minúscula, con defectos, tal y como lo es la realidad. Y es un camino, no una llegada. La paz como meta es un asunto postransicional que requiere muchísimos años y esfuerzos bien encaminados. En este sentido, la coherencia externa del discurso garantiza que no se creen falsas expectativas y que, por ende, no se generen falsas defraudaciones a estas expectativas.

En cuanto a la coherencia interna, el Estado debe caer en la cuenta de que el discurso de la JOPT es solo uno entre los varios que conforman las políticas estatales. Pero, por esto mismo, como quiera se trata de un mismo actor de distintas enunciaciones, los diferentes discursos deben ser coherentes entre sí. Quisiera ser más explícito. No tiene sentido hablar de JOPT al mismo tiempo que el discurso hegemónico de la política criminal se articula con un oprobioso derecho penal máximo (Ferrajoli, 1995, p. 105) o expansivo (Silva Sánchez, 2001, p. 20) que atenta en contra de los postulados ideológicos y los avances científicos del derecho penal liberal ilustrado (Silva Sánchez, 2003, p. 36)³³.

Planteado en otros términos, se trata de una entre tantas paradojas que se suscitan en nuestro ordenamiento jurídico por obra del populismo punitivo (Molina López, 2014, p. 284) que deriva en un panpenalismo o en una hipertrofia del derecho penal. Si ello es así, no se entiende por qué el legislador promueve me-

más importantes, no es menos acertado que el concepto de selectividad y la posibilidad contemplada de renunciar a la investigación y procesamiento de serias violaciones a los derechos humanos, sería en principio incompatible con las obligaciones del Estado” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 572).

32 Un análisis sobre las iniciativas de paz en Colombia, desde la década y los primeros años del nuevo milenio, puede consultarse en: (Rettberg, 2006).

33 En este sentido, el debido proceso, en todas sus dimensiones, debe ser respetado en los procesos penales de JOPT. En nombre de los derechos humanos no es legítimo desconocer los derechos humanos de los procesados.

canismos, como la JOPT, para evadir la imposición o la ejecución total de la penalización expandida. Un discurso coherente de JOPT debería hacer a un lado “la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos” (Carrara, 1973, p. 14), porque ello “lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del derecho penal” (Ibíd.). En particular, la coherencia discursiva de la JOPT supone destrozar de su lugar hegemónico al discurso neopunitivista de los derechos humanos, en nombre del cual se reivindica, en todos los ámbitos, un derecho constitucional al castigo penal, la satisfacción punitiva de las víctimas y el rechazo a toda otra alternativa distinta al derecho penal (Pastor, 2009, p. 266). De allí que sea necesario reconocer e insistir en que “el sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos humanos, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los conflictos” (Baratta, 2004, p. 328).

Límites de justicia. La justicia de la JOPT constituye un límite en un doble sentido. Ni venganza ni impunidad son hoy aceptables. Trazar un límite máximo es relativamente fácil. Ninguna estructura criminal se compromete a dejar las armas y no volver a tomarlas a cambio de una justicia que le imponga sanciones desproporcionadas. La venganza, en nuestro ordenamiento jurídico, está proscrita. La pregunta, realmente, es: *¿cuál es el límite mínimo en que la justicia deja de ser justicia y se convierte en impunidad?* Esta es la verdadera disyuntiva de la JOPT que, como vemos, tiene que ver con su esencia de justicia, no necesariamente con un límite impuesto por la paz. No es un asunto fácil de resolver. Incluso penas altísimas generan una sensación de impunidad³⁴ y, al mismo tiempo, delitos que permanecen sin castigo son intrascendentes en términos perceptivos.

La respuesta, en todo caso, debe ser construida con la participación de todos los actores: Estado, comunidad internacional, victimarios de uno y otro bando, sociedad en general y sobrevivientes del conflicto. En mi opinión, cualquiera que sea el sentido de la respuesta, resulta conveniente y necesario considerar que:

- a. El mínimo de justicia de la JOPT es aceptable, sí y sólo sí, el pueblo colombiano reconoce democráticamente que la JOPT es la mejor forma de justicia posible en nuestro contexto actual. Planteado en términos opuestos y valiéndome de las palabras de Rawls (1995), se exige un respaldo democrático al siguiente sacrificio: “Lo único que nos permite tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor” (p. 17). Para entender ello

34 Alias Popeye estuvo veintidós años en prisión y, para muchos, esta condena es denotativa de impunidad (El Mundo, 2014).

basta con hacer notar las posibilidades de la JOPT en oposición a las imposibilidades de la muerte y el sometimiento a la justicia, al igual que los límites que condicionan por igual una y otra salida del conflicto armado.

- b. La justicia debe seguirse concibiendo, preponderantemente, como un *deber ordinario* del Estado; y no como un objeto de transacción a cambio de los derechos a la verdad y a la reparación integral de los sobrevivientes del conflicto. La JOPT, en tanto que justicia ordinaria, debe entenderse como una ruptura definitiva de la tradición pactista. No se trata de transigir paz por justicia, ni reparación y verdad por justicia. Así como no hay justicia sin verdad y sin reparación integral, estas, por sí solas, tampoco agotan el contenido de justicia que reclaman, con justicia, los sobrevivientes del conflicto y la sociedad en general. De cualquier manera, si no existe un compromiso irrestricto por parte de los actores armados en contar la verdad, dejar las armas, reparar a las víctimas y no reincidir en los hechos, compromiso correlativo a un deber de protección del Estado, pierde sentido cualquier modelo de JOPT que intente construirse.
- c. En los casos en que, por limitaciones fácticas, operen una selección y una priorización, los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes sistemáticos de guerra, además de comprometerse en los términos indicados anteriormente, deberán ser sancionados³⁵. La acción penal en estos casos no es renunciable por dos razones. En primer lugar, porque los estándares internacionales y constitucionales no lo permiten. Hoy no es posible hablar de indultos ni de amnistías generalizadas que supongan un perdón y olvido. En segundo lugar, porque, en términos pragmáticos, una JOPT que opte por esta alternativa no sería en ningún caso justicia, en tanto que un organismo internacional o una autoridad judicial, *a posteriori*, podría desconocerla. La sanción es una garantía de justicia retributiva para las víctimas, pero, también, una garantía de seguridad jurídica para los victimarios y un soporte para el Estado que su esfuerzo no es un desgaste inútil. Por esto, entre otros motivos, la guerrilla se equívoca al descalificar la JOPT como un resultado más de la globalización capitalista³⁶. Ahora bien, las condiciones para la ejecución de estas sanciones son más o menos variables y pueden ser fijadas considerando que la privación de la libertad es un tipo de castigo histórico y sólo un tipo que, por demás, admite distintas modalidades.

35 Beccaria, magistralmente, ya lo advertía: “hacer ver á los hombres la posibilidad de perdonar los delitos, y que la pena no es necesaria consecuencia suya; es fomentar el alhago de la impunidad, y manifestar, que pudiéndose perdonar, las sentencias no perdonadas son más bien violencias de la fuerza que providencias de justicia” (Beccaria, 1822, p. 206).

36 Así lo ha hecho saber insistentemente: (FARC-EP, 2015).

- d. Y, fundamentalmente, será necesario entender que la JOPT reviste un carácter *complejo y principalístico*. Como cualquier expresión de justicia ordinaria, la JOPT coimplica distintas bases de justicia: el castigo por la comisión de una conducta punible (*justicia retributiva*), la reasignación equitativa de bienes y cargas sociales (*justicia distributiva*), el resarcimiento del perjuicio derivado de la infracción de una norma (*justicia correctiva*) y la restauración reconstructiva de las relaciones sociales y el tejido social comunitario (*justicia restaurativa*) (Sánchez & Ibañez, 2014, p. 111)³⁷. La regla de justicia ordinaria, en todos los casos, independientemente de que pretenda aplicarse en períodos de transición, coexiste con estas bases posibilitantes y limitativas. Su carácter complejo pone de presente un error del cual adolece el modelo que viene haciendo carrera en Colombia: la penalización de la JOPT. Despenalizar la JOPT no es sinónimo de impunidad, sino una premisa básica para entender por qué los derechos de las víctimas no pueden ser resarcidos integralmente en el marco de un proceso penal, sino que, para ello, son indispensables un conjunto de medidas administrativas de política social y reparadora.

Pero, estas posibilidades, que a su vez son límites, asumen la forma de principios (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 81)³⁸ y, por ello mismo, se trata de posibilidades y límites esencialmente *optimizables*. Por esta razón, sólo son posibles en una tensa relación entre sí. Así, estas tensiones se conjugan en el interior del dilema entre optar por la configuración de un presente con pasado sin futuro o la configuración de un presente con futuro sin pasado o, lo que es lo mismo, entre posibilidades reales de justicia distributiva y restaurativa y la vindicación de justicias retributivas y correctivas (Freeman, 2007)³⁹.

Los resultados de los diferentes ejercicios de ponderación deben ser coherentes con los límites democráticos, fácticos y discursivos a los que me he

37 Cf. “De este modo, justicia en la justicia de transición supone mucho más que justicia penal retributiva —se asume, de hecho, que la justicia penal no puede ser completamente administrada— y abarca a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de justicia “creativa”). En última instancia, la justicia de transición es una justicia de excepción que aspira a cambiar la situación de conflicto o posconflicto de ‘un peor a un mejor estado’” (Ambos, 2009, p. 28). Estaría de acuerdo en todo con el profesor Ambos si no fuese necesario, como creo, disipar el carácter excepcional de la justicia de transición o, al menos, entenderlo por fuera de un manto de sospecha que, por demás, no es atribuible a desarrollos académicos de este tipo sino a la crítica política proveniente de algunos sectores.

38 Acerca de la ponderación vale la pena analizar, con rigor, la fórmula del peso propuesta por Alexy (2008).

39 En términos estrictos la tensión que plantea Freeman es entre la justicia correctiva y la justicia distributiva.

referido. Estos ejercicios de ponderación estarán presentes en todas las etapas de creación, interpretación y aplicación, caso a caso, de la JOPT. Naturalmente, en líneas generales, puede tratar de sustentarse en una regla de prelación condicionada que dé prioridad a la justicia distributiva sobre la justicia correctiva⁴⁰ o viceversa⁴¹. Sin embargo, en términos estrictos, no es posible ni legítimo anticipar resultados puesto que el contenido de estos principios sólo puede ser definido en los casos concretos. *A priori* y de manera absoluta sería equivocado establecer una prioridad sobre una de estas dimensiones de la justicia en desmedro de otra, porque, así como puede ser útil explorar la búsqueda de un justo medio, también puede ser conveniente, dependiendo de la fase histórica de la transición, privilegiar la justicia retributiva y correctiva por encima de la justicia distributiva y restaurativa, insisto, dependiendo de qué tanto futuro o qué tanto pasado queremos que proyecte o conserve nuestro presente (Elster, 2010).

Reconocer el carácter complejo y principalístico de la JOPT comporta admitir sus límites y sus posibilidades. En tanto que no es posible satisfacer todas las dimensiones de la justicia al mismo tiempo, quizás sea preciso adoptar un modelo que, aunque se valga de ejercicios coetáneos, privilegie en el tiempo una aplicación estratégica y escalonada. Porque, es cierto, los límites se constituyen en relaciones de tensión entre sí, pero, de igual modo, se complementan⁴². Así pues, desde mi punto de vista que es tan sólo la vista de un punto, un énfasis temprano en alguna forma de justicia retributiva, que a la par mitigue los defectos inmediatos que los déficits de justicia distributiva producen en las víctimas y en los victimarios, apoyada en una aplicación transformadora de justicia correctiva, puede allanar el camino a mediano y largo plazo para que la justicia distributiva y la justicia restaurativa se consoliden. Lo contrario, creo yo, supondría arriesgar demasiado futuro en nombre de un pasado que tarde que temprano buscaría revancha, tal y como en efecto ha sucedido, años después, con algunas transiciones democráticas del Cono Sur.

-
- 40 En este sentido apunta la jurisprudencia constitucional que declaró exequible el Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 1 de 2012) y algunos esfuerzos teóricos importantes: (Kalmanovitz, 2010) y (Orozco Abad, 2005), entre otros. En este sentido se entiende que la justicia social garantiza un poco de justicia correctiva, que en todo caso es preferible en tratándose de un conflicto armado simétrico u horizontal, como el nuestro.
- 41 Algunos argumentos en esta línea, que parten de reconocer la responsabilidad estatal en el origen y prolongación del conflicto armado, y en el juzgamiento de todos los actores que hayan cometido graves atrocidades, con una dosis condicionada de perdón, puede ser consultada en: (Cortés Rodas, 2006).
- 42 Las tensiones y complementariedades de la justicia restaurativa en la JOPT pueden ser consultadas en: (Uprimny & Saffon, 2005).

En resumidas cuentas, el núcleo duro de la JOPT, esto es, la *justicia* de la JOPT, se encuentra condicionada por las posibilidades y los límites de satisfacción de los derechos a la justicia, la verdad, la reparación integral y transformadora y las garantías de no repetición (Rincón, 2010, p. 25). Así pues, la justicia de la JOPT depende de la optimización y síntesis de las cuatro dimensiones de justicia: una justicia retributiva que permita la sanción de los máximos responsables de delitos atroces (“justicia”), una justicia correctiva que compense los daños causados (reparación), una justicia distributiva que impida que la barbarie vuelva a suceder (garantías de no repetición) y una justicia restaurativa que permita el esclarecimiento de los hechos y la reconstrucción de las relaciones sociales (verdad y reconciliación). De estas condiciones depende el éxito o el fracaso de la JOPT como alternativa frente a las injusticias alternas.

5. Consideraciones finales

Hace más de cincuenta años, en un libro que es hoy referencia ineludible para los estudios sobre violencia y paz en Colombia, Eduardo Umaña Luna esbozaba un reto interesante: “El derecho debe estar atento a admitir las transformaciones que lo vivifiquen, lo vigoricen y, por ende, lo efectivicen” (Umaña Luna, 2010, p. 327). Creo que, sin ser apologéticos ni ingenuos, reconociendo tanto sus condiciones de posibilidad como sus límites de validez, la JOPT, con justicia, pueda dar respuesta satisfactoria a este llamado.

La JOPT: sin justicia retributiva, es impunidad, pero, con sólo justicia retributiva, es venganza; sin justicia correctiva, es revanchismo garantizado a futuro, pero, con sólo justicia correctiva, es regreso al *statu quo*; sin justicia distributiva, es repetición de los hechos, pero, con sólo justicia distributiva, es palabrería; sin justicia restaurativa, es olvido, pero con sólo justicia restaurativa, es contrato.

En suma y en síntesis, la JOPT, sin *justicia*, es una *injusticia alterna*: una forma ilegítima de violencia.

Referencias

- Aguilar Peña, M. (2000). Justicia guerrillera y población civil 1964 - 1999. *Bulletin de l'Institut Français d'Études Andines*, 435 - 461.
- Aguilar Peña, M. (2008). Las guerrillas y las construcciones del poder popular. En VV.AA, *Marx Vive. Izquierda y socialismo en América Latina* (págs. 339 - 351). Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

- Aguilar Peña, M. (2013a). Las guerrillas marxistas y la pena de muerte a combatientes. Un examen de los delitos capitales y del “juicio revolucionario”. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 201 - 236.
- Aguilar Peña, M. (2013b). Claves y distorsiones del régimen disciplinario guerrillero. *Ánálisis Político* (78), 45 - 62.
- Agustín, S. (1958). Obras de San Agustín. Edición bilingüe. Tomo XVI. La ciudad de Dios. (J. Moran Osa, Trad.) Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Arboleda, C. (2003). Iglesia, conflicto y paz. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Arboleda, C., & Castrillón, L. (2013). Testigo, memoria y esperanza. *Cuestiones Teológicas*, 457 - 478.
- Alcaldía de Medellín. (2011a). Desplazamiento forzado en la ciudad de Medellín y contexto de la violencia armada: documento *Diagnóstico para la formulación del Plan de Prevención de Desplazamiento Forzado Intraurbano de Medellín*. Medellín: Alcaldía de Medellín.
- Alcaldía de Medellín. (2011b). El desplazamiento forzado en el municipio de Medellín: Mecanismo de control territorial. Medellín: Alcaldía de Medellín.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. (E. Garzón Valdés, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional (C. Bernal Pulido, Trad., págs. 13 - 42). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alston, P., & ONU. (2010). Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Misión a Colombia. A/HRC/14/24/Add.2. Asamblea General de Naciones Unidas. New York: Organización de Naciones Unidas.
- Ambos, K. (2009). El marco jurídico de la justicia de transición. En K. Ambos, E. Malarino, & G. Elsner, *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (págs. 23 - 129). Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Georg-August-Universität-Göttingen.
- Aponte, A. (1999). Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Aponte, A. (2008). Colombia: un caso sui generis en el marco de la justicia de transición. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* [Online] (12), 395 - 433.
- Aristóteles. (2001). Ética a Nicómaco. (J. Calvo, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.

- Arrieta Burgos, E. (2015a). Introducción a la crítica del concepto de Derecho en Jean-Paul Sartre. En A. Ruiz Gutiérrez, *La crisis de la noción del derecho*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Banco Mundial. (2015). Índice de Gini. Recuperado el 2 de junio de 2015, de Banco Mundial: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>
- Baratta, A. (2004). Principios de Derecho Penal Mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). En C. A. ELBERT, & J. C. Faira (Ed.), *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F.
- Beccaria, C. (1822). Tratado de los delitos y de las penas. Madrid: Imprenta de Albán.
- Benjamin, W. (2001). Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV (Tercera ed.). (R. Blatt Weinstein, Trad.) Madrid: Taurus.
- Benjamin, W. (2008). Sobre el concepto de historia. En W. Benjamin, Obras. Libro I. (Vol. II, págs. 305 - 317). Madrid: Abada Editores.
- Bernal Sarmiento, C. (2010). Excepcionalidad permanente: un ensayo de comprensión histórica de la justicia penal de excepción y la justicia transicional en Colombia. En C. I. Transicional, *Transiciones en contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada* (págs. 114 - 155). Bogotá D.C.: ICTJ.
- Bickford, L. (2004). Transitional Justice. En D. Shelton, *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity* (Vol. III, págs. 1045 - 1047). Detroit: Macmillan Reference.
- Carnelutti, F. (1971). Derecho y proceso. (S. Sentís Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, F. (1973). Instituciones del proceso civil. (S. Sentís Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, F. (1997). Cómo nace el derecho (Tercera ed.). (S. Sentis Melendo, & M. Ayerra, Trads.) Bogotá: Temis.
- Carrara, F. (1973). Programa de Derecho Criminal. Parte Especial (3a ed., Vol. I). (J. Ortega Torres, & J. Guerrero, Trads.) Bogotá D.C.: Temis.
- Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia. (2015). Índice Global de Impunidad 2015. Recuperado el 1 de agosto de 2015, de Universidad de las Américas Puebla: <http://www.udlap.mx/cesij/resultadosigi2015.aspx>
- Centro de Memoria Histórica. (2012). Justicia y Paz: ¿Verdad judicial o Verdad histórica? Bogotá D.C.: Taurus.
- Clausewitz, K. V. (1992). De la guerra. Bogotá D.C.: Labor.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Capítulo V. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. En *C. I. Humanos, Informe Anual 2014* (págs. 569 - 682). San José: CIDH.
- Cortés Rodas, F. (2006). Justicia transicional: teoría y praxis. En C. Gamboa Tapias, *Justicia transicional: teoría y praxis* (págs. 85 - 112). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Cote-Barco, E. (2010). El proceso penal especial de Justicia y Paz: ¿Verdadera alternativa para la transición a la paz u otro intento fallido de consolidación del Estado en medio de la guerra? *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, 125 - 164.
- De Greiff, P. (2005). Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta. *Revista de Estudios Sociojurídicos* (7), 153 - 199.
- De Greiff, P. (2010). A Normative Conception of Transitional Justice. *Politorbis* (50), 18 - 30.
- De Greiff, P. (2012). Theorizing Transitional Justice. En M. Williams, R. Nagy, & J. Elster, *Transitional Justice: Nomos LI* (págs. 31 - 77). New York: New York University Press.
- De Zubiría Samper, S. (2015). Dimensiones políticas y culturales en el conflicto colombiano. En *Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia* (págs. 194 - 247). Bogotá D.C.: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas.
- Dejusticia & Ministerio de Justicia. (2013). Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas. Recuperado el 2 de julio de 2015, de Dejusticia: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.618.pdf
- Ehrlich, E. (1986). Fundamentos da Sociologia do Direito. (R. Ermani Gertz, Trad.) Brasilia: Universidade de Brasilia.
- El Mundo. (26 de agosto de 2014). Caso “Popeye”: justicia para unos, impunidad para otros. Recuperado el 1 de agosto de 2015, de El Mundo: http://www.el-mundo.com/portal/noticias/justicia/caso_popeye_justicia_para_unos_impunidad_para_otros.php
- Elster, J. (2004). *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, J. (2010). Land, Justice and Peace. En M. Bergsmo, C. Rodríguez-Garavito, & P. S. Kalmanovitz, *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher. Recuperado el 2 de julio de 2015, de FICHL: (http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/documents/FICHL_6_web.pdf ed., págs. 15 - 23).

- Engle Merry, S. (2004). Una clasificación de la justicia popular. (ILSA, Ed.) El otro derecho (30), 39 - 74.
- Escalante Gonzalbo, F. (2008). Menos Hobbes y más Maquiavelo. Notas para discutir la debilidad del Estado. En F. (. González G, Hacia la reconstrucción del país. Desarrollo, Política y Territorio en regiones afectadas por el conflicto armado (págs. 287 - 309). Bogotá D.C.: CINEP - ODECOFI.
- Espinosa, N. (2003). Entre la justicia guerrillera y la justicia campesina. ¿Un nuevo modelo de justicia comunitaria? La Macarena, Meta, estudio de caso. *Revisita Colombiana de Sociología*, 117 - 145.
- FARC-EP. (26 de enero de 2015). Una mirada distinta en torno a la justicia transicional. Obtenido de Diálogos de Paz: <http://www.pazfarc-ep.org/index.php/articulos/farc-ep/2382-una-mirada-distinta-en-torno-a-la-justicia-transicional>
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. (A. I. Perfecto, Ed.) Madrid: Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (Julio de 2015). Sentencias ley de Justicia y Paz. Recuperado el 10 de agosto de 2015, de Fiscalía General de la Nación: http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/ley_justicia_y_paz/
- Foucault, M. (1980). Microfísica del poder (2a ed.). (J. Varela, & F. Álvarez-Uría, Trads.) Madrid: La Piqueta.
- Foucault, M. (2000). Defender la sociedad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2007). Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978 - 1979). (H. Pons, Trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2011). Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber. (U. Guñazú, Trad.) México D.F: Siglo XXI.
- Franco, V. (2003). Violencias, conflictos urbanos y guerra civil: el caso de la ciudad de Medellín en la década de los noventa. En AA.VV, *Violencias y conflictos urbanos: un reto para las políticas públicas* (págs. 59 - 110). Medellín: Instituto Popular de Capacitación.
- Freeman, M. (2007). Back to the Future: The Historical Dimension of Liberal Justice. En D. P. Max, & P. Stephen, Repairing the Past? International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses (págs. 29 - 51). Oxford: Intersentia.
- Fund for Peace. (2014). Fragile States Index 2014. Washington: Found for Peace.
- Gaitán, T., & Jaillier, C. (2014). Apocalipsis: fe y resistencia. *Cuestiones Teológicas*, 97 - 131.

- Gallón Giraldo, G. (1983). *La república de las armas: relaciones entre Fuerzas Armadas y Estado en Colombia*. Bogotá D.C.: CINEP.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina* (Segunda ed.). Bogotá D.C.: IEPRI y Debate.
- Giraldo Moreno, J. (2015). Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos. En C. H. Víctimas, Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia (págs. 407 - 450). Bogotá D.C.: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas.
- Gómez Sánchez, G. I. (2014). Justicia transicional en disputa. Una perspectiva constructivista sobre las luchas por la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, 2002 - 2012. Medellín: Universidad de Antioquia.
- González, J. (2007). La justicia transicional o la re legitimación del derecho penal. *Estudios Políticos* (31), 23 - 42.
- González, F. E., Bolívar, I., & Vásquez, T. (2003). *Violencia política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá D.C.: CINEP.
- Grupo de Memoria Histórica GMH. (2013). *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Centro Nacional de Memoria Histórica. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Guzmán Campos, G., Fals Borda, O., & Umaña Luna, E. (2010a). *La violencia en Colombia. Tomo I*. Bogotá D.C.: Punto de Lectura.
- Guzmán Campos, G., Fals Borda, O., & Umaña Luna, E. (2010b). *La violencia en Colombia. Tomo II*. Bogotá D.C.: Punto de Lectura.
- Huntington, S. P. (1994). *La tercera ola. La democratización a finales del Siglo XX*. (J. Delgado, Trad.) Buenos Aires: Paidós.
- IPSOS, Semana, RCN-Radio, RCN-Televisión, & FM. (31 de julio de 2015). *Colombia Opina julio de 2015. Medición 12 [2015.2]*. Recuperado el 5 de agosto de 2015, de *Revista Semana*: http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Documento_436907_20150731.pdf
- Iturralde, M. (2003). Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. *Revista de Estudios Sociales* (15), 29 - 46.
- Jaramillo, A. M., Villa, M. I., & Ceballos, R. (2001). Actores recientes del conflicto armado en Medellín. En B. D. Sousa Santos, & M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo II* (págs. 423 - 461). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.

- Kalmanovitz, P. (2010). Corrective Justice versus Social Justice in the Aftermath of War. En M. Bergsmo, C. Rodríguez-Garavito, & P. S. Kalmanovitz, *Distributive Justice in Transitions* (http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/documents/FI-CHL_6_web.pdf ed., págs. 71 - 95). Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Kant, I. (2007). Crítica del juicio. (M. García Morente, Trad.) Madrid: Espasa Calpe.
- Kritz, N. (1995). The dilemmas of transitional justice. En N. Kritz, *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes* (Vol. I. General Considerations, págs. XIX - XXX). Washington: United States Institute of Peace.
- Mbembe, A. (1999). Du gouvernement privé indirect. *Politique Africaine* (73), 103 - 121. Obtenido de <http://www.cairn.info/revue-politique-africaine-1999-1-page-103.htm>
- Molano, A. (2001). La justicia guerrillera. En B. Sousa Santos, & M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo II (págs. 331 - 388). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Molina López, R. (2014). ¿Es realmente acusatorio el proceso penal colombiano? En Grupo de Investigaciones en Derecho, *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (págs. 275 - 286). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Mondragón Pedrero, F. (2012). Justicia Alternativa en materias civil, comercial y familiar. En E. Ferrer Mac-Gregor, *Procesalismo científico. Tendencias contemporáneas. Memorias del XI Curso Anual de Capacitación y Preparación para Profesores de Derecho Procesal* (págs. 107 - 110). México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- O'Donnell, G., & Schmitter, P. (1991). *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas* (Vol. IV). Buenos Aires: Paidós.
- Orozco Abad, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria: dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá D.C.: Temis.
- Pastor, D. (2009). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. En D. Pastor, *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.
- Pécaut, D. (2015). Una lucha armada al servicio del statu quo social y político. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, *Contribución al entendimiento del conflicto en Colombia* (págs. 599 - 651). Bogotá D.C.: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas.

- Pizarro Leongómez, E. (2015). Una lectura múltiple y pluralista de la historia (relatoría). En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia (págs. 5 - 98). Bogotá D.C.: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas.
- Posner, E., & Vermeule, A. (2003). Transitional Justice as Ordinary Justice. Public and Legal Theory Working Paper N° 40. Chicago: University of Chicago.
- Rawls, J. (1995). Teoría de la justicia (2a ed.). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Rettberg, A. (2006). Buscar la paz en medio del conflicto, un propósito que no da tregua: un estudio de las iniciativas de paz en Colombia (Desde los años 90 hasta hoy). Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Revista Semana. (1 de agosto de 2015). Operación tapen-tapen. Recuperado el 7 de agosto de 2015, de *Revista Semana*: <http://www.semana.com/nacion/articulo/operacion-tapen-tapen/436987-3>
- Rincón, T. (2010). Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Rojas Castillo, J. (2004). Derecho, desplazamiento forzado interno y construcción del Estado. *El Otro Derecho* (30), 135 - 169.
- Ruiz Gutiérrez, A. (2012). Walter Benjamin: una crítica a la violencia del derecho. *Estudios de Derecho*, 69 - 87.
- Sánchez, N., & Uprimny, R. (2014). Algunos lineamientos para pensar el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con los grupos guerrilleros. En R. Uprimny, L. M. Sánchez Duque, & N. C. Sánchez, *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (págs. 90 - 165). Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Sánchez, N., & Ibañez, C. (2014). La justicia transicional como categoría constitucional. En K. (. Ambos, *Justicia de Transición y Constitución* (págs. 107 - 154). Bogotá d.C.: Temis.
- Sánchez, N., & Uprimny, R. (2010). Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En C. I. Transicional, *Tareas Pendientes: Propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia* (págs. 193 - 268). Bogotá D.C.: ICTJ.
- Sartre, J.-P. (1963). Crítica de la razón dialéctica precedida de cuestiones de método. Tomo I. Teoría de los conjuntos prácticos. Libro I. De la praxis individual a lo práctico inerte. (M. Lamana, Trad.) Buenos Aires: Losada.

- Sartre, J.-P. (1973). *Alrededor del 68. Situación ocho.* (E. Gudiño Kieffer, Trad.) Buenos Aires: Losada.
- Sartre, J.-P. (1977). *Autorretrato a los setenta años.* (J. Schvartzman, Trad.) Buenos Aires: Losada.
- Schmitt, C. (1966). *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político.* (A. Schmitt, Trad.) Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Secretario General de Naciones Unidas. (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. S/2004/616.* Consejo de Seguridad, Organización de Naciones Unidas. New York: Organización de Naciones Unidas.
- Silva Sánchez, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Segunda ed.). Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, J. (2003). *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal.* En L. (Arroyo Zapatero, N. M. (Coord.), & N. Ulfrid, Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha.
- Solano Vélez, H. (2012). *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho.* Medellín: Diké.
- Sousa Santos, B. D., & García Villegas, M. (2001). Introducción. En B. D. Sousa Santos, & M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo II* (págs. 327 - 330). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Teitel, R. G. (2003). *Transitional Justice Genealogy.* Harvard Human Rights Journal, 16, 69 - 94.
- Umaña Luna, E. (2010). *El ambiente penal de la violencia o factores sociojurídicos de la impunidad.* En M. G. Guzmán Campos, O. Fals Borda, & E. Umaña Luna, *La violencia en Colombia. Tomo I* (págs. 327 - 429). Bogotá D.C.: Punto de Lectura.
- Uprimny, R. (12 de Diciembre de 2001). *Jueces de paz y justicia informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones. Los medios alternativos de resolución de conflictos.* Barquisimeto. XXVI Jornadas JM Domínguez Escobar (págs. 1 - 31). Barquisimeto: Colegio de Abogados del Estado de Lara. Recuperado el 10 de Junio de 2015, de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.51.pdf
- Uprimny, R. (2006). *Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano.* En U. Yepes, Rodrigo, M. P. Saffon Sanín, C. Botero Marino, & E. Restrepo Saldarriaga, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (págs. 17 - 44). Bogotá D.C.: Dejusticia.

- Uprimny, R. (2010). Prólogo. En R. Tatiana, Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2005). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En A. Rettberg, Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional (págs. 211 - 232). Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2008). Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia. En U. d. Chile, Anuario de Derechos Humanos (págs. 165 - 195). Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Valencia Villa, H. (15 de Marzo de 2006). El derecho a la justicia en una sociedad democrática. Recuperado el 30 de mayo de 2015, de Repositorio de la Universidad Autónoma de Madrid: https://repositorio.uam.es/xmlui/bitstream/handle/10486/4475/29869_6.pdf?sequence=1
- Vargas, A. (2001). El conflicto interno armado en Colombia. Antecedentes y perspectivas. Comentario Internacional (1).
- Weber, M. (1964). Economía y sociedad. (J. Medina Echavarría, J. Farrell, E. Ímaz, E. García Maynez, & J. Ferrater Mora, Trads.) Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (1979). El político y el científico (Quinta ed.). (F. Rubio Llorente, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- Zuleta, G. (2014). Perdón y esperanza, el camino a la reconstrucción de la justicia. *Cuestiones Teológicas* , 271 - 276.
- Zuluaga, J. (2012). Acerca del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de “Justicia y Paz”. En R. Molina López, Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal. Libro homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana en su 75° aniversario (págs. 571 - 634). Medellín: Diké y Universidad Pontificia Bolivariana.
- Zuluaga, J. (2014). Alcance del artículo 1° inciso 4° del Acto Legislativa 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal. En K. Ambos, Justicia de transición y constitución: análisis a la sentencia C-579 de 2013 (págs. 155 - 196). Bogotá D.C.: Temis.

Normas citadas

- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 270. (1996). Estatutaria de la Administración de Justicia

Colombia. Congreso de la República. Ley 446. (1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

Colombia. Congreso de la República. Ley 497. (1999). Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento.

Colombia. Congreso de la República. Ley 522. (1999). Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar.

Colombia. Congreso de la República. Ley 906. (2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Colombia. Congreso de la República. Ley 975. (2005). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1098. (2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1407. (2010). Por la cual se expide el Código Penal Militar.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1448. (2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Acto Legislativo 01. (2012). Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1563. (2012). Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

Sentencias citadas

Corte Constitucional. (2006). Bogotá D.C. Sentencia C – 370 de 2006. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2011). Bogotá D.C. Sentencia C – 771 de 2011. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. (2013). Bogotá D.C. Sentencia C – 579 de 2013. Magistrado
Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. (2014). Bogotá D.C. Sentencia C – 577 de 2014. Magistrada
Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

La mediación penal en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro

Mediation in the spanish criminal law: state of the art and future prospects

Pilar Martín Ríos¹

Resumen

Pese a la indiscutible vigencia del principio de legalidad en nuestro sistema, en los últimos años se viene defendiendo la conveniencia de recurrir a vías nuevas, distintas a las tradicionales, para la resolución de conflictos. Al examinar la realidad actual en nuestro país respecto de estas nuevas corrientes, ha de hacerse una nítida diferenciación entre el estado de la mediación en el proceso civil y en el mercantil. Dentro, a su vez, del ámbito penal, la situación varía sensiblemente según nos encontremos en el proceso de adultos o en el de menores. En el presente trabajo se aborda el especial momento –podemos decir, de transición- en el que se encuentra nuestro sistema procesal penal respecto a la implantación de la mediación penal.

Palabras clave: Justicia penal. Mediación. Justicia restauradora. Víctima. Ofensor

Abstract

Despite the validity of the principle of legality in our legal system, in recent years it has been defending the desirability of using new ways to resolve conflicts, different from the traditional. Examining the

¹ Profesora Doctora (desde el año 2007) de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, España.
pilarmar@us.es
D.N.I.: 30.224.029-M.

current situation in our country with regard to these new trends, it has to be a differentiation between the state of mediation in civil procedure and in the trade procedure. While in the criminal field, the situation varies depending if we talk about the process of adult or if we talk about the juvenile process. In this paper the author analyzes the moment of transition in which our criminal justice system is, regarding the implementation of penal mediation.

Keywords: Criminal justice. Mediation. Restorative Justice. Victim. Offender

I. Palabras previas

Pese a la indiscutible vigencia del principio de legalidad² en nuestro sistema -no en vano, es consagrado en el art. 124.1 de nuestra Constitución Española (CE) y en los arts. 100, 105, 271, 642 a 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LE-Crim)-, se ha venido reivindicando en los últimos tiempos -de forma más acusada en los últimos 15 años- la conveniencia de recurrir a vías nuevas, mecanismos distintos a los tradicionales, para la resolución de conflictos.

Algunas de estas figuras, manifestaciones evidentes del controvertido “principio de oportunidad”³, como sucede con el instituto de la conformidad, encontraron reticencias en la doctrina científica (especialmente en los primeros momentos de su implantación) que se han ido disipando con el tiempo, dando lugar a un panorama, el actual, en el que la mayoría de los casos que se sustancian los juzgados son solventados a través de la conformidad, basándose incluso en prácticas que, sin llegar a ser ilegales, operan en una situación de vacío normativo.

En el ámbito del proceso de menores, se han acogido sin reservas –y con gran predicamento práctico, además- los institutos de la conciliación y de la reparación, que suponen la introducción, en dicho ámbito, de consideraciones de justicia restauradora. Precisamente para lograr tal conciliación o dicha reparación en la jurisdicción de menores, se recurre con frecuencia a la mediación penal⁴.

2 Como es sabido, ello obliga a iniciar un proceso penal siempre que exista la sospecha de la comisión de cualquier delito, sin que pueda solicitarse ni concederse el sobreseimiento/archivo en tanto subsistan los presupuestos materiales de dicho ilícito penal y se haya individualizado a su presunto autor.

3 Principio antagónico al de legalidad.

4 Existen igualmente otras manifestaciones de justicia restauradora en el ámbito de adultos, como sucede con la atenuante de reparación, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la sustitución de penas privativas de libertad o el acceso a la libertad condicional (que se hacen depender de tal reparación), pero repárese en que, en esos casos, no se contempla la mediación como cauce para lograr dicha reparación.

En el proceso penal de adultos, en cambio, las reticencias para la implantación de dicha mediación en nuestro país han sido mucho más acusadas. No debe ello, sin embargo, parecernos extraño, pues en un sistema-como el nuestro- presidido, como se dijo, por el principio de legalidad, no puede resultar pacífica la introducción de esta nueva vía. Hay rasgos evidentes que la alejan del proceso penal, no siendo una figura que se concilie fácilmente con la tradición jurídica de los sistemas jurídicos latino y germánico, y sí, en cambio, con el pragmatismo propio de los sistemas anglosajones.

A este respecto, FAGET (1997) entiende la mediación como el producto de la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológicamente heterogéneas: la que denuncia los devastadores efectos de la intervención del sistema penal en la trayectoria de los delincuentes, la que -mediante la exaltación de los derechos del hombre- coloca la protección de las víctimas en el pedestal judicial, y la que trata de revivificar una idea de comunidad ya perdida.

Las propuestas de quienes propugnan la implantación de la mediación pueden sistematizarse en dos grupos: por una parte, encontramos la postura de quienes proponen la mediación como una verdadera alternativa al proceso penal. Por otro lado, la de quienes la contemplan como una vía para ponerle fin. En consecuencia, la reparación obtenida por la víctima a través de la mediación podría llevar aparejados dos posibles efectos: así, sería posible que supusiera el impedir el proceso, constituyendo una vía alternativa al mismo. Por otro lado, sería igualmente posible que se configurara como causa de sobreseimiento de aquél.

II. Ciertos aspectos, positivos y negativos, del recurso a la mediación en el ámbito penal

La explicación del auge que está alcanzando en los últimos tiempos la figura de la mediación se halla, lamentablemente, en la constatación de un fracaso, o si se quiere, de una incapacidad, que es la del propio proceso como cauce para la resolución de conflictos. Conscientes de los males que aquejan a nuestro proceso penal, es comprensible que se ofrezcan, incluso con entusiasmo, propuestas alternativas que defiendan la implantación de vías informales al margen de los cauces oficiales. Entre ellas, se promueve la búsqueda de soluciones consensuadas entre víctima y ofensor, como modo de lograr una solución justa y ágil.

Estas nuevas tendencias, además, son natural reacción frente a la expansión de un derecho penal represivo, eminentemente retributivo, que hace necesaria la

reivindicación de espacios para la interacción entre los dos protagonistas de la llamada “pareja penal”.

En efecto, la mediación se incardina dentro de la llamada justicia restauradora, pues con ella se pretende, entre otras cosas, alcanzar soluciones reparadoras para la víctima, pero en un sentido amplio de reparación, no sólo pecuniaria (Pérez Sanzberro, 1999). A través de la mediación como cauce, como vía, en efecto pueden lograrse soluciones que, en cierto modo, reconcilien a la víctima con su agresor, logrando una satisfacción que trasciende de lo meramente económico. Se considera finalizado el proceso de mediación con la consecución de un acuerdo conciliatorio. Generalmente, aunque no necesariamente, consistirá en la reparación del ofensor hacia la víctima, además de otra suerte de compromisos.

Quienes reivindican la mediación como instrumento para la resolución de conflictos sostienen que con ella se solucionan problemas cardinales de nuestro sistema penal, tales como la victimización secundaria derivada de la incursión de la víctima en un sistema formal, la ineficacia de las penas privativas de libertad, el sentimiento de que el conflicto le ha sido robado, la lentitud y el excesivo formalismo de nuestro proceso. Además, suponen el reconocimiento de un mayor protagonismo a las víctimas (Basilico, 2000; Ponti, 1993 y 1995; Rotati, 2003). A diferencia del arbitraje, no se trata de imponer una solución propia, sino que el mediador imparcial trata de ayudar a las partes a que sean ellas las que alcancen una solución consensuada.

Pero, la deseable superación de las evidentes fallas de nuestro sistema, ¿encuentra remedio adecuado en el recurso a esta clase de mecanismos? No debemos obviar que el empleo de la mediación en el ámbito penal puede ocasionar ciertos problemas respecto a la sociedad y respecto del propio ofendido. En primer término, porque puede llevar aparejada pérdida de confianza en la justicia, desilusión de las expectativas depositadas en la justicia penal, falta de valor de la prevención general positiva y negativa, y el riesgo de crear una “justicia de pobres” y otra “de ricos” (Lamarca Pérez, 2007), al propiciar una concepción de la reparación fundamentalmente material, como compensación económica a la víctima por daños y perjuicios.

Por lo que hace al ofendido, este pudiera ver puesto en entredicho su constitucional derecho a la presunción de inocencia desde el momento en que pudiera ser inducido a someterse a mediación y aceptar la reparación con el único fin de evitar un mal mayor que derivara del funcionamiento del aparato estatal. Precisamente por tal causa, parece que este sea un camino sólo posible para supuestos en que la autoría del hecho es indiscutible.

Aparecen, además, otros tipos de problemas, vinculados a la aplicación práctica de la mediación, como son su coste económico y la dificultad de asegurar la efectividad de los acuerdos reparatorios, así como el riesgo de que se produzca un fenómeno de *net-widening* -es decir, de ampliación de la red de control social-, al extenderse a casos que, por ser disputas menores, posiblemente nunca hubieran llegado a los tribunales penales.

Hay que tener presente, igualmente, que las propuestas de mediación parecen separarse en algunos aspectos de la realidad. Como indica Carvalho (2002), se trata de una visión romántica del ser humano como capaz de diálogo en momentos de crisis, es decir, “de una visión ingenua del hombre y de sus perversiones”.

III. La mediación, hoy, en España: *state of the art*

1. Consideraciones generales

Corresponde, en este punto, exponer sucintamente cuál es la situación actual en nuestro país respecto a estas nuevas corrientes. Al margen de que en la praxis se adoptan prácticas acordes con la denominada “mediación informal”, desarrollada en su labor cotidiana por el personal al servicio de la administración de justicia, ha de hacerse una nítida diferenciación entre el estado de la mediación en el proceso civil y en el mercantil. Dentro, a su vez, del ámbito penal, la situación varía sensiblemente según nos encontremos en el proceso penal de adultos o en el de menores. Al análisis de esas cuestiones nos dedicaremos en los apartados siguientes. Interesa ahora, sin embargo, exponer cuáles son las directrices que a este respecto se nos marcan desde instancias comunitarias. Así, la *Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, insistía en las bondades de la mediación y exigía la inclusión en nuestro sistema de previsiones de esta clase⁵. Tal texto alentaba a los Estados miembros a *impulsar la mediación en las causas penales [...] y a velar para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación” [...]”*.

Con posterioridad, la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección*

5 Lo que debía haber tenido lugar, a más tardar, el 22 de marzo de 2006.

de las víctimas de delitos, aprobada el 25 de octubre de 2012⁶, que ha sustituido a la referida Decisión marco, aborda de nuevo esta cuestión. Si bien la Decisión marco referida hacía alusión a la “mediación en causas penales”, la nueva Directiva alude, de forma más general, a los “servicios de justicia reparadora” en los que incluye, junto a la mediación, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia⁷. Además, en el art. 12.2 de la Directiva que venimos analizando, se dispone –de manera similar a como se hacía en el art. 10, apartado primero, de la ya derogada Decisión marco de 2001- que los Estados miembros *facilitarán* la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación⁸.

2. Mediación en el proceso civil y mercantil

Puesto que en el proceso civil rige, como es sabido, el principio dispositivo –acorde con la naturaleza privada de los intereses que, de ordinario, se ventilan en este género de procesos-, ningún inconveniente surge en admitir la mediación en su seno. De hecho, en materia civil y mercantil la mediación está siendo en España objeto de inusitada atención en los últimos tiempos, como evidencian el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, y la posterior Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

3. Mediación en el proceso penal de menores

En el ámbito del proceso penal de menores, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, supuso dar entrada en el proceso de menores a manifestaciones evidentes del principio de oportunidad, cobrando una importancia capital la reparación y la conciliación a la hora de adoptar decisiones

6 DOUE de 14 de noviembre de 2012.

7 *Vid.*, así, el Considerando número 46 y los arts. 2.1.d), 4.1.j), 12 (más extensamente) y 25.4 de la Directiva en cuestión.

8 De igual manera, la Directiva consagra, en su art. 4.1. j), el derecho de las víctimas a contar con información acerca de los servicios de justicia reparadora existentes desde el primer contacto con una autoridad competente. En el apartado segundo del mismo artículo se advierte de que la extensión o detalle de esa información variará en atención a “las necesidades específicas y las circunstancias personales de la víctima, y el tipo o carácter del delito”.

En el art. 25.4 de la citada Directiva se atribuye a los Estados miembros la responsabilidad de fomentar que las personas que trabajan en los servicios de justicia reparadora reciban “la formación adecuada de un nivel que sea el adecuado al tipo de contactos que mantengan con las víctimas, y observen normas profesionales para garantizar que tales servicios se prestan de manera imparcial, respetuosa y profesional”.

acerca de la conveniencia de abrir expediente contra el menor, archivar el ya abierto o sustituir una medida por otra. El hecho de que estos procesos estén presididos por el interés superior del menor y de que en ellos se hable de “medidas educativo-sancionadoras” y no de “penas”, hacen de este ámbito el campo óptimo para el desarrollo de corrientes que se alejan de la concepción clásica del proceso criminal y de un derecho penal exclusivamente represivo.

En la mayoría de los casos, se acude a la mediación como vía para alcanzar tales acuerdos ofensor-victima, aun cuando la Ley Orgánica 5/2000 reserve esta tarea al conocido como Equipo Técnico⁹, que no es, en puridad, un mediador. Es práctica común en algunas comunidades autónomas suscribir convenios de colaboración con entidades (privadas, paradójicamente) para desarrollar estos programas de mediación.

4. Mediación en el proceso penal de adultos. Análisis de un caso singular: la mediación en supuestos de violencia de género

Es evidente que respecto a la pretensión civil, objeto contingente del proceso penal, cabe (con el único límite del Código Civil) la práctica de negociaciones entre las partes acerca del montante de dicha responsabilidad. Tampoco plantea ningún problema, en cuanto a dicha pretensión –de naturaleza estrictamente privada y que se rige por el principio dispositivo-, que las partes puedan renunciar, incluso, a su satisfacción.

No sucede igual, en cambio, con la pretensión penal que constituye el objeto natural del proceso criminal. Su naturaleza pública y su indisponibilidad para las partes –a salvo los supuestos de delitos privados y semiprivados- dificultan en gran medida que pueda admitirse que sea únicamente la voluntad de las partes la que decida poner fin al proceso, así como que sean ellas las que, al margen de lo dispuesto en el Código Penal, lleguen a un acuerdo acerca del alcance y las consecuencias de la responsabilidad penal. No en vano, no ha sido hasta fechas muy recientes, de la mano de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que se ha dado entrada a la mediación en el proceso penal de adultos. Antes de ese momento, la única mención que se hacía a la mediación en este marco era, precisamente, para prohibirla. Así sucedía con los supuestos de violencia de género, que a continuación analizamos:

9 Integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales.

A raíz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el actual art. 87 *ter*, apartado 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe recurrir a la mediación en todos los casos de infracciones cometidas en el ámbito de la violencia de género¹⁰.

Siendo esta la situación, han surgido, sin embargo, voces proclives a permitir la mediación en todo caso, sin distinguir si se trata de hipótesis de violencia de género. Existen, asimismo, partidarios de valorar esa posibilidad supuesto a supuesto, en una suerte de vía intermedia que huye tanto de prohibiciones absolutas como de habilitaciones generales.

Los argumentos que se esgrimen para justificar el recurso a la mediación en casos de violencia de género son variopintos (Esquinas Valverde, 2008); entre ellos, se destaca la economía procesal y de recursos que supondría conceder a la mujer la facultad de poner fin, cuando lo estimare oportuno, a “su” proceso (lo que podría evitar, además, su posterior victimización, derivada de la entrada en el proceso). La mediación se presenta, de este modo, como una oportunidad para que la víctima recupere el protagonismo que el proceso formal le escatima, así como una posibilidad de que el agresor se enfrente directamente a las consecuencias de sus actos, lo que pudiera contribuir a que reconociera su responsabilidad (Fyfe, 2001).

Por contra, los detractores de permitir la mediación en supuestos de violencia de género (Corsilles, 1994; Wolhuter, Olley y Denham, 2009) sostienen que conlleva un riesgo para su integridad física, así como que no satisface los fines de preventión general. Del mismo modo, se aduce que tal mediación comporta exponer a la mujer a la manipulación de otros, como pudieran ser su ofensor o algún familiar, amén de situar a la mujer en una posición de inferioridad en las negociaciones, dada la situación en que se encuentra quien ha sufrido esta clase de victimización. De hecho, tal vez el argumento más recurrente a este respecto sea el que enfatiza la situación de dependencia de la mujer agredida respecto de su agresor, que entra en claro conflicto con la exigencia de simetría entre las partes que constituye un principio esencial de todo proceso mediador. Precisamente una de las mayores críticas a la mediación es que no tiene en cuenta las desigualdades sociales, y resulta por ello inadecuada para víctimas que provengan de desiguales grupos sociales, para víctimas de violencia de género y para víctimas de delitos homófobos o racistas.

10 Pese a que en las normativas autonómicas relativas a las relaciones familiares es frecuente encontrar referencias a la mediación como modo de solucionar los conflictos que en ellas puedan surgir.

No podemos concluir este apartado sin traer a colación el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España en junio de 2014¹¹. Sus planteamientos son muy elocuentes de las tendencias hoy predominantes en este campo. Llama la atención, *v. g.*, que en su art. 48 se diga que las Partes adoptarán las medidas necesarias para *prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación*, para todos los supuestos de violencia doméstica y de género. Asimismo, en su art. 55.1 se insta a las Partes a velar porque la persecución de esta clase de delitos no dependa totalmente de la denuncia de la víctima, favoreciéndose que el proceso continúe aun cuando esta se retracte o retire su denuncia.

Cabría, aún, una vía intermedia entre las dos posturas antes expuestas (Fyfe, 2001). De acuerdo con ella, habría de distinguirse entre los casos en que la violencia es efectivamente relevante –incidiendo entonces en la posición de igualdad de las partes- y aquellos otros en que ese grado de violencia no llega a afectar a la libertad de criterio de la víctima. No obstante lo anterior, el legislador español, ha optado, en aras de la protección de las víctimas de este tipo de delitos, por adoptar una postura que, a su juicio, trata de evitar que las amenazas y coacciones del ofensor influyan en la aceptación de sus propuestas por parte de aquellas. No olvidemos, además, que el sistema español configura los tipos penales relativos a la violencia doméstica y de género como delitos públicos, lo que implica tanto su persecución de oficio como la inoperatividad de un eventual perdón del ofendido, resultando irrelevante la voluntad de la víctima respecto a la persecución de tales delitos.

IV. Perspectivas de futuro de la mediación en España: la inminencia de su implantación en el proceso penal de adultos

Una vez expuesta la actual situación de la mediación penal en nuestro país, corresponde realizar un pronóstico de lo que, al menos en un plano teórico, serán los nuevos derroteros por los que discurrirá la implantación de esta figura en el futuro más cercano.

11 BOE de 6 de junio de 2014.

Por una parte, el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal, de 2013, realiza una modificación sustancial en este campo. En su exposición de motivos se afirma que con la mediación penal se persigue posibilitar la utilización, siempre voluntaria, de un mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación. De acuerdo con dicho texto, la mediación penal reparadora se lleva a cabo de forma *paralela* al proceso jurisdiccional pero podría llegar a condicionarlo o influir en él. Se entiende, así, que el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional, suponiendo solo la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente muy dispares. Éstas, que pueden ir desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena o a la apreciación de alguna atenuante, no se anudan necesariamente, de todos modos, a la mediación.

Es necesario aclarar que la tramitación del Borrador comentado se encuentra paralizada en estos momentos, desconociéndose qué destino aguarda a las novedosas previsiones que, en esta materia, se contenían.

Sí es inminente, en cambio, la entrada en vigor de la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito¹². Esta, prevé que las víctimas puedan acudir a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan ciertos requisitos (entre otros, que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima, así como que no esté prohibida por la ley para el delito cometido). En esta norma, de forma clara, se contempla la implantación de la mediación en el proceso penal de adultos, aun cuando se haga de una manera incipiente y carente, todavía, de una normativa complementaria que la desarrolle con el detalle preciso.

V. A modo de conclusión

No resulta posible abordar la posibilidad de implantación de la mediación en el ámbito penal haciendo abstracción de todas las dificultades que lleva implícitas.

12 A partir del segundo semestre de 2015.

Deberemos buscar, en consecuencia, soluciones que permitan, al menos, aminorar los riesgos descritos.

Parece complejo adoptar este género de mecanismos sin vulnerar legítimas expectativas de la sociedad en su conjunto. Por ello, habrían de elegirse cuidadosamente los tipos penales en que pudieran operar, evitando efectos perniciosos como la pérdida de valor de la prevención general, por ejemplo. Ello requiere hacer una meticulosa selección de los supuestos en que deba ser posible tal solución¹³, porque nos parece claro que en algunas hipótesis, esto es, en aquellas en que estemos ante el compromiso de intereses de la población de entidad relevante, no debería ser admisible. De lo contrario, a cambio de haberse protegido en mayor medida los intereses privados de la víctima, se estarán sacrificando los intereses públicos del conjunto de la ciudadanía. Parafraseando a Maier (1992), los delitos que revisten cierta gravedad cuentan con “un plus lesivo para la generalidad que impide considerar al esfuerzo reparador integral del autor como suficiente para restablecer el equilibrio jurídico que reclama un hecho punible”. De hecho, una de las principales objeciones que se señalan a la mediación es su incapacidad para aparecer como posible alternativa global al derecho procesal penal formal, porque no vale para todos los delitos¹⁴.

Con independencia de lo anterior, entendemos, para considerar admisible la instauración de mecanismos de mediación, que resulta de enorme importancia el control del modo, de la forma, en que ésta se desenvuelva. Resulta así, imprescindible, que se prevea un sistema de garantías suficientes que evite que dichos mecanismos se conviertan en fuente de presiones y de extorsiones entre ambas partes (Hassemer, 1990).

No podemos negar que, controlando debidamente todos los factores expuestos, la mediación presenta ventajas muy notables. Destaca, entre todas, la descongestión de la Justicia, con lo que ello comporta (más agilidad, que se traduce también en mayor y mejor justicia, menos costes económicos para la población, aumento de la confianza en la justicia) y el logro de un mayor acercamiento del conflicto a las víctimas. Del mismo modo, y ello supondría una ventaja tanto para el ofensor como para la víctima, evitar el contacto con el proceso penal impediría, de igual manera, que se verificara la estigmatización que en ambos sujetos produce su entrada en el proceso penal. No negamos, igualmente, que el procedimiento mediador cumpla una función terapéutica, contribuyendo a la resocialización y

13 En ese mismo sentido se pronunció la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2010.

14 También es difícil aplicarlo, no lo olvidemos, a los delitos en que no se reconoce una víctima individual.

educación del infractor, enseñándole a responsabilizarse de sus actos y a conocer el efecto de sus acciones. En ocasiones, tendrá también efectos terapéuticos en la propia víctima.

La cuestión estriba, en consecuencia, en determinar si todos los inconvenientes antes señalados son salvables sin que ello determine la desnaturalización de la esencia propia de la mediación.

Referencias

- Basilico, R. A., “La víctima en el Derecho procesal penal. Situación en Argentina y en Iberoamérica. Evolución y movimientos de reforma”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2000, núm. 70.
- Carvalho, S., “Considerações sobre incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista”, en Carvalho, S. y Wunderlich, A., *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*, Río de Janeiro.
- Corsilles, A., “No-Drop Policies in the Prosecution of Domestic Violence Cases: Guarantee to Action or Dangerous Solution?”, 63 *Fordham L. Rev.*, 853, 1994.
- Esquinas Valverde, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Valencia, 2008.
- Faget, J., *La médiation. Essai de politique pénale*, Saint-Agne, 1997.
- Fyfe, N. R., *Protecting Intimidated Witnesses*, Burlington, 2001
- Hassemer, W., “Consideraciones sobre la víctima del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, núm. 43.
- Maier, J. B. J., en VVAA, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992.
- Pérez Sanzberro, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, 1999.
- Ponti, G., “La vittima. Un debito da pagare”, *Rassegna Italiana di Criminologia*, Milano, 1993.
- Ponti, G., en VVAA, *Tutela Della vittima e mediacione penale*, a cura di PONTI, G., Milano, 1995.
- Rotati, A., “Diritto penale minimo e mediazione penale”, *Rivista Penale*, 2003.
- Wolhuter, L.; Olley, N. y Denham, D., *Victimology: Victimization and Victims' Rights*, Abingdon, 2009.

La justicia restaurativa como resolución alternativa o complementaria de los conflictos en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

Restorative Justice as an Alternative or Complementary Solution to the Conflicts in the Criminal Law in the Penal Responsibility System for Adolescents

Oscar Alfredo Muñiz¹

Resumen

La justicia restaurativa es una finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes que se expresa en el Artículo 140 de la Ley 1098 de 2006. El procedimiento para la aplicación de la misma se rige por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas contrarias al interés superior del adolescente. En el libro VI de la mencionada Ley se introduce la Justicia Restaurativa y la mediación. El objetivo es indagar sobre la contribución de la JR en el SRPA, como complementaria o alternativa en la resolución del conflicto que genera la infracción a la ley penal. Se encontró que no hay claridad en la diferenciación entre la pena o las medidas como sanciones en el SRPA, lo que puede interpretarse como un retorno al modelo tutelar de intervención. Se concluye que es necesario rescatar con la JR “*la visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña y el adolescente toma conciencia de su actuación delictiva*” (art. 174) para, a partir del supuesto ético del psicoanálisis, “*De su posición el sujeto es siempre responsable*” Lacan (1985a) distanciarse de

¹ Cédula ext. Bta. 208630. Especialista en psicología clínica con énfasis en salud mental. Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana, adscrito al Grupo de investigación en psicología: sujeto, sociedad y trabajo. El texto pertenece al proyecto de implementación de la justicia restaurativa en el SRPA. oscar.munis@upb.edu.co

la concepción “*sanitaria de la penología*” (Lacan 1985) que apoyándose en la salud mental diluye la responsabilidad subjetiva.

Palabras clave: Responsabilidad. Culpa. Sanciones penales. Mediación penal. Asentimiento subjetivo.

Abstract

Restorative justice is the end of the Penal Responsibility System for Adolescents (PRSA), expressed in the Law 1098 of 2006, Article 140, the procedure follows the norms established in the Law 906 of 2004 (Accusatory Penal System) with the exception of those that are contrary to the greater interest of the adolescent; book VI of that law introduces restorative justice (RJ) and mediation as a mechanism of implementation. The objective of this study is to investigate the contribution of RJ in the PRSA as a complementary or alternative solution in the conflicts that arise when the criminal laws are transgressed. The results show that there is no clear difference between the sentences and the measures as sanctions in the PRSA, which can be interpreted as a return to the tutelary model of intervention. The present investigation concludes that it is necessary to rescue “the formative and pedagogical vision by which the boy, girl and adolescent become aware of their derelictive act” (art. 174) of the RJ such that, in conjunction with an ethical condition of psychoanalysis in which “From its position the subject is always responsible” (Lacan, 1985^a), so that creating greater distance of the “sanitary criminology” conception (Lacan, 1985) that supports itself on mental health thus diluting subjective responsibility.

Keywords: Responsibility. Blame and guilt. Penal sanctions. Criminal mediation. Subjective assent.

Justicia restaurativa como resolución alternativa o complementaria de los conflictos con la ley penal en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

Al tratar el problema de la Justicia Restaurativa como complementaria o alternativa en la resolución del conflicto con la ley penal, en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), observamos que en la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal (CPP) y en la Ley 599 de 2000, Código Penal (CP), está clara la diferencia de la sanción, bien como penas o como medidas; en cambio, en la Ley 1098 de 2006, Ley de Infancia y Adolescencia, no hay referencia; solo “al proceso y las medidas” (Artículo 140), lo que puede llevar a interpretar que el tratamiento del adolescente infractor a la ley penal en el SRPA pueda ser con un modelo tutelar que diluye la responsabilidad subjetiva.

Sobre las sanciones penales

Como se hace necesario para la argumentación del tema tratado en este artículo, expondré las diferencias entre la pena y las medidas en el derecho penal. Teniendo en cuenta mis escasos recursos en la dogmática del derecho penal, lo hago con la pretensión de informar a aquellos que no son especialistas en el asunto o que, como yo, no son abogados. Realizaré una formalización mínima sobre esta diferencia, tomando como referencia los planteamientos de Roxin (1981) desarrollados en su texto “Culpabilidad y prevención en el derecho penal”. La lectura está centrada sobre la relación de estas dos formas de sanción con el fin preventivo de las mismas y la limitación que encuentran en el principio de culpabilidad.

Roxin (1981), refiriéndose a un tiempo anterior a la aplicación del principio de culpabilidad, dice que:

La primera función (de la culpa) sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una tal retribución, entendida como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, supone lógicamente la existencia de una culpabilidad que puede ser compensada (anulada, expiada)”. (p. 42)

Se desprende de la lectura del texto de Roxin (1981), que con el cambio de la función de la pena de expiatoria a preventiva, la culpabilidad se relaciona con la asignación de responsabilidad. La responsabilidad depende de presencia de culpabilidad, no como un rasgo interior al sujeto, sino como una cualidad adjudicada a un individuo en relación a la conducta ilícita ejecutada. Sin la presencia de esta cualidad en la conducta ilícita ejecutada no se puede hacer responsable al sujeto. Sostiene el autor que: “La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad limita también el límite máximo de la pena”. (p. 43) Impidiendo, de esta manera, “que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponde a su culpabilidad”. (p. 43)

Siguiendo esta argumentación, sostienen Barreto y Barreto (2013), que ésta limitación de la responsabilidad a la intencionalidad del acto, “no son formas de culpabilidad... son formas de conductas, necesarias para reconocer la dimensión racional de la persona humana... para realizar el juicio de tipicidad, con independencia de su aptitud para ser objeto de juicio en sede de culpabilidad” (p. 272).

Dicho planteamiento les permite concluir que:

Sería polémica la imposición de pena con ocasión de la culpa sin representación, o culpa inconsciente, en la cual no se evidencia un compromiso de la voluntad [...] La punibilidad de la culpa inconsciente no es obvia. No es

seguro que se cumpla con el principio de culpabilidad [...] porque conduce a formas de responsabilidad objetiva. (p, 266).

Roxín (1981), al tratar estas consideraciones plantea “un postulado de política criminal dirigido a los jueces: <<Debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación a la norma no esté anulada por perturbaciones psíquicas>>” (p. 49). Recomienda aplicar más allá del ámbito jurídico esta regla del juego social que posibilitaría una convivencia humana.

Como no se puede hacer responsable a una persona si su conducta ilícita no tiene como atributo subjetivo un grado de culpabilidad, ni tampoco se puede hacer responsable de un ilícito al enfermo mental; encuentra en esto el mismo Roxín (1981), una paradoja que plantea de la siguiente forma:

Cuanto menor sea la culpabilidad del delincuente enfermo psíquicamente, tanto mayor puede ser su peligrosidad, no pudiéndose en tanto, renunciar a las medidas de seguridad; cuanto mayor sea la alteración de la personalidad con tendencia a delinuir, tanto menor será la culpabilidad y la necesidad de una pena, un tratamiento terapéutico duradero. (p 51)

Se deduce de esto cómo cada vez más se recurre a los especialistas en salud mental tanto para la evaluación como para el tratamiento. Evaluación para graduar la culpabilidad subjetiva, como para la prevención y tratamiento de la conducta violenta. “Por eso mismo, sostiene Roxín, “van cada vez ganando necesariamente más terreno las medidas en comparación con la pena, al mismo tiempo que penetra cada vez más, la idea de un derecho penal resocializador de tipo preventivo”. (p. 52)

Roxín (1991), plantea que en la alternativa “entre un derecho penal y un derecho de medidas” se oponen como antítesis irreconciliables, “una retribución de la culpabilidad libre de fin y la medida preventiva basada en la peligrosidad del delincuente”. Desaparece esta antítesis, advierte el autor, si tenemos en cuenta que la función de la pena deja de ser retributiva, para pasar junto con las medidas a cumplir la función de “«proteger bienes jurídicos y reincorporar el delincuente a la comunidad»”. (p.55)

Cuando se pasa de la finalidad retributiva a la preventiva desaparece la antítesis entre pena y medida. La diferencia “se encuentra únicamente en la limitación que, en un caso, se lleva a cabo con el principio de culpabilidad y, en otro, con el principio del interés público preponderante” (p.55). En ese sentido, cosa que será importante para nuestro argumento, es importante señalar lo que continúa en esa cita:

Se trata, por tanto, de una concepción que desde el punto de vista de los fines de la sanción es monista y desde el punto de vista de los límites de la sanción es dualista. Esto significa una fuerte aproximación a un sistema monista o de una sola vía. (Roxin, 1981, p. 55)

Luego el autor dice que “Dicha aproximación me parece correcta desde un punto de vista político-criminal, porque permite asimilar la ejecución de las penas privativas de libertad a una medida terapéutica” (p. 55). Para continuar diciendo que: “Prácticamente, las diferencias entre penas y medidas se refieren a la intensidad de la acción terapéutica, a la distinta acentuación de los aspectos preventivos generales y especiales y a la diversa ponderación de los intereses en juego (intervención y libertad) en la determinación de la duración de la sanción” (p. 56).

Considera el autor que: “Con ello quedaría libre el camino para emprender una tarea que, libre de las antiguas y modernas «luchas de escuelas» y de sus insolubles aporías, estaría dirigida a mejorar concretamente el sistema sancionatorio y su ejecución” (p. 56).

Este enfoque “sanitario” que interpretamos en Roxin tomará importancia posteriormente en nuestra argumentación, porque Lacan (1989) advierte en el año de 1950 en su escrito “Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología” que al desconocer la significación expiatoria del castigo, que solo se retiene en el fin correccional de la pena, y al remitir a un análisis psiquiátrico del criminal, para tomar las medidas de prevención contra el crimen y terapéutica del mal, se constituye “lo que podríamos designar como una concepción sanitaria de la penología” (p.129), que diluye el concepto de responsabilidad.

Con todo, se pregunta Roxin (1981): “¿No será preferible un sistema de medidas?” (p.52). Su respuesta es que lo considera como inconveniente.

La sanción penal en el SRPA

Esta pregunta con que terminamos la limitada reflexión sobre las diferencias entre la pena y las medidas en las sanciones penales, tiene su lugar toda vez que esta distinción no es del todo clara en el Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes (SRPA).

En la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, está clara la distinción en la aplicación de penas y medidas. Las medidas de seguridad se toman en relación

con el tratamiento de los inimputables y están a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a quien corresponderá la ejecución de las medidas de protección y seguridad. (Artículo 465)

En cambio, la sanción de la pena impuesta mediante sentencia se produce cuando hay un “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio” (Artículo 381), y la ejecución “corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad”. (Artículo 459)

El CP indica que “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad” (Artículo 9), “Sólo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva” (Artículo 12).

Cuando se trata de una pena, el Código Penal determina que: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión” (Artículo 4).

En lo referente a las medidas de seguridad, se toman en relación con el tratamiento de los inimputables, los que se definen en el Código Penal así:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. Texto subrayado declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2002. No será inimputable el agente que hubiere preordinado su trastorno mental. (Artículo 33)

Son claras las diferencias entre estas dos sanciones: “En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación” (Artículo 5).

Luego, el Código de Penal precisa que: “Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil” (Artículo 33).

En la ley 1098 de 2006, se promulga el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) y allí la diferencia entre pena y medida no es tan clara y evidente como lo es en su aplicación en el Código de Procedimiento Penal y en su definición en el Código Penal.

El SRPA está formado por “el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible” (artículo 139).

La finalidad del SRPA se consagra en el artículo 140, así “el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”.

En relación a esta finalidad, debe tenerse en cuenta el Artículo 174 de la misma ley, donde al tratar el principio de oportunidad, la conciliación, y la reparación integral del daño, se dice:

Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima. (Artículo 174)

Dos asuntos se juegan en esta finalidad buscada en la justicia restaurativa, el primero es la responsabilidad subjetiva en la toma de conciencia de las consecuencias de la actuación delictiva, y la segunda, que depende de esta primera, la reparación de la víctima y del lazo social dañado por la infracción a la ley penal.

Esta finalidad apoya a lo dispuesto en el Artículo 15 del Libro Primero de la Ley de Infancia y Adolescencia al referir al “Ejercicio de los derechos y responsabilidades”: “Es obligación de la familia, de la sociedad y del Estado, formar a los niños, las niñas y los adolescentes en el ejercicio responsable de los derechos”. (Artículo 15).

Luego, en el Artículo 202 de la misma Ley, al tratarse los objetivos de las políticas públicas, se destaca: “Orientar la acción y los recursos del Estado hacia el logro de condiciones sociales, económicas, políticas, culturales y ambientales,

que hagan posible el desarrollo de las capacidades y las oportunidades de los niños, las niñas y los adolescentes, como sujetos en ejercicio responsable de sus derechos”.

El acento está puesto sobre la responsabilidad, diferencia fundamental con el modelo tutelar (Decreto 2737 de 1989 Código del Menor) donde al menor no se lo consideraba responsable. El menor en situación irregular “estará sujeto a las medidas de protección tanto preventivas como especiales” (Artículo 29) y una de las nueve causas por las que un menor estará en situación irregular es que “Haya sido autor o partícipe de una infracción penal” (Artículo 30).

La “doctrina de la situación irregular”, dice Castrillón (2011, p.92), suponía las intervención tutelar del Estado y el poder judicial con acciones de control, institucionalización, corrección y reeducación. El modelo tutelar o protector se desarrolla a través de la prevención de la delincuencia juvenil y el tratamiento del menor, buscando la rehabilitación y reinserción en el sistema social de un sujeto en tratamiento correctivo, sin que allí se tuviese en cuenta su responsabilidad.

La Ley 12 de 1991, a través de la cual se ratifica la Convención Internacional del Derecho de Los Niños de las Naciones Unidas de 1989, produjo claras transformaciones en el anterior Código del Menor en un fuerte formalismo jurídico sin que se generase “una problematización de esta copresencia legal, con paradigmas jurídicos completamente diferentes: el de la situación irregular, niños y adolescentes como <<objetos de compasión y represión>> y el de la protección integral, niños y adolescentes como <<sujetos de derechos>>.” (Castrillón, 2011 p. 92).

En el actual SRPA, el sujeto es responsable pero no son claras las diferencias entre las medidas y las penas.

Aquí hay que tener en cuenta, en primer lugar, que según los principios del SRPA “los procesos como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” y “se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente” (Artículo 144).

En jurisprudencia sobre las sanciones a adolescentes, se establece que “a los menores de que trata la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) no se les impone penas de las que trata la Ley 599 de 2000, sino las sanciones descritas en el Artículo 177” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No 32004, Sentencia de octubre 21 de 2009, M.P: Yesid Ramírez Bastidas)

En el Artículo 177 se determina que son aplicables a los adolescentes: “La amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semicerrado y la privación de libertad en centro de atención especializado” (Artículo 177) y que estas sanciones, diferenciándose de las penas en adultos, se cumplirán “en programas de atención especializados del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y deberán responder a lineamientos técnicos diseñados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” (Artículo 177). Al mismo tiempo, se aplica el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

En el Artículo 178 se señala que finalidad de las sanciones es “una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas”.

Distinguimos, en nuestro trabajo, “una finalidad protectora, educativa y restaurativa” de “medidas correctivas destinadas a lograr su rehabilitación, readaptación y reeducación”, ya que lo segundo corresponde a un modelo de intervención esencialmente tutelar.

Si bien la Ley 1098 de 2006 toma como sujetos de responsabilidad penal a los adolescentes entre 14 y 18 años (Artículo 139), los menores de catorce (14) años, “no serán juzgados ni declarados responsables penalmente, privados de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible” (Artículo 143). En su lugar serán presentados “ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley y se aplicarán “medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar...” (Artículo 143).

En todos los casos, se le acompaña con medidas administrativas de verificación de las garantías de derechos y de su restablecimiento.

En el Artículo 179, al fijar los criterios para la definición de las sanciones, se dice: La naturaleza y gravedad de los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos, las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad, la edad del adolescente, la aceptación de cargos por el adolescente, el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez y el incumplimiento de las sanciones.

Como se ve, desaparece la prevención general y el sentido expiatorio de la pena, acentuándose la prevención específica en un sentido tutelar. En esa concepción sanitaria de la sanción, lo que se desvanece es la responsabilidad subjetiva, y en-

do en contra de la finalidad buscada con implementación de las medidas pedagógicas y formativas al aplicar el principio de oportunidad en el SRPA.

Es nuestra posición, no podemos tomar el camino en la perspectiva de las medidas tutelares, sino que se debe fortalecer la formación de sujetos responsables que puedan responder por sus conductas tal como se expresa en los artículos 140 y 174 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Encontramos allí que “El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” (Artículo 140) y “una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña y el adolescente puedan tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de la responsabilidad que de ella se deriva.” (Artículo 174). El proceso entonces es un espacio donde las medidas permitan devolver la palabra al adolescente para que encuentre un sentido a su acto y se apropie del mismo.

El sujeto de derechos debe responder por su acto. Para eso se le devuelve la palabra que el modelo tutelar le había quitado, humanizando su acto al pedirle que desde su posición de sujeto se haga responsable, lo que le permitirá resignificarse y sentirse digno de volver a ser considerado dentro de los suyos.

La figura de la mediación penal como uno de los procedimientos para implementar la justicia restaurativa, indicado en la Ley 906 o Código de Procedimiento Penal, es el procedimiento que consideramos adecuado a los propósitos restaurativos apoyados en la responsabilidad subjetiva y sus consecuencias de dignificación a la persona del victimario, a la víctima y la sociedad a la que pertenece.

La mediación penal se define en la Ley 906 de 2004, en el Libro VI, como el procedimiento que se adelanta con la asistencia y colaboración de un tercero, quien cumplirá las funciones de un facilitador que:

...trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón. (Artículo 523)

La implementación de la Justicia Restaurativa en el SRPA, como una forma complementaria a la resolución del conflicto que genera la infracción a la ley penal, será desarrollada en el marco de los aportes del psicoanálisis a la criminología, así:

La concepción sanitaria y la disolución de la responsabilidad

Nuestra tesis es que la tendencia a la intervención terapéutica de los problemas comportamentales produce un desplazamiento de la responsabilidad del sujeto a causas exteriores al “yo” que justifican lo actuado, sin posibilitar conectar la culpa con la responsabilidad y el sentido de la sanción.

Este desplazamiento también está presente en la posición subjetiva, en niños y adolescentes, que cada vez más no quieren saber nada sobre los fundamentos de su acto y en los discursos disciplinarios que sostienen el lazo social.

Se puede observar cómo esta tendencia a diluir la responsabilidad subjetiva se efectúa ante la complejidad y falta de sentido de la violencia juvenil y la lectura que hacen las ciencias “psi” de dicho fenómeno. Lectura que tiende a excluir la singularidad del sujeto como agente de la responsabilidad de su acto.

Una violencia indiscriminada donde se agreden unos a otros, sin ninguna orientación, ni propósito o sentido alguno; empuja a la sociedad a pedir una explicación a los poseedores del saber científico, médicos, neurólogos, psiquiatras, psicólogos y con esto se recurre cada vez más al saber genético, biológico y social.

El aumento de la violencia escolar que se ejerce con el que es diferente, señalado de homosexual, gordo, inmigrante, de mal gusto, entre otros rasgos distintivos, provoca según Urbieto (2011), que “cada uno de los alumnos corre a asegurarse una inclusión en un grupo para evitar ser excluido por raro, firkio o pringao” (p.35), por eso “aquellos que encarnan, más que otros, la diferencia extraña y provocan por ello el odio, la burla y el acoso” (p. 35). Presencia del acoso sostenido en que se injuria al otro diferente nombrándolo como un resto, como un desecho.

Se “relaciona a su significación de desecho y la imposibilidad que tiene para articular un relato razonable a su alrededor” (p. 37), asegurando su existencia, habitando el cuerpo con conductas de riesgo que proporcionan sensaciones que suplen la ausencia de sentido. “El lenguaje ya no sirve para defenderse de lo real y el sujeto queda a solas, sin mediación posible, con ese cuerpo que aparece ilegible, en su dimensión pulsional” (p. 39).

Son, según Zawady (2015) “fenómenos clínicos que dan cuenta de un rechazo tajante a las elaboraciones de saber, y de un empuje progresivo e insistente al acto como modo de tramitación de la angustia” (p. 139).

Nuevas formas del síntoma, como la hiperactividad, déficit de atención, negativismo desafiante, trastornos disociales, trastorno de conductas antisociales, trastornos de personalidad antisocial y toxicomanía, tienen en común el exceso de satisfacción de un goce pulsional destructivo e incomprensible.

Ante estas conductas violentas separadas de toda elaboración de saber, diversas son las causas que se atribuyen: la influencia de la televisión, o la falta de autoridad de los padres, el sistema educativo, la personalidad, los factores biológicos, los sociales del entorno o los socioculturales.

Alcazar y Bouso (citado en Seguí, 2012), indica que se buscan explicaciones en modelos que integran variables de personalidad, con factores biológicos, psicosociales y socioculturales que traten de explicar, con las nuevas aportaciones de la biología y los estudios genéticos, el origen del “débil autocontrol” (p.91), de los sujetos que hacen estos síntomas y cometan delito. Hacen depender de esta debilidad la “propensión antisocial” (p.91), si bien todos no explican el problema por las mismas causas, “todos participan de la preocupación por encontrar medios para detectar lo más precozmente posible las conductas <<antisociales>> con el fin de intervenir a tiempo antes de que se traduzca en delito” (p. 91).

En estos modelos explicativos “la baja inteligencia, alto nivel de atrevimiento, impulsividad, actividad y fortaleza física... autorizaría como propio de un <<síndrome de desinhibición cuya dimensión sería la impulsividad, la hiperactividad, conducta antisocial y elementos psicopáticos en el comportamiento>>” (p. 92).

Ante el avance de las neurociencias en las ciencias de la conducta, los estudios con neuroimágenes “se aplican para comprobar la relación entre deficiencias funcionales y estructurales que creen percibir en el lóbulo frontal y temporales y los comportamientos agresivos” (p. 92).

El avance de las ciencias “psi” hace depender cada vez más el acto violento de causas ajenas al “yo”, enfermos mentales, muchachos marginales desocupados, adictos, pandilleros y otros son, por haber mostrados impulsos agresivos con bajo autocontrol, “etiquetados como sujetos restos y excluidos del lazo social, desinstalados en términos psicoanalíticos, son objetos de evaluación y terapias psicológicas basadas en la evidencia siguiendo el modelo EBM (Evidence Based Medicine)” (Seguí, 2012, p. 96).

Toda una concepción sanitaria que desplaza un problema de disciplina a una enfermedad. Cada vez son más los niños escolarizados diagnosticados con trastorno oposicional desafiante (TOD), trastornos de déficit de atención con hiperactividad (DAH) entre otros diagnósticos.

En la misma línea se proponen evaluaciones para predecir y hacer controles en la infancia, para que esos niños no se constituyan en futuros delincuentes.

Lo ejemplifica este fragmento tomado de la “Guía para la detección e intervención temprana con menores en riesgo” publicada por el Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias, dice allí:

Por último, el 60% de los adolescentes que cumplen los criterios diagnósticos de abuso y dependencia de sustancias también presenta comorbilidad psiquiátrica con Trastorno Disocial (TD), T. Negativista Desafiante (TND) y con Depresión (Armstrong y Costello, 2002), y los menores en riesgo mayor de conductas violentas, delictivas y de abuso de drogas son aquellos que ya exhiben un TND y un TD a edades tempranas (Webster-Stratton y Taylor, 2001; Cicchetti y Rogosch, 1999). Aunque aún no se ha cerrado el debate sobre el tipo de relaciones que subyacen a estos problemas, y sobre las conductas y condiciones que funcionan como causa de la ocurrencia de las demás (Glantz y Leshner, 2000), estos trastornos psicopatológicos sitúan a los menores en riesgo de emitir otras conductas problemáticas (Cicchetti y Rogosch, 1999), y sin duda deben contemplarse como marcadores de riesgo futuro directamente relacionados con necesidades de la prevención (Glantz y Leshner, 2000; White, Xie, Thompson, Loeber y Strouthamer-Loeber, 2001; Webster-Stratton y Taylor, 2001). (González, Fernández y Secades, 2015, p. 21)

Se trata al niño como un objeto predecible a partir de factores de riesgo que lo determinan en sus conductas futuras, a partir de causas exteriores a su yo. Enfermo, no responsable y modificado su destino por las terapias que han mostrado ser “evidentes” en la prevención del crimen.

Con esto se desplaza el poder disciplinario de la escuela y la figura del maestro al discurso de las ciencias “psi” y sus representantes en el ámbito escolar, a saber: trabajador social, psicólogos, neurólogos y psiquiatras; y se continúa más allá del ámbito escolar, con el juez y por último la policía. Un recorrido desde un problema de salud mental a uno de orden público.

Nos recuerda Seguí (2012) que esta perspectiva trae a la escena el viejo concepto de psicopatía acuñado por Emil Kreapelin y el uso del término psicópata para referir a todo aquel que sabiendo lo que hace, por no sentir el dolor del otro y no tener capacidad de compasión, actúa fríamente con un riguroso cálculo para hacer un mal a otra persona. Si bien responsables penalmente, son tratados en consideración de que no tienen posibilidades de asumir la responsabilidad subjetiva que conecte la culpa con el acto y el castigo, como enfermos difíciles de recuperar por la asistencia “psi”.

Tendencia que también se menciona en la criminología crítica de Walton, Taylor y Yung en los años 70 (citado en Seguí 2012).

La cuestión de la responsabilidad se desplaza de los sujetos a las estructuras socioeconómicas; y aunque hay un cierto reconocimiento de que, en determinadas circunstancias, la conducta desviada constituye una elección y que los protagonistas se reconocen en ella buscando una identidad, la responsabilidad última del crimen radica en un ordenamiento social injusto” (p. 83).

Del sujeto responsable de su posición

Comenzaremos la argumentación con lo que Jacques Lacan, en colaboración con Michel Cénac, el 29 de mayo de 1950, presentó a la XIII Conferencia de Psicoanálisis de Lengua Francesa, publicándose con el nombre de: “Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología”.

Nos orientaremos en lo que dice Lacan (1989) “Aquí es donde el psicoanálisis puede, por las instancias que distingue en el individuo moderno, aclarar las vacilaciones de la noción de responsabilidad para nuestro tiempo y el advenimiento correlativo de una objetivación del crimen, a la que puede colaborar”. (p.119)

Lacan (1989) sostiene en su escrito que:

Una civilización cuyos ideales sean cada vez más utilitarios, comprometida como está en el movimiento acelerado de la producción, ya no puede conocer nada de la significación expiatoria del castigo. Si retiene su alcance ejemplar, es porque tiende a absorberlo en su fin correccional. Por lo demás, este cambia insensiblemente de objeto. Los ideales del humanismo se resuelven en el utilitarismo del grupo. Y ... ahora busca su solución en una posición científica del problema: a saber, en un análisis psiquiátrico del criminal, a lo cual se debe remitir, habida cuenta ya de todas las medidas de prevención contra el crimen y de protección contra su recidiva, lo que podríamos designar como una concepción sanitaria de la penología.” (p.129)

Concepción sanitaria que en la argumentación que predice esta parte del artículo, demuestra su potente efecto en la disolución de la responsabilidad del sujeto.

Por eso, Lacan (1989), considera además:

Toda sociedad, en fin, manifiesta la relación entre el crimen y la ley a través de castigos, cuya realización, sea cuales fueren sus modos, exige una asentimiento subjetivo. Que el criminal se vuelva por sí solo el ejecutor de la punición, convertida por la ley en el precio del crimen,... o que la sanción

prevista por un código penal contenga un procedimiento que exija aparatos sociales muy diferenciados, de cualquier modo este asentimiento subjetivo es necesario para la significación misma del castigo (p.118).

Asentimiento subjetivo en todos los casos, aún en los que la sanción penal sea la medida de seguridad por ser declarado el sujeto inimputable.

La limitación de la responsabilidad en la declaratoria de inimputabilidad considera al criminal como un enfermo mental al que no se le puede exigir que responda por su conducta. Por este camino se conduce a la deshumanización del criminal, al que se le niega la posibilidad de movilizar su posición frente al acto e indagar por lo incommensurable que en él habita. En este sentido se le niega la palabra que pueda forjar la responsabilidad subjetiva inherente a la humanización antes negada.

Por lo tanto, no basta ni la mera comprobación de la situación objetiva, ni la necesaria concurrencia del elemento subjetivo en virtud del principio de culpabilidad; se hace necesario el asentimiento subjetivo que dé sentido al acto y conecte al sujeto con su responsabilidad en el mismo.

Aquí encontramos lo que aporta la relación entre el discurso del derecho y el psicoanálisis, en la comprensión de la implementación de la Justicia Restaurativa como complementaria al proceso penal. La encontramos donde Lacan (1989) en su texto sobre psicoanálisis y criminología, critica la concepción sanitaria de la penología y propone que: “A la vez, el psicoanálisis resuelve un dilema de la teoría criminológica: al irrealizar el crimen, no deshumaniza al criminal” (p.121). Cuestión que está en el centro de su crítica al denunciar que la concepción sanitaria inspirada en los principios humanitarios termina deshumanizado al criminal.

Entre estos dos discursos hay algo que los diferencia de una manera fundamental: en el derecho al momento de juzgar un acto se asume la subjetividad en la intencionalidad consciente; en cambio, en el psicoanálisis, el sujeto es considerado como sujeto del inconsciente. Esta diferencia trae consecuencias en relación a los criterios de responsabilidad.

En uno, limitada la responsabilidad al acto libre, voluntario e intencional, en Roxín (1981) “un postulado de política criminal dirigido a los jueces: <<Debéis tratar al ciudadano en virtud de su libertad como persona capaz de una decisión autónoma y de responsabilidad, siempre que su capacidad de motivación norma no esté anulada por perturbaciones psíquicas>>” (p. 49); en el otro, al postulado ético de Lacan (1966) “De nuestra posición de sujeto somos siempre responsables” (p. 837) en que no hay limitación de la responsabilidad por enfermedad mental.

Para entenderlo es necesario introducir el concepto de inconsciente freudiano (Freud, 1976) y el de sujeto dividido (Lacan 1972). Estos dos conceptos se relacionan con el de censura psíquica, (Freud, 1900/1976), denominado posteriormente conciencia moral (Freud, 1914/1976) o súper yo (Freud, 1921/1976). Lacan (1981), hace la siguiente lectura de este concepto desarrollado por Freud: “instancia que escinde el mundo simbólico del sujeto: una parte accesible y una parte inaccesible, prohibida (p. 289). La parte escindida, denominada goce por la satisfacción prohibida que está implicada y que se manifiesta en oportunidades en que es posible franquear la ley, hablando en el sujeto a través del síntoma, sin que se pueda representar en ello como “yo”.

Esto que denominamos goce prohibido, que divide al sujeto en su síntoma, es lo que enuncia Miller (2008) al decir: “Me gustaría plantear la paradoja de que nada es más humano que el crimen” (p.1). Para Freud, dice Miller, el crimen es propio de la naturaleza humana, “aunque por su puesto existe en nosotros la simpatía, la compasión y la piedad. Lo humano puede ser, precisamente lo conflictivo entre estas dos vertientes de la ley y el goce” (p.2).

Freud (1976) introduce el crimen como fundante de lo humano a través de un acontecimiento mítico que explica el origen y la diferenciación de las sociedades de los mamíferos superiores. En estas, la prohibición de las hembras a los miembros jóvenes de la manada se ejerce por la fuerza física del macho dominante, en cambio, en la cultura humana, es la ley construida entre los hermanos y la culpa por haber matado al padre en busca del acceso a sus mujeres lo que vehiculiza la ley bajo la forma de la prohibición del incesto. El padre asesinado no opera por su presencia sino que en ausencia, por vía de la culpabilidad.

La ley prohíbe el goce y en su lugar surge un sujeto que convive pacíficamente con sus hermanos, desplegando la compasión, la piedad y la simpatía.

Con la censura y la represión, el psicoanálisis introduce una determinación que va más allá de la estructura del yo consciente. Determinación que proviene de lo que se inscribe en la huella mnémica, pero tal como lo dice Freud (1976) en un artículo sobre la represión, por ser marcas del trauma son reprimidas y en la medida que el sujeto se va integrando a un mundo simbólico más complejo, eso reprimido originariamente, reprime a su vez deseos actuales que se resignifican con la huella inconsciente originaria, no permitiéndoles llegar a la conciencia más que deformados. En ese sentido, en la medida que el sujeto se desarrolla en un mundo simbólico, algo se desprende de ese orden simbólico que está integrado, y “El sujeto ya no hablará más de ello, ya no lo integrará. No obstante, esto permanece ahí, en alguna parte, hablado, si podemos decir así, a través de algo que el sujeto no domina”. (Lacan, 1981, p 283).

Estas huellas mnémicas, denominadas significantes por Lacan (1989) en su texto “La instancia de la letra en el inconsciente o la razón después de Freud”, son los significantes de mi inconsciente que se manifiestan de vez en cuando perturbando la claridad de mi conciencia bajo la forma de sueños, actos fallidos, olvido y otras perturbaciones de mi conducta. Esto dice Soler (2003):

Los significantes que no me representan, que son más del lado del Otro (la otra escena, el inconsciente) que del lado del sujeto, son de mi inconsciente porque afectan mi cuerpo. El saber inconsciente no representa al sujeto, pero está conectado con el goce del cuerpo. (p. 113)

Cuando el psicoanálisis introduce el inconsciente como la Otra escena, reparte las cosas de dos lados: el lado del sujeto, donde se instala el yo consciente en su ilusión de autonomía y el lado del Otro, la otra escena, lugar del sujeto del inconsciente determinado por significantes que no lo representan del lado de su yo consciente. No obstante, constituyen un saber inconsciente que afecta su cuerpo y su forma de gozar.

Como una de las formas en que se manifiesta el goce son los sueños, donde la desfiguración onírica oculta el deseo sofocado y censurado. Freud (1976) se pregunta si “¿Debemos asumir la responsabilidad por el contenido de nuestros sueños?” (p. 136) y completa el panorama aclarando “que el sueño no siempre procura cumplimientos de deseos inmorales, sino a menudo también reacciones energicas contra ellos en la forma de «sueños punitarios»” (p. 136). Freud, da a este interrogante, una respuesta categórica:

Uno debe considerarse responsable por sus mociones oníricas malas. [...] es una parte de mi ser; si, de acuerdo con criterios sociales, quiero clasificar como buenas o malas las aspiraciones que encuentro en mí, debo asumir la responsabilidad por ambas clases, y si para defenderme digo que lo desconocido, inconsciente, reprimido que hay en mí no es mi «yo», no me sitúo en el terreno del psicoanálisis, no he aceptado sus conclusiones, y acaso la crítica de mis prójimos, las perturbaciones de mis acciones y las confusiones de mis sentimientos me enseñen algo mejor. Puedo llegar a averiguar que eso desmentido por mí no sólo «está» en mí, sino en ocasiones también «produce efectos» desde mí. (p. 136)

Desde este punto de vista es indudable que Freud plantea aquí un deber ético de responder por el interrogante que encierran “las perturbaciones de mis acciones y las confusiones de mis sentimientos”(p.136), y también, por la interpelación interna que proviene del sentimiento de culpa manifiesto en el “sueño punitivo” (p.136), y si esto no se hace, muy probable que se deba hacer después ante la imputación externa que provendrá de “la crítica de mi prójimo” o de la justicia si

es el caso; quien tiene la tarea, tal como lo dice Freud al final del párrafo citado, “de instituir una responsabilidad artificialmente limitada al yo metapsicológico” (p. 136).

Diferencia fundamental entre el tratamiento judicial de la culpa y la responsabilidad, ya que allí como lo hemos dicho, se tiene como premisa fundamental la volición o intención de la conducta activa u omitida. Si bien Freud reconoce la necesidad del juez de reducir la responsabilidad al yo consciente para poder imputarla, propone además una tarea complementaria, el deber ético del sujeto de saber sobre eso que ignora en la determinación de su acto. Deber ético que se extiende a lo que llama sentimiento de culpa inconsciente. Llamado inconsciente por presentarse en la conciencia del hombre honesto de una forma en apariencia inmotivada.

Freud (1997) al analizar el malestar en la cultura, se encuentra con la paradoja de la instancia del superyó, que es a la vez el garante interno del cumplimiento de la ley y representante del goce que perturba a la paz social y al individuo con un mandato insensato. Encuentra Freud, que aquellos que más satisfacen al superyó comportándose a la altura de sus exigencias, lejos de dejar de sentir culpa, esta se exacerba exigiendo mayor cumplimiento. Al punto que si no se le pone límite al superyó, cualquier deseo sería imposible para el sujeto, porque estaría asociado al sentimiento de culpa que inhibe la acción asociada al deseo.

El superyó es el representante interno de la ley del padre y a la vez representante del goce que introduce la discordia, no contribuyendo a la paz del sujeto, sino a su mal. En esta perspectiva estamos en una sin salida, cuando dejamos de tener que cuidar a las personas del acto violento de sus semejantes, y tenemos que empezar a cuidarlos de ellos mismos.

Lo paradójico del superyó es indicio de que el sujeto siempre es culpable, que su mal no está afuera, como lo encuentran todos aquellos que desde las ciencias “psi” reducen al sujeto a su yo consciente. El mal está en el núcleo de la constitución subjetiva, permaneciendo inconsciente y retorna en los resquicios de la ley en el síntoma en formas sustitutivas. La misma lógica estructura la conducta violenta que en ocasiones tiene su origen en la culpa inconsciente proveniente del superyó, también en la cultura encontramos manifestaciones del superyó en la culpa originaria presente en las religiones, de la que los fieles se redimen por distintos medios simbólicos.

Por esa insensata presencia del superyó en la culpa inconsciente, es un deber ético saber sobre ese deseo que está en mí en forma inconsciente causando esa culpa que penetra, inclusive a los deseos consentidos y ajustada en su realización a los mandatos de la ley. Saber sobre eso de mi goce prohibido que se manifiesta

en las perturbaciones de mis acciones o en las confusiones de mis sentimientos, es una condición para que pueda ser yo quien decida qué hacer y no el mandato insensato del superyó. Ya sabré yo si ajusto mi acto a los mandatos de la ley o no, y de eso yo seré el único responsable. Por eso debo responder sin excusa alguna.

Se espera que el sujeto se pregunte por lo que desea. Debe el sujeto elaborar un saber sobre esa extraña satisfacción implicada en sus actos, debe interrogarse el sujeto sobre si debe o no seguir buscando esa paradójica satisfacción, que vivencia con malestar. Por eso el proceso debe buscar la verdad oculta en el sujeto perturbado y no en el mundo exterior o a causas genéticas, biológicas o psicológicas. Se plantea entonces que “la ética a la que nos lleva el psicoanálisis, es a la relación de la acción con el deseo que la habita” (Lacan, 1988, p. 372).

Dice Lacan (1988) “La hipótesis freudiana del inconsciente supone que la acción del hombre, ya sea ésta sana o enferma, normal o mórbida, tiene un sentido oculto al que se puede llegar” (p.371)

Por esto, tal como lo afirma Miller (1991), “Un hombre con buena salud mental es aquel que puede ser castigado por sus actos” (p. 70), y el que no, es inimputable, que es lo mismo que enfermo mental y “no se es ya un sujeto de derecho, no es ya un sujeto ético-jurídico” (p. 70). El sacar al sujeto del ámbito del derecho y pasarlo al de la salud mental indica la vinculación actual entre la ética, el derecho y la salud mental establecida por la concepción sanitaria de la penología. En este contexto Miller (1991) afirma que “Lo que define la responsabilidad es la respuesta. Responsabilidad es la posibilidad de responder” (p. 71) y el psicoanálisis toma como mandamiento ético: el deber de todo sujeto de responder.

En esta misma orientación, Miller (1993) diferencia al psicoanálisis de la salud mental, porque su práctica pone en el centro y fundamento de la misma al sujeto de pleno derecho, es decir, hacia el sujeto que aún estando en condiciones de una patología debe indagar por el sentido de su acto y tomar una posición de lo que hace y dice.

Cuando Freud (1976) refiere al “yo metapsicológico” en relación con una responsabilidad artificialmente limitada al acto volitivo o intencional que garantiza la aplicación del principio de culpabilidad, lo complementa con la premisa del psicoanálisis que incorpora el sentimiento de culpa inconsciente como el que convoca a la responsabilidad del sujeto, el que debe, por mandamiento ético, responder con la palabra que le permita decirse como sujeto, allí donde eso habla a través del acto violento o en el silencio de la culpa inconsciente.

Sabemos por la experiencia analítica que el sujeto se sirve del yo consciente para justificar sus actos y sostener el desconocimiento de la verdad que lo implica en ellos. Desde el yo siempre ponemos la culpa del lado del otro, siendo casi imposible reconocerla y poder dar un significado no engañoso al castigo. Recuerda vívidamente la defensa de aquel hombre a quien su vecino se le quejó porque le había devuelto averiado un caldero. Dijo que en primer lugar se lo había devuelto intacto, que en segundo lugar el caldero ya estaba agujereado cuando se lo pidió, y que en tercer lugar nunca le había pedido prestado un caldero. “¡Pero si no hace falta abundar tanto!, dice Freud (1976), con que uno solo de esos alegatos se admite por valedero quedará disculpado nuestro hombre” (p. 140).

Estas consideraciones nos confirman que el “asentimiento subjetivo es necesario para la significación misma del castigo” (Lacan, 1989, p. 118).

El encuentro entre el discurso jurídico y el psicoanalítico, en el trabajo sobre las consecuencias de la sanción penal sobre la subjetividad, “es importante, como lo dice también Gerez Ambertin (2009), porque quien incurre en una falta no sea solo sancionado por ella, sino que, y principalmente, pueda dar una significación a esa sanción; significación que le permita dimensionar cuán implicado está en aquello de que es acusado” (p. 8).

Encontramos en el SRPA la justicia restaurativa como complemento que, con el “proceso restaurativo” que se realiza para alcanzar “resultado restaurativo”, garantiza un espacio en que se rescate el valor de la palabra, que le permita asumir al ofensor la responsabilidad de la conducta que ha ocasionado el daño a la víctima, alcanzando de esta manera la finalidad buscados por la Ley 1098, a saber: “El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” (Artículo 140) y que “el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Asimismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima” (Artículo 174).

Por lo tanto, solo habrá sujeto responsable cuando los aparatos normativos y sociales le permiten a cada autor de un acto que trasgreda la ley social anudar la secuencia responsabilidad - culpabilidad - castigo, mediante un asentimiento subjetivo (Borgoglio, 2009).

En el procedimiento investigativo de sustentación de la declaración de responsabilidad penal, se traduce la palabra del sujeto a la letra del derecho, y con esto se da la desaparición de la subjetividad. Afirma Degano (2011) que: “Ahí obra el acto judicial sobre el acto criminal imponiéndose al sujeto sin asentimiento” (p.11).

La intervención desde la Justicia Restaurativa es complemento que permite recuperar la plena responsabilidad del sujeto, que está limitada por acción del dispositivo de goce criminal y por el dispositivo judicial. Se complementa la responsabilidad formal, jurídicamente fundada, con el desarrollo de la verdad subjetiva sobre el acto en que está implicado, movilizando la relación del sujeto a la ley y posibilitando reconocerse en continuidad entre su posición de sujeto en el acto criminal y el sujeto del acto jurídico.

En este sentido, desmarcándonos del referente de la salud mental propio de una civilización cuyos ideales sean cada vez más utilitarios, reintroducimos la singularidad del infractor y la víctima, olvidada en la búsqueda del bien de la mayoría que se materializa en función preventiva general de la pena y en las medidas de seguridad, reivindicando la culpabilidad inconsciente que debe expiarse con la elaboración de saber que posibilite el asentimiento subjetivo de la sanción.

Con esta perspectiva ética se propone evitar que los ideales del humanismo que llevan a buscar su solución en un análisis psiquiátrico del criminal, empujen a “una concepción sanitaria de la penología” (p.129).

Asumir la mediación como el espacio en el SRPA que posibilita anudar la secuencia responsabilidad - culpabilidad - castigo mediante un asentimiento subjetivo, evita que sea interpretada su incorporación al sistema penal como un contrato de arreglo entre las partes y, que al igual que el peritaje y la terapia del mal, la concepción sanitaria de la penología se constituya también en otro dispositivo “que pone de manifiesto el relevo del Uno de la ley” (Greiser, 2008, p. 33).

Conclusión

Se concluye de esta argumentación que la justicia restaurativa es complementaria y necesaria al SRPA si se quiere alcanzar sus fines y las garantías de no repetición.

La justicia restaurativa, tal como la entiende Kemelmajer (2004), es el ejercicio de las tres “R”, a saber:

Responsabilidad, restauración y reintegración. Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por la conducta que asume libremente (nosotros precisamos debe responder siempre por sus actos); restauración de la víctima que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad, a la que también se ha dañado con el ilícito” (pág. 109)

La Comisión de Evaluación del Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes (2011) en su informe del 23 de diciembre de 2011, responde a la obligación de realizar una evaluación del sistema con el objeto de proponer acciones para mejorar su aplicación.

Una vez identificados los puntos críticos, la Comisión hace recomendaciones “aplicadas de manera inmediata para salvar un proceso que tuvo como finalidad inicial formar sujetos responsables en el ejercicio de sus derechos y que reparen el daño causado a las víctimas desde la justicia restaurativa.” (Pág. 5)

Destacamos de los puntos críticos lo que la Comisión considera sobre lo que según el artículo 140 de la Ley 1098 de 2006 ordena: que tanto el proceso como las medidas que se impongan al adolescente deberán tener un carácter pedagógico, específico y diferenciado al de los adultos y que en todo caso se deben asegurar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación a las víctimas (p.13).

Por su parte, el artículo 174 permite la aplicación del principio de oportunidad en los casos en que ello sea procedente, buscando acuerdos entre el o la adolescente y las víctimas, bien al inicio del proceso con la renuncia a la persecución penal, con la suspensión a pruebas, o en cualquier momento del mismo. (p.14)

Este concepto de justicia restaurativa pretende que el adolescente que ha lesionado derechos de otros con sus conductas punibles repare el daño causado. Si bien este principio y método es un proceso que involucra adolescentes, va más allá de lo monetario en tanto con su aplicación se debe asegurar “que el o la adolescente reconozca que infringió un daño a su víctima y que ello implica, para cualquier sujeto de derechos, un ejercicio de restauración de la dignidad de la víctima y de su propia dignidad” (p. 13).

Advierte la Comisión, que:

Las autoridades judiciales prefieren aplicar el proceso penal para adolescentes de principio a fin, sin hacer uso de esta herramienta, que de manera efectiva puede contribuir precisamente a hacer la pedagogía que lo fundamenta y les permite a los y las adolescentes tomar conciencia en relación con la obligación que tienen de restaurar a la víctima, incluso cuando el pleito no culmine con audiencia de juicio. (p. 14)

La aplicación del SRPA debe ser un proceso con carácter pedagógico, especializado y diferenciado que asegure la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño. Pues, en concepto de la comisión:

los operadores del sistema requieren un entrenamiento experto que les permita aplicar el principio de oportunidad cuando quiera que la gravedad de la conducta cometida amerite una intervención alternativa (nosotros agregamos complementaria) para el adolescente, distinta al internamiento institucional. (p.27)

Esta propuesta debe ser entendida de manera integral, es decir, no basta con que haya un lugar y un mediador y se firme un acuerdo. Se trata de que el proceso de acompañamiento al adolescente vaya hasta su reinserción social y que el adolescente cuente con un centro de referencia al que pueda acudir incluso diariamente cuando sienta una crisis, o esté desmotivado o no pueda alcanzar los objetivos del acuerdo. Este acompañamiento no puede de ser solo al adolescente hombre o mujer involucrado en la comisión del delito, sino que debe ser con su entorno familiar y comunitario (p.27).

Si se siguen las recomendaciones de la Comisión, el proceso posibilitaría el “asentimiento subjetivo” del adolescente en su acto, y por lo mismo, la plena asunción de la responsabilidad a través de sanciones pedagógicas, pudiendo “formar sujetos responsables en el ejercicio de sus derechos y que reparen el daño causado a las víctimas desde la justicia restaurativa” (p.5) y de esta manera, recomponer el lazo social para evitar la repetición de las conductas delictivas.

Referencias

- COMISION DE EVALUACION DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD. (10 de Junio de 2015). *INFORME DE LA COMISION DE EVALUACION DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD*. Obtenido de <http://www.tcsanjose.org/documents/evaluacionsp.pdf>
- Barreto, H., & Barreto, B. N. (2013). *Dolor, culpa y Preterintención. ¿Formas de culpabilidad?*. Obtenido de dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2117199.pdf
- Borgoglio, F. (2009). “Yo sé que bardié” Algunas consideraciones sobre el asentimiento subjetivo . *www.psiche-navegante.com* *Numero 86*, 1-4.
- Casrtillon, M. (2011). Entre la minoridad y la ciudadanía. Sensibilidades legales sobre la normatividad de protección de la niñez y la adolescencia en Colombia. *aunivérsitas Humanística*, 1 (73), 87-106.
- Congreso de la Republica. (2004). *24 jul. 2000 - De las normas rectoras de la ley penal colombiana*. Obtenido de www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6388

- Degano, J. (2011). *La responsabilidad precluida en el goce del crimen y el tratamiento judicial*. Bs As : Letra Viva .
- El Congreso de la Republica. (2004). *LEY 906 DE 2004*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=14787>
- El Congreso de la Republica. (2004). *LEY 906 DE 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. . Obtenido de www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=14787
- Freud, S. (1976). *Obras Completas*. Bs. As.: Amorrortu.
- Freud, S. (1997). El malestar en la cultura. En S. Freud, *Obras Completas. Volumen 21* (págs. 80-120). Bs As: Amorrortu Editores.
- Gerez Ambertin, M. (2009). *Culpa, responsabilidad y castigo en el discurso jurídico y psicoanalítico. VIII*. Bs. As.: Letra Viva .
- González, F. y otros. (2 de Junio de 2015). *Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias*. Obtenido de www.pnsd.msssi.gob.es/Categoría2/publica/pdf/MenoresRiesgo.pdf
- Greiser, I. (2008). ¿Qué es lo que el psicoanálisis puede aportar a la criminología? *Virtualia # 8*, 31-34.
- Kemelmajer, A. (2004). *Justicia Restaurativa. Posible respuesta al delito cometido por personas menores de edad*. Bs. As.: Rubinal-Culzon.
- Lacan, J. (1966). Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología . En J. Lacan, *Escritos 1*. Mexico : Siglo XXI .
- Lacan, J. (1972). El discurso psicoanalítico- Milan 12 de Mayo de 1972. *El discurso psicoanalítico- Milan 12 de Mayo de 1972* (pág. 18). Milan: <http://es.scribd.com/doc/55454317/CONFERENCIA-DE-LACAN-EN-MILAN-DEL-12-DE-MAYO-DE-1972>
- Lacan, J. (1981). *Libro 1. Los escritos técnicos de Freud 1953-1954*. Bs As: Paidos.
- Lacan, J. (1984). *El seminario de j, Lacan. Libro 2 El yo en la teoría de Freud y en la técnica psicoanalítica*. Bs As: Paidos.
- Lacan, J. (1985). Escritos 2. En J. Lanan, *La ciencia y la verdad* (págs. 834-858). Mexico: Siglo XXI.
- Lacan, J. (1985). La ciencia y la verdad . En J. Lacan, *Escritos 2* (págs. 834-858). Buenos Aires : Siglo XXI.
- Lacan, J. (1988). *La ética del psicoanálisis. Seminario de J. Lacan. Libro 7*. uenos Aires: Paidos.
- Lacan, J. (1989a). *Escritos 2*. Mexico: Siglo XXI.

- Miller, J. A. (1991). Patología de la Ética . En J. A. Miller, *Lógica de la vida amorosa* (pág. 70). Bs As : Manatial .
- Miller, J. A. (1993). Salud Mental y orden público. *Uno por Uno*, 36.
- Miller, J. A. (2008). Nada más humano que el crimen. *Virtualia No.18*, 1-4.
- Pichot, P. (2010). *DSM - IV Breviario Criterios Diagnósticos*. Bs As : AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. Madrid: Reus, S.A.
- Salazar Sarmiento, E. (2007). *Código de la Infancia y la Adolescencia. Anotado* . Bogotá: Leyer.
- Seguí, L. (2012). *Sobre la responsabilidad criminal. Psicoanálisis y criminología*. Mexico D F: Fondo de Cultura Económica.
- Soler, C. (2003). *Declinación de la angustia*. Medellín: Multitex.
- Ubieta, J. (2011). Violencia escolar. En M. Goldemberg, *Violencia en la escuela* (págs. 23-43). Buenos Aires: Grama.
- Zawady, M. D. (10 de 06 de 2015). *La responsabilidad subjetiva. Actualidad del planteamiento freudiano*. Obtenido de Universidad Nacional: <http://www.bdigital.unal.edu.co/14512/1/3-8406-PB.pdf>

Sobre el desarrollo del derecho procesal penal alemán

Claus Roxin

I.

El Derecho procesal penal alemán tuvo sus orígenes en el año de 1877, pero ha sido sucesivamente adaptado, incluso todavía, por medio de numerosas reformas legales a las cambiantes circunstancias del tiempo. No obstante, permanece la estructura básica del proceso: se trata de un “procedimiento acusatorio con principio de investigación”. Es decir¹: el tribunal sólo podrá actuar por medio de una acusación que, por regla general, es interpuesta por el Ministerio Público. El Ministerio Público es una autoridad autónoma, que debe investigar los hechos de forma imparcial y a partir de una sospecha suficiente, es decir, con una probabilidad de condena preponderante, acusa ante el Tribunal. Luego de esta acusación, la tutela del proceso pasa al tribunal, quien

¹ Traducido por Esteban González Jiménez (Universidad Pontificia Bolivariana). Revisado y actualizado por John Zuluaga (LL.M.), Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) e investigador adscripto al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad. (Orig. “Zur Entwicklung des deutschen Strafprozessrechts” – *Sobre o desenvolvimento do direito procesual penal alemão*. En: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Dir. Mário Ferreira Monte, Coimbra: Coimbra Editora, 2009). Cfr. en detalle Roxin, Derecho Procesal Penal 25º ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, § 17, pp. 121 ss.

investiga los hechos [bajo su propia responsabilidad], valora las pruebas y lleva a cabo todos los interrogatorios. Este tipo de proceso se sitúa entre el antiguo proceso inquisitorial – en el que el tribunal también conducía la investigación preliminar y asumía la función del Ministerio Público – y un puro proceso de partes, en el que la acusación y la defensa dominan el juicio oral, presentan el material probatorio y llevan a cabo los interrogatorios – frecuentemente en forma de contrainterrogatorio –, mientras que el Tribunal domina las partes como una especie de árbitro neutral.

En virtud del tipo de proceso penal descrito, el proceso penal alemán – como consecuencia de las terribles experiencias con la dictadura nacional-socialista – fue reconstruido y moldeado al Estado de Derecho en el período de pos-guerra. Esto fue logrado de seis maneras diferentes: primero, evidentemente fueron suprimidos los cambios comprometidos con el espíritu de la dictadura. Segundo, el legislador ha reforzado considerablemente los derechos del inculpado bajo el celo reformador liberal hasta el año 1964; los primeros 20 años de postguerra no fueron de ninguna manera restaurativos en todos los campos, tal como posteriormente se les ha repetido a Ustedes la mayoría de las veces. Tercero, en el año de 1949 la Ley fundamental ha colocado al inicio de la constitución alemana no sólo importantes derechos procesales fundamentales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad, la libertad de culto, la libertad de conciencia, libertad de expresión y la libertad de prensa. También previó en un capítulo propio sobre la “jurisdicción”, derechos fundamentales ante el tribunal y garantías jurídicas relativas a la restricción de la libertad. Cuarto, la Convención Europea de Derecho Humanos, que rige en Alemania como una Ley estatal, ha introducido en nuestro proceso nuevos e importantes principios de interpretación como el debido proceso. Quinto, el derecho probatorio ha fortalecido las posiciones de defensa por medio de cierta recepción de principios anglo-americanos. Sexto, a partir de los derechos fundamentales y para los casos de obtención ilegal de pruebas, la jurisprudencia también ha desarrollado numerosas prohibiciones de valoración probatoria no contenidas en el texto de la Ley. Serán enunciados – sin entrar en pormenores o en consideraciones sobre su origen – apenas algunos principios fundamentales centrales del derecho procesal penal alemán: la reserva de ley y la exigencia de decisión judicial en todas las medidas restrictivas de la libertad²; el derecho a ser oído conforme a la ley³; la autorización del defensor en todas las fases del proceso⁴; la prohibición de coacción y engaño y de otras medidas similares tendientes a afectar la libertad del

2 Art. 104 de la Constitución Alemana (Grundgesetz – GG).

3 Art. 103 inc. 1 GG.

4 § 137 del Código Procesal Penal alemán (Strafprozessordnung – StPO).

consentimiento⁵; el derecho a la no auto-incriminación, la obligación de recibir información sobre ese derecho y la no validez de una efectiva auto-incriminación sin tal información⁶; la presunción de inocencia⁷; el ya mencionado principio del debido proceso⁸; el principio *in dubio pro reo*⁹, la exigencia de celeridad¹⁰, y el *non bis in ídem*¹¹. De igual manera el ofendido, con el desarrollo de la victimología como una rama de la ciencia, fue “elevado” a sujeto procesal, con derechos procesales propios¹².

Todos estos principios conjugados, aunque con orígenes distintos, fueron ampliamente materializados por la doctrina y por la jurisprudencia, permitiéndonos tener hoy un proceso penal liberal y cumplidor de las exigencias de un Estado de Derecho. Toda vez que la criminalidad en Alemania tiene un sentido decreciente y se encuentra controlada – partiendo de una medida internacional –, existirían, conforme a mi concepción, todas las condiciones para estar satisfecho con el proceso penal alemán.

En lugar de esto, mis próximas consideraciones serán realizadas en tono de crítica, toda vez que el proceso penal alemán entró, en las últimas décadas, en una crisis que ya ha alterado fuertemente la realidad procesal penal y amenaza alterarla aún más. Sintetizaré este desarrollo a través de dos puntos clave: “des-formalización” y aumento de intervención.

II.

Comenzaré con la “des-formalización” que, en parte, a través de innovaciones legislativas, y en parte, a través de desarrollos extra-legales, sustituyó las ajustadas reglas del proceso penal alemán por un proceso menos formal, orientado al logro de acuerdos entre los sujetos procesales.

5 §136 a StPO.

6 § 136 StPO.

7 Art. 6 inc. 2 de la Convención de los Derechos del Hombre (CDH).

8 Arts. 20, 28 GG; Art. 6 inc. 1 CDH.

9 § 261 StPO; Art. 6 inc. 2 CDH.

10 No está *qua tale* previsto en el StPO, pero puede deducirse del principio del Estado de Derecho.

11 Art. 103 inc. 2 CDH.

12 §§ 8 155 a, b, 403-406 h StPO.

1. El comienzo se dio en 1974, con la introducción del § 153a en el Código Procesal Penal alemán. En los términos de esta norma, en los delitos de menor gravedad (*Vergehen*) – es decir, los crímenes cuyo límite de prisión sea inferior a un año – el Ministerio Público, con consentimiento del tribunal y del imputado, podría proponer mandatos y condiciones (en la práctica, se trata la mayoría de las veces del pago de dinero a establecimientos de utilidad pública) en lugar de la continuación del proceso, una vez estas se mostraran “adecuadas, para suprimir el interés público en una persecución penal en los casos de culpa mínima”. En delitos menores, con consecuencias mínimas, la “terminación del proceso” podría tener lugar incluso sin el consentimiento del tribunal. Después de la presentación de la acusación, el tribunal podría terminar el proceso, de acuerdo a los mismos presupuestos, siempre y cuando tuviera el consentimiento de los restantes sujetos procesales. De esta forma, esta norma estableció una excepción al principio de legalidad, según el cual el Ministerio Público se encuentra en principio obligado a llevar a cabo una acusación, en relación a cada comportamiento punible.

Esta reglamentación tuvo evidentes ventajas, de ahí que se haya impuesto rápidamente en la práctica. Primero, alivia notoriamente la congestionada justicia, lo cual fue la razón fundamental de su introducción. Segundo, contribuyen a una despenalización político-criminalmente consecuente en el ámbito de la pequeña criminalidad. Tercero, a través del cumplimiento de mandatos y reglas de conducta cumple fines socialmente relevantes.

Sin embargo, ya en su redacción inicial esta reglamentación contenía un peligro potencial, debidamente puesto en evidencia por la doctrina desde su inicio¹³. Los reparos se pueden sintetizar en ocho puntos de vista. Primero, en los delitos menores, desvía el poder decisoria al Ministerio Público, pero que constitucionalmente es otorgado al tribunal competente.¹⁴ Segundo, la decisión deja de ser pública y judicialmente comprobable para ser tomada a puertas cerradas. Tercero, la decisión tampoco exige la misma fundamentación que la sentencia, de modo que no resulta claro por qué razón la culpa es mínima y por qué es suprimido el interés público en la persecución penal. Cuarto, de aquí surge el peligro del tratamiento desigual; no es claro por qué razón en un caso existió terminación y en otro no. Quinto, de igual forma puede dar la impresión de que los más adinerados podrán “comprar” su libertad a través de considerables pagos, en cuanto los más desfavorecidos no tendrán esa posibilidad. En este sentido, sexto, el consentimiento del acusado no es enteramente libre, en la medida en que, no acep-

13 Cfr. la nueva formulación en Kühne, *Strafsprozessrecht*, 2006, nota marginal (nm.) 583 ss., 589 ss., o en Schoreit, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 2003, § 153 a, nm. 1-4.

14 Art. 92 Constitución alemana.

tando, habrá de atenerse a una pena más severa. Sólo pocos se atreven a luchar a toda costa por una absolución, la cual quizás también sería de lograrse. Séptimo, aquel que se considere inocente estará de acuerdo con la suspensión para evitar las molestias de un largo y penoso proceso. Podemos también considerar, octavo, que la decisión queda exenta de verificación.

Mis ocho contra argumentos demuestran que el precio a pagar por una simplificación procesal operada a través de la erosión de formalidades y reglas es elevado. Estos argumentos apenas son relativizados en la medida en que el ámbito de la aplicación de la norma fue limitado a casos de “*culpa mínima*”, en relación a los cuales se podría pensar que la exención de la pena al acusado compensa la renuncia de garantías legales. No obstante, al legislador le agradó tanto el deseado efecto de ahorro que, en el año de 1993, a través de una “ley para el alivio de la administración de justicia”, renunció al requisito de “*culpa mínima*” contenido en el § 153a. Ahora apenas se exige que no se oponga a la “gravedad de la culpa”. De esta manera, este procedimiento informal que hemos estado retratando fue extendido a toda la criminalidad de gravedad media, de modo que, después de las inescrutables ponderaciones de los sujetos procesales, principalmente del Ministerio Público, la mayor parte de la criminalidad no termina siendo llevada a la forma de proceso que para sí se encontraba prevista.

Los criterios de *no oposición de la culpa* y desistimiento del interés público en la persecución penal, por virtud de su falta de contenido, no pueden tener ningún efecto límite, dado que en ningún momento la ley especifica cuan grave tendrá que ser la culpa para oponerse a un sobreseimiento, ni cuales deberán ser los presupuestos del desistimiento del interés público en la persecución penal a través de otro tipo de beneficios del acusado.

La práctica condujo también a que los procesos sensacionalistas con un fondo político y económico jurídico-penal sean “*desistidos*”, en los términos del §153a del Código de Procesal Penal alemán. Así sucedió con el designado proceso de los donativos o subvenciones al partido político contra el entonces Canciller Kohl, en el que estaba en juego un daño de más de 100.000 euros. Y, hace pocos años, un proceso contra un alto dirigente financiero (el gerente del *Deutsche Bank*) cuyos gastos injustificados ascendieron a cerca de 50 millones de euros, el cual también fue “*desistido*”. Los importes monetarios que tuvieron que sufragar en virtud del “*desistimiento*” del proceso se situaron muy por debajo de aquellas cantidades.

Dentro de la opinión pública alemana, debido a la forma como terminó el último proceso antes referido, surgieron muchas críticas. Y con razón. No se trata de querer ver personalidades prominentes castigadas. Tal vez, incluso hayan sido justamente puestas en libertad. Pero tal cosa exigiría una decisión debidamente

fundamentada. Cuando los tribunales, en casos como los descritos, renuncian a la exigencia de una decisión, ello es semejante a una renuncia del derecho, ya que las complejas cuestiones jurídicas que se enfrentan permanecen sin resolución definitiva. Es un hecho bien conocido que nuestros tribunales cada vez con mayor frecuencia eluden la decisión de problemas jurídicos complejos por medio de la aplicación del § 153a del Código Procesal Penal alemán. *Sin embargo, no es debido a la falta de control e intangibilidad que se deben evitar tales decisiones.*

En resumen, puede decirse que de esta forma, en relación a los crímenes que no sean punidos con pena de prisión superior a un año, se construyó toda una nueva forma de proceso, que ya fue clasificada por nuestro Tribunal Federal Supremo (*Bundesgerichtshof* – BHG) como “*proceso de archivamiento con auto sometimiento*”¹⁵. Este proceso, regulado en unos pocos párrafos, se desvincula de las restantes reglas del proceso penal y las sitúa cada vez más lejos. Apenas conseguiría lograr legitimidad cuando le fuera dedicada una sección o un capítulo en el Código Procesal Penal, en el que fueran establecidos criterios de utilización más claros y le fuera conferida mayor transparencia decisoria, en los términos de los estándares mínimos del Estado de Derecho. Aunque también, e incluso siendo así, tal reglamentación significaría, en muchos casos, en un desvío al actual derecho procesal penal.

2. El proceso de creciente des-formalización en los últimos veinte años en Alemania, ha venido a abarcar progresivamente el proceso de juzgamiento. En lugar del completo esclarecimiento de los hechos previsto legalmente por medio del Tribunal, surgen acuerdos entre el juez, el ministerio público y el defensor, con el resultado de que el tribunal – con una confesión del acusado – establece una medida máxima de pena que no será sobrepasada. A través de este procedimiento, puede ser evitada una exhaustiva recopilación de pruebas, y se consigue abreviar significativamente el proceso.

Sin embargo, aun así, no son observados principios fundamentales del proceso penal alemán¹⁶. Cuando la decisión propiamente dicha es tomada fuera de la sala de audiencias a través de conversaciones previas en el gabinete del juez, el principio de un proceso oral y público – a partir del cual los fundamentos de la decisión son indudablemente presentados delante del público – es seriamente lesio-

15 Decisiones del *Bundesgerichtshof* en materia penal (BGHSt), Tomo 28, p.70.

16 Lo que encuentra muchas críticas por parte de la doctrina. El crítico más fuerte en la literatura alemana es Schünemann, *v.g.* en su *Gutachten B zum Deutschen Juristentag* 1990, y más recientemente, en su artículo “*Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur*”, 2005. Cfr. también Kühne, en: *Löwe-Rosemberg, dem größten deutschen Kommentar zur StPO*, 26 2006, Tomo 1, parte introductoria, sección G, nm. 58 ss.

nado. Con todo, la jurisprudencia ha conseguido que las conversaciones previas sean presentadas en el proceso principal y que su contenido conste en el acta. No obstante, ello no sustituye la toma de la decisión en el ámbito del juicio oral y contradictorio.

La sala plena para asuntos penales del Tribunal Federal Supremo alemán (BGH) – un gremio llamado a pronunciarse en casos de divergencias de opinión de las diferentes salas y en cuestiones con una importancia fundamental – había admitido los acuerdos apenas con algunas restricciones¹⁷. Sin embargo, en su histórica sentencia emitida en marzo de 2005¹⁸ puede leerse que el Código Procesal Penal “no tenía regulación alguna acerca de la sentencia con base en acuerdos”. Éstas serían, incluso, “establecidas, en principio, forzosamente”. De igual manera los compromisos relativos a la medida de la pena asumidos antes del juzgamiento serían difícilmente compatibles con la ley, según la cual la sentencia tendría que ser creada “a partir del conjunto del juicio oral”¹⁹. Además, este proceso de acuerdos previos tendría todavía el peligro de “dar cumplimiento apenas de forma limitada al principio de fundamentación”.

De lo anterior resulta que también el Tribunal Federal Supremo alemán, a pesar de su “voto” de admisibilidad a las sentencias con base en acuerdos, las considera, en el fondo, contrarias a la ley. Apenas las tolera con el argumento de que la justicia penal, sin los acuerdos ya no conseguiría cumplir su papel. Citaré textualmente²⁰: “sobre todo teniendo en cuenta los escasos recursos de la justicia (...) la capacidad funcional de la justicia penal no sería soportada si, de modo general, no fuera permitido a los tribunales acordar sobre el contenido de la decisión a emitir”. De forma clara, esto significa que los acuerdos apenas son admitidos para intentar evitar un colapso de la justicia penal ocasionado por su sobrecarga. El Tribunal Supremo Federal alemán reconoce²¹ incluso que habría evitado la admisibilidad de los acuerdos si “fuera posible prever una reglamentación por parte del legislador... Sin embargo, a pesar de la necesidad urgente de reglamentación, no existe, en concreto, una previsión de actividad legislativa sobre este punto”. La sentencia termina con una solicitud dramática²²: “la sala plena para asuntos penales apela al legislador para que reglamente la admisibilidad, y los requisitos

17 BGHSt 50, p. 40 ss.

18 Op. Cit., p. 51.

19 Es lo que establece el § 261 StPO.

20 Op. Cit., p. 54.

21 Op. Cit., p. 55.

22 Op. Cit., p. 64.

y límites legales de los acuerdos. Es una obligación primaria del legislador la de definir las cuestiones principales de configuración del proceso penal”.

De hecho el legislador ha promulgado el pasado 29 de julio de 2009 la llamada “Ley para la regulación del acuerdo en el proceso penal” (*Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*). En el nuevo § 257c del Código Procesal Penal alemán se expresa que puede tener lugar un acuerdo entre el tribunal, el acusado y el ministerio público sobre los efectos jurídicos de un hecho punible. “Componente de cada acuerdo debe ser una confesión” (inciso 2 frase 2). El tribunal da a conocer cual contenido podría tener el acuerdo. Podría dar...también un límite máximo o mínimo de pena” (inciso 3, frase 1 y 2). “El acuerdo entra en vigor cuando el acusado y el ministerio público aprueben la propuesta del tribunal (inciso 3, frase 4).

Contra esta regulación ha sido llamado el Tribunal constitucional para pronunciarse, con lo que ha sido reprochada una violación contra el principio de investigación judicial de la verdad. El Tribunal constitucional ha conservado esta ley con base en su decisión del 19 de marzo de 2013²³, pero ha vinculado su aplicación a condiciones restrictivas. El tribunal dice (nota marginal 71) que la ley “sólo puede ser comprendida en el sentido de que la confesión en la que se basa el acuerdo debe ser obligatoriamente verificada....esta verificación se ha de llevar a cabo por medio de la práctica de pruebas en el juicio oral.”

De esta manera, la confesión es de manera justificada excluida como único fundamento de la sentencia y el número de acuerdos sería supuestamente reducido. A pesar de ello es de preguntarse por qué debe ser tan importante la confesión si la sentencia tiene que basarse decididamente en la práctica de pruebas durante el juicio oral.

Me temo que la praxis de los acuerdos es perjudicial para la comprensión judicial básica de complicados problemas jurídicos, ante todo del derecho penal económico. Si el Ministerio Público eleva una acusación es obvio que el juez se apropié de esa posición jurídica sin otras reflexiones, en tanto todas las partes estén de acuerdo con una pena disminuida por medio de la confesión. Así entonces se puede ahorrar un juicio oral integral y el desarrollo de análisis jurídicos propios y detallados.

La praxis de los acuerdos también puede repercutir jurídicamente en perjuicio del acusado. El mismo intentará conseguir una posición jurídica más favorable de-

23 Strafverteidiger, 2013, p. 353.

sistiendo de un acuerdo. A esto se termina renunciando frecuentemente cuando el acusado teme que con el fracaso de ese intento es de esperarse una pena más alta. Esto se adecua difícilmente a las exigencias de un debido proceso. Una conducción pública y comunicativa del juicio también es posible sin una determinación formal de los límites máximos de la pena. Yo considero esto como la mejor solución.

III.

Un segundo desarrollo que ha contribuido a la crisis del proceso penal se encuentra en el fortalecimiento de medidas de intervención y de vigilancia. Estas medidas deberían servir para el combate al terrorismo y a la criminalidad organizada, pero aún así, limitan cada vez más el espacio de libertad de todos los ciudadanos. No es posible, en el ámbito de este breve trabajo, dar cuenta de todos los pormenores. Por este motivo, indicaré apenas algunos tópicos de crítica.

Se objeta²⁴ que las leyes policiales de los estados federados alemanes que, en la década de los 90 del siglo pasado, vinieran a permitir, en gran medida, investigaciones preliminares sin sospecha concreta, al ser extendidas a casi todos los ciudadanos, limitan su derecho constitucional de auto-determinación informacional.

A esto, se suma²⁵ que el legislador alemán, después del atentado al *World Trade Center*, extendió sustancialmente las competencias de los servicios secretos y autoridades de seguridad y estimó que las informaciones obtenidas por medio de estas competencias puedan ser admitidas en el proceso penal, sin que la fiabilidad del material pueda ser debidamente verificada.

Además de estos aspectos, objeto de crítica²⁶ es todavía el hecho de que en las investigaciones criminales, cada vez más, son implicadas personas que ni son sospechosas, ni están relacionadas con los hechos. Esto se aplica a nuevos métodos de investigación como la pesquisa de redes y pesquisa en bancos de datos, en la cual, sin sospecha alguna, son reunidos datos personales que corresponden a determinados criterios de investigación. En enero de 2007, nuestros diarios dieron cuenta de que, para el esclarecimiento de un caso de pornografía infantil

24 Cfr. Kühne (*supra* nota 16), parte introductoria, sección F, nm. 207.

25 Cfr. Paeffgen, “Vernachrichtendienstlichtung des Strafprozess”, en: *Internationalisierung des Strafrechts*, 27. Strafverteidigertag 2003, 2004, p. 291 ss., y las conclusiones del grupo de trabajo para las nuevas leyes de seguridad, en el mismo tomo, p. 352.

26 Cfr. la exposición de síntesis de Kühne (*supra* nota 16), parte introductoria, sección F, nm. 207.

en internet, fueron verificadas innumerables tarjetas de crédito alemanas (más de 22 millones). Lo que se aproxima mucho a las visiones de George Orwell. Desde 2005, por ejemplo, también son admitidas las tomas de ADN de comunidades enteras, a través de las cuales deben ser investigados autores de crímenes violentos, a través del subsiguiente análisis de células corporales obtenidas²⁷. Aparentemente, la participación en estas medidas de investigación masivas se hace libremente. Pero el hecho es que la negativa en la recolección de tales elementos funciona como una sospecha, lo que implica que prácticamente nadie se puede librar de estas medidas.

Han comenzado también a surgir voces preocupadas en Alemania debido a las Decisiones-Marco del Consejo de la Unión Europea relativas al proceso penal²⁸. Es opinión mayoritaria de la doctrina alemana que estas directivas europeas defienden intereses persecutorios sin tomar suficientemente en cuenta los derechos del acusado y de terceros.

Con esta extensa lista de aspectos de crítica no se pretende, sin embargo, afirmar que el proceso penal alemán debería haber permanecido tan liberal como fue construido 20 años después del fin la guerra por el legislador alemán (en reacción al superado Estado injusto [Nazi]). Ya que, en ese contexto, no existía terrorismo ni criminalidad organizada en Alemania ni las fronteras eran abiertas. Se entiende que estos nuevos fenómenos, traducidos en peligros para la seguridad interna, hayan de originar medidas de prevención, y de igual manera, que deban ser utilizados los medios de investigación que los avances científicos y tecnológicos ponen a nuestra disposición. Pero todo eso – y aquí reside la crisis resultante de tal evolución – deberá ser minuciosa y fundamentalmente reglamentado, con respeto por los derechos individuales de la personalidad, si queremos evitar comportamientos de un Estado de policía. Esto deja ver también la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán, el que como es sabido a invalidado completa o parcialmente un impresionante número de normas sobre injerencias pues no incluían una suficiente protección de la libertad de acuerdo a los parámetros del Estado de derecho. Es un preocupante desarrollo el hecho de que nuestro Tribunal constitucional y a veces también el Tribunal federal supremo tengan que indicarle – no pocas veces- al legislador cómo debe que verse una ley conforme a la constitución.

27 § 81 h StPO.

28 Cfr. Kaifa-Gbandi, “Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU um rechtstaatliche Defizite” en: *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, p. 521 ss.

IV.

De esta manera nos encontramos con un punto final que es apropiado para aclarar la imagen bastante oscura del nuevo desarrollo legal. El Tribunal federal supremo y ante todo el Tribunal constitucional alemán han reconocido los peligros para el Estado de derecho que trae consigo el acoplamiento de más simplificaciones del proceso con más y rigurosas medidas de vigilancia. Ambos tribunales intentan contrarrestar esto. Acerca de la praxis de los acuerdos ya lo he expuesto. Respecto a las cada vez más amplias medidas de vigilancia, quisiera ahora referirme a un caso ejemplar: la vigilancia acústica domiciliaria, es decir, la escucha de conversaciones en casas o residencias privadas, que han sido introducidas por el legislador en el año de 1998. El Tribunal Constitucional, en 2004, consideró esta nueva reglamentación – mas no la alteración de la Constitución – parcialmente inconstitucional y nula. El legislador, en primer lugar, habría de limitar la admisibilidad de estas medidas a “crímenes particularmente graves” y en los casos así permitidos, respetar el núcleo fundamental de la intimidad de la vida privada. En estas situaciones, nunca sería admitida la primacía del interés en la persecución penal. De esta manera, en el año de 2005, el legislador intentó llevar a cabo este mandato del Tribunal a través de una nueva reglamentación²⁹.

Ahora me detendré un poco más en la proclamada protección del “núcleo fundamental de la intimidad de la vida privada”, en la medida en que sus implicaciones sobrepasan el caso concreto. El Tribunal fundamenta la necesidad de esta protección, en la dignidad de la persona humana que se encuentra consagrada constitucionalmente. Ésta exigiría³⁰ que cada ciudadano tuviese la posibilidad de “manifestar fenómenos personales, como sensaciones y sentimientos, pensamientos, opiniones y vivencias altamente personales, sin el recelo de que las autoridades estatales lo vigilén”. Para ello, precisaría de un “domicilio privado que pueda estar cerrado a los otros”. Éste sería, como un “último refugio”, un “medio de realización de la dignidad humana. Lo que no exige una protección absoluta de los espacios de la casa, pero una protección absoluta de los comportamientos en estos espacios, en la medida en que se presentan como manifestación individual en el ámbito del núcleo fundamental de la intimidad de la vida privada”.

29 En los § 100 c, §100 e del StPO. Con mayor profundidad y valoración crítica Roxin, “Große Lau-schangsgriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung”, en: *Festschrift für Heike Jung*, 2007, p. 159 ss.

30 BVerfGE 109, p. 313 s. La dignidad de la persona humana está consagrada en el Art. 1 inc. 1 de la Constitución alemana: “La dignidad de la persona humana es inviolable. Es obligación del poder público su respeto y su protección”.

La nueva reglamentación resultó ser de tal modo que, en la práctica, una medida de escucha domiciliaria apenas podrá ser autorizada “si, por virtud de indicios materiales, en particular con relación a los espacios a vigilar y al comportamiento de la persona vigilada, se pueda asumir que no son comprendidas por la medida, manifestaciones pertenecientes al núcleo fundamental de la vida privada”. “La escucha y la transcripción son inmediatamente interrumpidas si durante la vigilancia resultan motivos para considerar que están siendo comprometidos comportamientos pertenecientes al núcleo fundamental de la vida privada. Las transcripciones de tales manifestaciones serán categóricamente eliminadas. Cualquier conocimiento de tales manifestaciones no podrá ser utilizado”³¹.

Sin embargo, el especial significado de la sentencia del Tribunal Constitucional se encuentra en el hecho de que no se limita a la vigilancia domiciliaria. Ya que, siendo la inviolabilidad del núcleo esencial de la intimidad de la vida privada, derivada de la dignidad de la persona humana, este principio también habrá de cumplirse para todos los derechos de intervención estatal. Teniendo así el deber de limitar todas las medidas de vigilancia efectuadas, de acuerdo con el derecho público. Todas las medidas de policía preventivas, pero también las escuchas telefónicas – esto también vale para los registros online y el espionaje de viviendas -, tendrán que ser reconsideradas a la luz de la protección de este núcleo fundamental. Esta es una tarea que el legislador tiene todavía por delante.

V.

Y con esto llegó al final. Aunque mi presentación fue corta, tiene un gran sentido que se puede sintetizar en una frase: el Derecho penal y el Derecho procesal penal no solamente están para facilitar una lucha eficaz contra la criminalidad, sino, en igual medida existe otra obligación que es la de asegurarle a la justicia penal una aplicación que esté fuera del alcance de los caprichos de los funcionarios públicos y que se lleve a cabo con justicia y de contraponer límites claros e insuperables al poder de intervención estatal en pro del interés de una vida libre. Recordar esta concepción por la cual se ha luchado de manera sacrificada en los últimos 250 años, no es al día de hoy para nada superficial.

Post scriptum. El Grupo de Investigaciones en Sistema y Control Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana agradece al profesor John Zuluaga (LL.M.), y al

31 § 100 inc. 4 y 5, de la nueva formulación del StPO.

Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CE-DPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania), al cual éste pertenece; por el apoyo brindado en la traducción del presente artículo y la materialización de la videoconferencia realizada por el profesor Claus Roxin en el marco del I Seminario Internacional sobre Perspectivas y Retos del Proceso Penal, llevado a cabo en la ciudad de Medellín en septiembre de 2015.



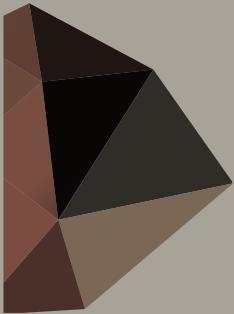
**Universidad
Pontificia
Bolivariana**

SU OPINIÓN



Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto.

La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos. Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía e-mail a editorial@upb.edu.co. Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, e-mail y número telefónico.



Esta composición pretende exponer el resultado investigativo de destacados profesores del ámbito nacional e internacional que participaron en el I Seminario Internacional sobre Perspectivas y Retos del Proceso Penal, realizado en la Universidad Pontificia Bolivariana en septiembre de 2015. Los capítulos pueden agruparse en tres grandes partes, a manera de ejes temáticos. El primero de ellos aborda los desafíos del proceso penal de acuerdo con las configuraciones sociales contemporáneas; el segundo se relaciona con las epistemologías y condiciones de emergencia de la verdad en el proceso penal y el tercero y último abre un debate sobre el diseño e implementación de las justicias alternativas en nuestro país. Todos, guardando una íntima relación interdisciplinaria con estudios filosóficos, políticos y sociológicos, a partir de los cuales, se considera, sólo es posible comprender a cabalidad las problemáticas que plantea el estudio del sistema penal, en este caso, lo referente al proceso penal. De suerte tal que el texto de derecho procesal penal que se ofrece a continuación no es ajeno a esta concepción. En síntesis, se ha querido ir más allá de las formas jurídicas que componen el estudio del derecho procesal, a partir de abstracciones conceptuales que le dan sustento a las formas, y sólo con los cuales, verdaderamente, se logra una compresión del fenómeno del proceso penal.

ISBN: 978-958-764-285-8

9 789587 642858

