

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
Liber Amicorum

Directores
Mario A. Houed Vega
Digna M. Atencio Bonilla
Gustavo A. Arocena
Gabriela Gusis
Sergio J. Cuarezma Terán

Coordinador
Diego Cuarezma Zapata

DERECHO PENAL HUMANO

La dignidad como límite del poder punitivo



Derecho penal humano

La dignidad como límite del poder punitivo

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Liber Amicorum

Directores

Mario A. Houed Vega
Digna M. Atencio Bonilla
Gustavo A. Arocena
Gabriela Gusis
Sergio J. Cuarezma Terán

Coordinador

Diego Cuarezma Zapata

Autores

Mario A. Houed Vega	Juan Antonio Kuan Guerrero
Manuel Vidaurri Aréchiga	Erick Gatgens Gómez
Henry Eyner Isaza	María Eugenia López Arias
Gabriela Gusis	José Coronel De Trinidad
Joy Paull Torres J.	Martín A. Martínez Osorio
Henry Eyner Isaza	Gustavo A. Arocena
Julia Sáenz González	Luis Mario Carrasco
Enzo Finocchiaro	Manfredo Koessl
John Zuluaga	Diego Cuarezma Zapata



Consejo Académico y Administrativo

Rector: *Sergio J. Cuarezma Terán* (Nicaragua)

Vicerrector General: *Edwin R. Castro Rivera* (Nicaragua)

Secretario General: *José Coronel De Trinidad* (Nicaragua)

Vicerrectora Académica: *Xuria E. Rodríguez Montenegro* (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación: *Gustavo A. Arocena* (Argentina)

Vicerrector de Relaciones Internacionales: *Manuel Vidaurri Aréchiga* (México)

Vicerrectoría Administrativa Financiera: *Sergio J. Cuarezma Zapata* (Nicaragua)

Equipo editorial

Autores	:	Varios
Cuido de edición	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Christell Ponce Vargas

ISBN: 978-99924-21-62-8

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© INEJ, 2026

El INEJ es una institución de Educación Superior, que contribuye al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y de la región, a través de la investigación científica, los estudios de educación continua y de postgrados; creado por la Ley No. 604/2006, aprobada el 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 229, del día 24 de noviembre de 2006, República de Nicaragua. Inscrito, registrado y acreditado en la Secretaría Técnica para Atención a las Universidades (SETEC), Nicaragua, y miembro activo de la Agencia Centroamericana de Acreditación de Postgrado (ACAP), Tegucigalpa, Honduras.

www.inej.net
info@inej.net

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	9
<i>Mario A. Houed Vega Digna M. Atencio Bonilla Gustavo A. Arocena Gabriela Gusis Sergio J. Cuarezma Terán</i>	

DIÁLOGO INAUGURAL

Justicia y democracia en debate: la visión de Zaffaroni

Laudatio	19
<i>Gustavo A. Arocena</i>	
Punitivismo, republicanismo y democracia	31
<i>E. Raúl Zaffaroni</i>	

CAPÍTULO I

La degradación de la justicia penal: del discurso populista
a la represión institucional en América Latina

Populismo frente a democracia. Reflexión sobre la crisis actual	51
<i>Mario A. Houed Vega</i>	
Populismo penal: expresión del mal uso del Derecho penal	67
<i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	
Sistemas penales subterráneos y represivización en América Latina	127
<i>Gabriela Gusis</i>	

CAPÍTULO II

Nuevos horizontes de la justicia internacional,
independencia judicial, integración regional y defensa del planeta

Independencia judicial y control de convencionalidad	145
<i>Henry Eyner Isaza</i>	
La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus límites frente al artículo 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia	183
<i>Diego Cuarezma Zapata</i>	
La legítima defensa en el Derecho penal, penal internacional e internacional penal	201
<i>Julia Sáenz González</i>	

Algunas cuestiones de interés relativas al análisis dogmático del delito de tráfico ilícito de drogas.....	245

Carlos David Cáliz Vallecillo

Brevísima introducción crítica al Derecho penal internacional	269

Enzo Finocchiaro

Breves apuntes sobre el Ecocidio. Justicia penal internacional y medio ambiente.....	309

Enzo Finocchiaro

CAPÍTULO III

Estándares de imputación y control de garantías en el sistema acusatorio

Tatverdacht y Motivos Fundados. Apuntes para una comparación procesal penal	329

John Zuluaga

El control judicial sobre la afectación de derechos fundamentales en el proceso acusatorio panameño	359

Juan Antonio Kuan Guerrero

Audiencias previas y garantismo penal: un análisis de las garantías fundamentales en la etapa inicial del proceso	381

Joy Paull Torres J.

CAPÍTULO IV

Justicia penal: inteligencia artificial, sesgos algorítmicos y derechos humanos

Sesgos y debido proceso penal en la era digital	399

Erick Gatgens Gómez

El proceso penal en transición hacia una justicia inteligente y humana	451

María Eugenia López Arias

La revolución industrial digital en el sistema de justicia penal. Inteligencia artificial, derechos humanos y el debido proceso.....	461

Sergio J. Cuarezma Terán | José Coronel De Trinidad

CAPÍTULO V

Entre el olvido y la instrumentalización. Una mirada crítica a la victimología actual

La victimología: una aproximación	477
<i>Martín Alexander Martínez Osorio</i>	

CAPÍTULO VI

Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Balance crítico y perspectivas actuales de la justicia penal

La resolución del conflicto penal por vías alternativas en el marco de la nueva finalidad del proceso penal. Reflexión crítica.....	515
<i>Sergio J. Cuarezma Terán</i>	

Los procedimientos alternos de solución de conflictos penales. Balance actual (2025).....	545
<i>Luis Mario Carrasco</i>	

CAPÍTULO VII

El laberinto penitenciario: de la utopía resocializadora a la realidad carcelaria

La imposible resocialización del condenado. Meditaciones desde el Derecho argentino	565
<i>Gustavo A. Arocena</i>	

El derecho penitenciario en la región. El caso especial de Panamá.....	621
<i>Dinoska Montalvo</i>	

CAPÍTULO VIII

Justicia transicional y construcción de paz. Dilemas del postconflicto

Del coronel Buendía a Iván Márquez. Sobre las dificultades de los procesos de paz y reintegración en Colombia.	641
<i>Manfredo Koessl John Zuluaga</i>	

PRÓLOGO

A manera de prólogo, quienes suscribimos este volumen como Directores, deseamos dar la bienvenida al lector a una obra que nace con vocación regional y con una convicción que hoy resulta inaplazable: la dignidad humana es el límite infranqueable del poder punitivo. Este libro, titulado *Derecho penal humano. La dignidad como límite del poder punitivo. Eugenio Raúl Zaffaroni. Liber Amicorum*, se erige como un genuino gesto de reconocimiento, de gratitud y, sobre todo, de compromiso intelectual con un Derecho penal que no renuncie a su humanidad. En ese horizonte, el volumen se presenta como parte de un proyecto regional de investigación que busca pensar críticamente el sistema penal contemporáneo, en tiempos de transformaciones aceleradas y desafíos inéditos.

Este *Liber Amicorum* tiene además un marco simbólico y profundamente significativo: se comparte en el contexto del Primer Congreso Internacional de *Derechos Humanos y Sistema Penal en la Quinta Revolución Industrial*. El evento se celebra en un espacio emblemático para el pensamiento y la cooperación regional: la Fundación Ciudad del Saber, en la República de Panamá. Este escenario es mucho más que un recinto; es un proyecto local de impacto global y una comunidad innovadora que imagina, investiga, crea e inspira, erigiéndose como prueba viva de que otro mundo es posible. Es precisamente en este ecosistema donde el Instituto Internacional de Estudio e Investigación Jurídica (IINEJ, Panamá) se ha consolidado como un epicentro de conocimiento y debate para las Américas. No es un dato menor. Elegir este entorno es reafirmar que el debate jurídico no puede quedar encerrado en bibliotecas ni en formalismos, sino que debe dialogar con la realidad, con sus urgencias y con sus ries-

gos, especialmente cuando la tecnología, los datos, los algoritmos y las nuevas formas de control amenazan con redibujar los contornos de la libertad, la igualdad y el debido proceso.

En ese contexto, la figura del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni se proyecta con la fuerza de un referente que ha sabido sostener, con coherencia y valentía, una mirada crítica sobre el poder punitivo y sus derivas. Es precisamente en el marco de este Congreso —espacio donde convergen los proyectos de investigación de los destacados expertos de los países que integran esta obra— que se materializa nuestra más profunda gratitud hacia su persona. En un acto de estricta justicia académica, el Instituto Universitario de Yucatán (sede Tabasco, México) y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ, Nicaragua), le confieren su máxima distinción: el Doctorado *Honoris Causa*. Esta doble investidura constituye la más auténtica y solemne expresión de reconocimiento por parte de ambas instituciones de educación superior a su incansable labor humana y a su inquebrantable dedicación. Es nuestro tributo y agradecimiento total a un hombre cuya vida y obra han dejado un legado invaluable para la humanidad y, de manera entrañable, para nuestra América Latina. Su pensamiento ha contribuido a construir una dogmática penal situada, consciente de los contextos latinoamericanos y atenta a los costos humanos de la violencia institucional. Este libro, por tanto, no se limita a rendir homenaje; busca también continuar un diálogo vivo con una obra que ha marcado generaciones, y hacerlo desde la pluralidad de voces que integran esta comunidad académica. En las páginas iniciales, ese homenaje adquiere una tonalidad especialmente emotiva y solemne a través de la *Laudatio* que abre el volumen, donde se destacan la trayectoria, la erudición y el compromiso democrático del maestro, así como su

modo de “tomar partido” desde un humanismo jurídico sin concesiones.

En cuanto a su estructura, el libro ha sido concebido para que el lector avance como quien recorre un mapa que, sin perder profundidad, ofrece rutas claras. Por eso inicia con un Diálogo inaugural titulado *Justicia y democracia en debate: la visión de Zaffaroni*, que abre el tono del volumen y sitúa desde el inicio el punto de tensión esencial entre democracia, republicanismo, expansión punitiva y derechos humanos. Dentro de este bloque se ubican la Laudatio y el texto *Punitivismo, republicanismo y democracia*, que funcionan como umbral conceptual y ético de todo lo que viene después.

En esa arquitectura del libro se reconoce una intención deliberada: que el lector pueda transitar desde los grandes debates político-criminales, pasar por las tensiones del proceso y de la justicia internacional, y llegar a los desafíos contemporáneos de la tecnología, la cárcel, la justicia juvenil y la paz. Dicho de otro modo, no se trata de temas dispersos, sino de un mismo problema visto desde distintos ángulos: cómo evitar que el poder punitivo, en nombre de la seguridad, la eficiencia o incluso la modernización tecnológica, termine desfigurando el Estado de Derecho y vaciando de contenido la dignidad humana.

A partir de ese diálogo inicial que enmarca el sentido de la obra, el volumen se despliega en nueve capítulos que, aunque diversos en sus enfoques, comparten una misma preocupación de fondo: comprender críticamente el sistema penal contemporáneo y reafirmar, en cada debate, el lugar irrenunciable de la dignidad humana como límite del poder punitivo. No se trata de estudios aislados ni de reflexiones dispersas; por el contrario, cada capítulo se enlaza con el siguiente como parte de un recorrido que va desde las tensiones político-criminales más

visibles hasta los dilemas más complejos del presente y del futuro.

En esa primera etapa del recorrido, el Capítulo I nos enfrenta sin rodeos a la degradación de la justicia penal y al modo en que el discurso populista puede transformarse en represión institucional. Aquí el lector es invitado a mirar de frente el fenómeno del populismo penal, sus efectos corrosivos sobre la democracia y la manera en que, en distintos contextos nacionales, se consolidan prácticas punitivas que erosionan el Estado de Derecho. Seguidamente, el Capítulo II amplía el horizonte y se proyecta hacia la justicia internacional, examinando la independencia judicial, la integración regional y la defensa del planeta como nuevo escenario de responsabilidad penal. En este punto, el análisis se vuelve necesariamente más complejo: se discuten límites, competencias y tensiones de los sistemas internacionales en un tiempo atravesado por presiones políticas y dilemas institucionales que desafían la coherencia del derecho penal global.

A partir de ahí, el libro se adentra en el corazón mismo del proceso penal. El Capítulo III se concentra en los estándares de imputación y en el control de garantías dentro del sistema acusatorio, recordándonos que la razonabilidad de la sospecha, los “motivos fundados” y el control judicial no son simples formalidades técnicas, sino auténticos diques frente a la arbitrariedad. En continuidad con estas preocupaciones, el Capítulo IV nos sitúa ante uno de los desafíos más sensibles de nuestra época: la justicia penal en la era digital. La inteligencia artificial, los sesgos algorítmicos y la automatización de decisiones obligan a replantear preguntas esenciales sobre el debido proceso y la transparencia. En el marco de la Quinta Revolución Industrial, estas cuestiones dejan de ser futuristas y se convierten en urgencias concretas: ¿quién controla a los algoritmos?, ¿cómo evitar que

la tecnología reproduzca desigualdades?, ¿de qué modo preservar la centralidad de la persona en sistemas cada vez más automatizados?

Posteriormente, el texto se desplaza hacia ámbitos particularmente delicados del sistema penal. El Capítulo V propone una reflexión crítica sobre la victimología contemporánea, situada –con agudeza– entre el olvido y la instrumentalización. En este tramo, se examina cómo la figura de la víctima puede ser reconocida y protegida sin convertirse en argumento para expandir ilimitadamente la violencia punitiva. A continuación, el Capítulo VI introduce los mecanismos alternativos de solución de conflictos y ofrece un balance crítico de la justicia penal actual. Aquí el libro “respira” hacia propuestas que busquen reducir daños, evitar respuestas automáticas y recuperar el sentido de la intervención mínima, siempre bajo la premisa de una tutela efectiva de derechos.

En la parte final del recorrido, el Capítulo VII nos conduce al laberinto penitenciario, confrontando la retórica resocializadora con la dura realidad carcelaria de nuestra región. Es, sin duda, uno de los núcleos más exigentes de la obra, porque obliga a no romantizar el encierro y a recordar que la pena, incluso cuando se ejecuta, continúa sometida a límites constitucionales y convencionales, entre ellos la dignidad de quien está privado de libertad. Finalmente, el Capítulo VIII se proyecta hacia la justicia transicional y la construcción de paz, devolviéndonos a la historia viva de América Latina. Lejos de cerrar con una conclusión cómoda, este último tramo nos enfrenta a los dilemas del postconflicto y a la necesidad de respuestas jurídicas que no se agoten en el castigo, sino que apunten a la verdad, la reparación, la reintegración y la convivencia.

De esta manera, el libro no avanza por acumulación, sino por profundidad: cada capítulo amplía la mirada,

complejiza las preguntas y reafirma, desde distintos ángulos, que el Derecho penal solo conserva legitimidad cuando reconoce en la dignidad humana su límite más firme y su fundamento más exigente.

Extendemos nuestro más profundo agradecimiento a las autoras y autores que hicieron posible esta obra, dotándola de un carácter eminentemente latinoamericano. Contar con la invaluable participación de especialistas de Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú fortalece el propósito regional del proyecto y enriquece el análisis comparado a través de experiencias diversas pero convergentes. Agradecemos su tiempo y pensamiento, entendiendo que escribir en este campo nunca es un acto neutral, sino que exige asumir una responsabilidad ineludible frente al sufrimiento, la desigualdad, la selectividad punitiva y las nuevas formas de exclusión. Asimismo, esta pluralidad de voces no habría encontrado su forma final sin la rigurosa labor de coordinación editorial del proyecto, un esfuerzo de cuidado y articulación indispensable para sostener el hilo conductor que une estos textos en una sola y coherente conversación académica.

En esta instancia, resulta oportuno reflexionar sobre el desafío que supuso articular esta obra colectiva y asumir el compromiso de velar por su coherencia y rigor estructural. Quienes firmamos como directores de este proyecto lo hacemos bajo la profunda convicción de que la labor académica adquiere su verdadero sentido al ponerse al servicio de un diálogo abierto, crítico y respetuoso. El presente volumen es, ante todo, el fruto de esa dialéctica: una pluralidad de voces que convergen en los principios esenciales —aunque disientan en lo accesorio— y que, precisamente por ello, enriquecen y elevan el nivel del debate.

Quisiéramos que el lector se acerque a estas páginas con una idea simple, pero decisiva: el Derecho penal no se justifica por su fuerza, sino por sus límites. Y entre esos límites, el más alto, el más exigente y el más humano, es la dignidad. En tiempos de expansión de tecnologías y de nuevas promesas de control, esta afirmación puede parecer incómoda, incluso contracultural. Sin embargo, es precisamente en estos tiempos cuando resulta más urgente sostenerla, escribirla, discutirla y defenderla, sin estridencias, pero con firmeza.

Con ese espíritu entregamos este libro. Que sea útil para el estudio, para la docencia, para la reflexión institucional y para el debate público; pero, sobre todo, que sea una invitación a no olvidar que detrás de cada norma, cada expediente, cada decisión y cada política criminal, hay vidas concretas. Y que ninguna modernización, ninguna urgencia y ninguna retórica de seguridad puede habilitar que lo humano sea tratado como un medio, y no como un fin.

Directores

Mario A. Houed Vega
Digna M. Atencio Bonilla
Gustavo A. Arocena
Gabriela Gusis
Sergio J. Cuarezma Terán

Ciudad del Saber, Clayton, Panamá
Viernes, 27 de febrero de 2026

DIÁLOGO INAUGURAL

JUSTICIA Y DEMOCRACIA EN DEBATE:
LA VISIÓN DE ZAFFARONI

LAUDATIO

Gustavo A. Arocena¹

I. Resulta difícil sintetizar en un elogio breve los incontables méritos que justifican sobradamente el otorgamiento de un doctorado *honoris causa* a alguien con la interminable trayectoria académica, la monumental erudición y la convicción democrática y republicana de E. Raúl Zaffaroni. Él ha sido pionero en entablar diálogos fecundos entre la dogmática, la política criminal y la criminología, por un lado, y los contextos sociológicos y políticos de nuestra región, por el otro. Y en hacerlo con la fortaleza epistémica y la riqueza argumental necesarias para construir un tan necesario Derecho penal con identidad latinoamericana.

Eludiendo toda tentación de –uso las palabras de nuestro homenajeado– *asepsia política*, Raúl ha sabido vincular político-criminalmente su majestuosa concepción dogmático-jurídica, con la historia, la realidad y la idiosincrasia, tan particulares, de toda América Latina. Es que –todo debe ser dicho– Zaffaroni ha edificado su dogmática pe-

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, y Posdoctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Profesor Titular de Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Vicerrector de Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ, Managua, Nicaragua). Miembro Fundador de la Academia Argentina de Ciencias Penales. Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

nal sobre la base de los sólidos pilares del rigor científico y la coherencia ideológica, a caballo de las cuales erige un pensamiento penal que abraza una militancia cultural asentada en contextos históricos, sociales, económicos y jurídicos que Raúl conoce bien.

Como acabo de expresar, todo esto torna dificultoso la elaboración de una semblanza corta que *haga justicia* a la enorme transcendencia intelectual que el pensamiento de E. Raúl Zaffaroni ha tenido, no sólo en nuestro entorno, sino allende el atlántico.

Por eso, y porque quienes me conocen saben que puedo ser cualquier cosa menos un hombre prudente, habré de escoger discrecionalmente sólo un rasgo destacado de Raúl, que sobresale, entre otras cosas, porque lamentablemente no es frecuente en la Academia, y porque, paradójicamente, es profundo en la humanidad del maestro Zaffaroni, a saber: el coraje, la valentía.

Sin que en este espacio pueda detenerse sobre el tópico, diré que América Latina, en general, y Argentina, en particular, han hecho triste gala de una academia que, en tiempos de fusilamiento de los más elementales derechos de todos los ciudadanos, ha adoptado una solemne actitud timorata, apocada, pusilánime. Rara vez, en nuestro entorno cultural, la intelectualidad ha plantado cara a los desbordes autoritarios y antidemocráticos de agencias políticas con ausente legitimidad que ocupaban los gobiernos de turno. Antes bien, un conveniente acomodamiento a las imposiciones, necesidades o intereses de muchos totalitarismos fue el rasgo distintivo de academias muy generosas en sus discursos garantizadores, pero mezquinas en actitudes concretas que se orientaran a hacerlos realidad. Quizá por eso sea una anécdota excepcional aquella que relata cómo, en Argentina, en la ciudad de Córdoba, durante el cenit de los gobiernos mi-

litares que administraron ilegalmente la Argentina durante la década del '70 del siglo pasado, el maestro Ricardo C. Núñez se negó a *pisar el suelo* de una Universidad Nacional de Córdoba —que lo tenía como profesor titular de Derecho Penal— mientras estuviera regida por peles de un gobierno dictatorial.

Zaffaroni se ha ubicado en las antípodas de tal academia genuflexa al poder, y ha defendido sus ideas incondicionalmente, incluso más allá de lo aconsejable, como parece sugerírmelo el propio Raúl en un simpático email que me envió hace no mucho tiempo, cuando yo le expresaba mi felicidad ante el desafío de tener que presentarlo en este evento académico solemne.

Unos de los destacados discípulos de Raúl, el querido Matías Bailone, ha sabido subrayar magistralmente este rasgo de Zaffaroni, describiendo a Raúl como:

Un académico que siempre abjuró de las posiciones esquivas y elitistas del mundo universitario, y que aprovechó sus funciones judiciales y sus compromisos políticos, para “tomar partido hasta mancharse”. Porque el norte de sus compromisos siempre estuvo marcado por el humanismo jurídico.²

“Tomar partido hasta mancharse”. ¡Vaya si ha sabido Bailone resaltar la característica de Raúl a la que me estoy refiriendo! Zaffaroni ha manifestado en algún espacio académico que “la esencia de toda revolución es la reivindicación de derechos”. Pero no sólo *ha hablado* Zaffaro-

2 Bailone, Matías, “La cuadragésima «lectio» guatemalteca del maestro: la búsqueda del humanismo jurídico”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 18.

ni esas palabras; antes bien, ha “hecho cosas” con ellas, si se me permite parafrasear al estupendo John Austin: Raúl ha adoptado una postura crítica, decidida y proactiva, en defensa de los más elementales valores jurídicos, que una y otra vez resultan mancillados en una Argentina de institucionalidad republicana agonizante.

En Argentina, a Zaffaroni se le suele reprochar su defensa de una concepción “garantista” del Derecho penal. Aunque, en rigor, el garantismo penal es un modelo, una teoría de Derecho penal construida por el Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la Universidad de Camerino, Italia, Luigi Ferrajoli, que postula un Derecho penal mínimo y una refundación garantista de la jurisdicción penal, la antinomia “garantismo / antigarantismo” es, para mí, falsa. Si es una aspiración legítima que las constituciones nacionales constituyan verdaderas cartas de navegación para guiar los destinos de los países, es evidente que una interpretación en clave constitucional de las diferentes ramas de los ordenamientos jurídicos nacionales debe abreviar en las pautas básicas del sistema de derecho que contienen las leyes supremas de los países. En los ordenamientos jurídicos de los modernos Estados de Derecho, la Constitución se erige en marco normativo de referencia insoslayable, regulador y limitador del sistema de control social llamado “sistema penal”. Las constituciones nacionales, y también los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos, contienen preceptos que expresamente regulan contenidos del sistema penal.

¿De qué índole son esta última clase de disposiciones? Son reglas de derechos y *garantías*. Los ordenamientos jurídicos constitucionales, en específica vinculación con el sistema penal, consagran sistemas de garantías, que protegen al individuo frente el eventual abuso de poder estatal. De cuanto vengo afirmando puede colegirse que

una concepción “garantista” del Derecho penal, entendiendo por tal neologismo una posición que reconoce como Norte axiológico la garantía de los derechos individuales frente a la inadmisibile prepotencia estatal, es la única posible. Por ello, este reproche que se pretende dirigir a Raúl conduce a una paradójica conclusión, en tanto se alza como una buena razón para resignificar su enorme valor como jurista.

Más allá de las particularidades coyunturales, es evidente que en mi país —y en la región— asistimos a un cambio de época en el que discursos que parecían superados retornan con fuerza, cuestionando la justicia social y la empatía como motores de la convivencia. Frente a voces que a veces priorizan el mercado o la confrontación por sobre la dignidad humana, el coraje intelectual para defender un derecho democrático es imperativo. Raúl ha ejercido esa valentía *pro homine* aun a costa de ser estigmatizado por narrativas que buscan simplificar el fenómeno criminal. Y dado que el continente entero parece oscilar hacia nuevos populismos punitivos o visiones autoritarias de la seguridad, la integridad de quien, como Raúl, no claudica en sus ideales, cobra un valor histórico, ratificando la vigencia de un pensamiento forjado al calor de que:

La introducción de los derechos humanos en el campo del *deber ser* impone a los juristas la tarea de proyectar el cumplimiento de este mandato en el campo de la realidad social, o sea, promover que ese *deber ser* se convierta en *ser* en la sociedad y en el planeta, en sentido diametralmente opuesto a los intereses del capital financiero transnacional.³

3 Zaffaroni, E. Raúl, *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 135.

Asevera Ovejero:

Todos los países conocen formas de crueldad usadas para preservar un determinado sistema, una concepción de la sociedad que es considerada superior a otras. La crueldad así entendida no es prerrogativa de las dictaduras y los regímenes autoritarios; también la democracia admite un grado de crueldad que se considera aceptable porque contribuye a cohesionar la sociedad alrededor de ciertos valores, de ciertas creencias de orden religioso o político, condenando a quien no participa en ellas, y además contribuye a aumentar la sensación de seguridad de dicha sociedad.⁴

Y agrega:

Aunque en el discurso oficial de cualquier gobierno democrático se rechaza vehementemente la violencia, la letra pequeña nos dice que lo que se rechaza en realidad es la violencia no sancionada por el Estado.⁵

Cuando los gobiernos ejercen una crueldad pseudo ética que pretende una transformación del pueblo, impulsándolo a la revisión de sus valores, para legitimar el ataque a los grupos más vulnerables (jubilados, trabajadores precarizados, docentes e investigadores mal retribuidos, pobres necesitados de prestaciones médicas básicas, discapacitados), una intelectualidad valiente, decidida y deslegitimadora de los desbordes autoritarios del

4 Ovejero, José, *La ética de la crueldad*, Anagrama, Barcelona, 2012, p. 30.

5 Ovejero, *La ética de la crueldad*, p. 37.

poder, como la que ejerce E. Raúl Zaffaroni, es un bien que, aunque altísimamente escaso, se presenta como imprescindible, según lo que ya he aseverado.

En esta sede de reflexión, parece esperanzador que un derecho penal humano, como el que promociona Raúl, no es una mera utopía, sino algo realizable. Porque, como anota Castoriadis:

La utopía es algo que no tiene lugar y que no puede tenerlo. Lo que yo llamo proyecto revolucionario, el proyecto de autonomía individual y colectiva (ambos son inseparables) no es una utopía sino un proyecto histórico-social que puede realizarse, nada muestra que sea imposible. Su realización no depende más que de la actividad lúcida de los individuos y de los pueblos, de su comprensión, de su voluntad, de su imaginación.⁶

Un proyecto de autonomía individual y colectiva no se me antoja como algo muy distinto de un modelo que se valga de un Derecho penal humano y respetuoso de los derechos y garantías fundamentales del ser humano. Un Derecho penal humano, pues, es posible. Así lo ha entendido Raúl, y a la búsqueda del mismo ha consagrado de su vasto recorrido jurídico y científico.

II. La trayectoria de Zaffaroni es harto conocida

De todos modos, para cumplir con el rito, déjeseme mencionar alguno de los hitos que la componen.

6 Castoriadis, Cornelius, “El proyecto de autonomía no es una utopía”, en Castoriadis, Cornelius, *Una sociedad a la deriva. Entrevistas y debates (1974-1997)*, traducido por Sandra Garzonio, Katz, Buenos Aires, 2006, p. 19.

Es Catedrático emérito de la Universidad de Buenos Aires, donde fue profesor titular regular de las cátedras de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y de Criminología, en la Facultad de Psicología. Se desempeñó como director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho UBA. Dirigió el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Matanza, y el doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Gastón Dachary (Misiones).

Es Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral (1964), desde muy joven comienza su producción bibliográfica en derecho penal, que se completa con su temprano *Tratado de Derecho penal. Parte General*, en cinco tomos; con su *Manual de Derecho penal. Parte General*, y luego con su obra general junto a Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, que retoma los nuevos lineamientos críticos del pensamiento zaffaroniano (*Derecho penal. Parte General*, del año 2000), actualizada primero en 2002, y más recientemente, en 2025.

Sus más de treinta obras monográficas sobre criminología y derecho penal completan el panorama bibliográfico de uno de los más importantes productores de pensamiento crítico del derecho; muchas de esas obras trascendieron las fronteras idiomáticas al ser traducidos al inglés, al portugués y al italiano. Su obra en lengua inglesa *Criminology and Criminal Policy Movements*, de la editorial norteamericana University Press of America, reúne algunas de sus más importantes monografías en la materia. Y, en lengua española y portuguesa, ha publicado *La palabra de los muertos* y *La cuestión criminal*, ambos de 2011.

En 2003 fue designado por el presidente de la Nación argentina Néstor Kirchner Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo en el que permaneció hasta

su jubilación en diciembre de 2014. Luego fungió como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde 2016 hasta 2021.

En 1986 obtiene el Premio en Criminología de la *American Sociological Association*, en Nueva York. En 2008, como miembro del Panel de Juristas Eminentes de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra), redactó el destacado informe *Assessing Damage, Urging Action*, sobre el estado actual de las políticas antiterroristas en el mundo y su impacto sobre los Derechos Humanos. En el mismo año el gobierno alemán le otorga la Orden del Mérito por su destacada producción científica. Y en el año 2009 es reconocida su trayectoria y su impulso a que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad sean considerados objetos de estudio por parte de la criminología, con la entrega del Premio Estocolmo de Criminología 2009, el símil al Nobel dentro del área criminológica, en una solemne ceremonia en la capital sueca. Dicho premio fue otorgado por el texto que será publicado por las Madres de Plaza de Mayo como Crímenes de Masa. En 2014 es galardonado con el premio Hans-Heinrich Jescheck de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Su larga lista de premios, se completa con reconocimientos y ciudadanías ilustres de parte de muchos municipios, alcaldías, universidades y asociaciones, así como premios honorarios de los gobiernos italiano, alemán, ecuatoriano y peruano.

Es doctor honoris causa de más de cuarenta universidades de Argentina y el mundo, entre ellas, la Universidad de Castilla La Mancha (España), la Universidad de Macerata (Italia), la Universidad de Udine (Italia), la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Nacional de San Luis, la Universidad Nacional de Rosario, la Universidad San Marcos de Lima, la Universidad An-

tenor Orrego de Perú, la Universidad Nacional de Cajamarca, la Universidad del Estado de Río de Janeiro, la Universidad Autónoma de Santo Domingo, la Universidad para la Cooperación Internacional (San José de Costa Rica), el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México, y de muchas más universidades de América Latina. Terminando el número cuarenta con la Universidad San Carlos de Guatemala.

Zaffaroni presidió durante muchos años el ILANUD (Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente), con sede en San José de Costa Rica. Actualmente, es el presidente del Comité Permanente de Naciones Unidas de América Latina para la prevención del crimen (COPLAD /ILANUD).

Es coautor de proyectos de reformas a los códigos penales argentino (1991), ecuatoriano (1969 y 1992) y costarricense (1991). Presidió la Comisión de Reforma al Código Penal de Bolivia (2008 - 2009), y la de Reforma al Código Penal Argentino (2014).

Por su especial relevancia en relación con nuestra institución, no quiero dejar de recordar que, en el marco de las investigaciones científicas que impulsaba el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD, NN. UU.), orientadas a la transformación de la justicia en América Latina, E. Raúl Zaffaroni, como director, participó en diversas jornadas académicas y de campo, y fue precisamente en una de ellas –en Quetzaltenango, Guatemala, tras una intensa jornada de conferencias y en el contexto de la validación de instrumentos de investigación, en 1995– cuando, junto con Mario A. Houed Vega, Aura Guerra de Villalaz, Elías Carranza y Sergio J. Cuarezma Terán, se conversó y se delineó la

posibilidad de crear un Centro de Estudio e Investigación Jurídica (CEIJ), dedicado al desarrollo de investigación científica. Aquella idea, nacida del diálogo académico y del compromiso regional con una justicia más humana y efectiva, se convirtió con el tiempo (2006) en lo que hoy conocemos como el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ); y en esa misma línea inaugural, Zaffaroni, junto con estas figuras, así como con Francisco Muñoz Conde (España) y Diego Valadés (México), aparece como cofundador del INEJ Nicaragua, concebido como un espacio regional de conocimiento y un punto de referencia en América Latina, tanto en investigación como en estudios de posgrado.

III. Pienso que, si algo ha quedado en claro luego de estas palabras, es que soy biológicamente incapaz para la concisión. Culmino aquí, en la esperanza de haber podido dejar mostrado una, tan sólo una, de las múltiples facetas de E. Raúl Zaffaroni, que lo hacen merecedor de una distinción como la que hoy bienaventuradamente le otorga el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, y el Instituto Universitario de Yucatán (IUDY), sede Tabasco, México.

PUNITIVISMO, REPUBLICANISMO Y DEMOCRACIA

E. Raúl Zaffaroni¹

Punitivismo. Lo que en los últimos años se denomina *punitivismo* es un fenómeno que requiere ser analizado desde dos perspectivas diferentes: (a) una es la limitada a la descripción de sus *manifestaciones* y a sus *efectos sociales*, que es donde por lo general se agota el análisis e incluso la crítica; (b) la otra, más importante, aunque suele quedar en segundo plano, es su significado como característica de una época o *momento civilizatorio*.

Manifestaciones. Las *manifestaciones* del punitivismo se traducen en una creciente expansión de leyes penales, adelantamiento de la tipicidad a actos preparatorios, violación de los principios de legalidad y de ofensividad, aumento de competencias policiales, etc. Todo eso lo llevan a cabo políticos impulsados por los medios de comunicación tradicionales y nuevos, que dedican amplia información al delito, incitan a la venganza, generan terror en la población, fortalecen estereotipos enemigos, etc. En tanto los políticos procuran votos, los medios procuran *rating*, o sea, publicidad y dinero. En este sentido, el discurso *punitivista* es grosero, rudimentario,

1 Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016-2022). Exministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2003-2014), Miembro de la Junta Fundadora del Instituto para la investigación y promoción de los Derechos Sociales Fray Bartolomé de las Casas”, Ciudad del Vaticano. Fundador, profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

apunta a lo afectivo, a promover indignación y venganza, lo que puede resumirse calificándolo de *populachero*, término que algunos confunden con *populista*, que es otra cosa políticamente diferente. Lo cierto es que se instala en la sociedad como una idolatría, el culto a una falsa deidad omnipotente, capaz de resolver todos los problemas y de eliminar todas las molestias.

Efectos. Los *efectos sociales* del punitivismo son mucho más alarmantes en nuestra América que en Europa, aunque también en alguna medida en los Estados Unidos. Entre nosotros se traduce en letalidad policial, abusos de autoridad, torturas, es decir, en un ejercicio *informal* al margen del *formal* o habilitado por jueces que, además de no contenerlo, se manifiesta con prisiones superpobladas manejadas por bandas, alta letalidad y morbilidad carcelaria, manifiesta selectividad punitiva, abuso de la prisión preventiva, etc. En cuanto a letalidad carcelaria, el caso ejemplar parece ser el de Ecuador; en lo que hace a la prisión preventiva, es la pena más usada en la región, pues más de la mitad de los presos están sometidos a ella; en algunos países es muy marcada la *racialización* de la población penal, de la letalidad policial y de la victimización en muerte violenta.

Débil reacción internacional: no basta con describir. Es más que obvio que los efectos del punitivismo son altamente lesivos de los Derechos Humanos más elementales, ante todo al propio derecho a la vida, lo que se verifica sin necesidad de entrar en ninguna sutileza. Sin embargo, la protección internacional de los Derechos Humanos solo en muy pocas ocasiones ha reaccionado al respecto y lo ha hecho tímidamente. Por su parte, la ciencia jurídico penal, cuyas construcciones se dirigen a los operadores judiciales, tampoco ofrece resistencia a esos efectos, puesto que construyen sus sistemas en base a teorías del conocimiento idealistas o solipsistas, asig-

nando a las penas formales funciones imaginarias en estados utópicos. Lo hasta aquí señalado es lo que nos permite conocer la perspectiva limitada a las *manifestaciones y efectos* del punitivismo, que parece llevarnos a una mera descripción que acaba en un callejón sin salida.

Funcionalidad al poder mundial. Para superar estas limitaciones, propias de la mera descripción, es necesario ampliar el horizonte al contexto político más amplio, porque de lo contrario se tiene la impresión de que el punitivismo es puro producto de políticos inescrupulosos, de medios en busca de publicidad y dinero y de algunas personalidades o neuróticos autoritarios que nunca faltan en toda sociedad, lo que es una visión hartamente estrecha y falsa del fenómeno. Sin duda que estas motivaciones existen en esos protagonistas, pero dado que no se contiene su expansión, sino que se la impulsa desde un marco de poder mucho más amplio, incluso mundial, es porque es funcional a éste.

“Esto no se sostiene”. Echando una mirada superficial sobre el poder mundial, vemos una economía *financiarizada* que produce dinero sin productos, domina a través del endeudamiento, concentra aceleradamente riqueza, niega la progresiva destrucción de las condiciones de vida humana en el planeta, manipula los estados donde se domicilian sus corporaciones, determina que el lenguaje bélico domine la política internacional y pone en crisis el siempre débil orden jurídico mundial y regional, al tiempo que cunden guerras absurdas —quizá todas lo sean—, al tiempo que amenazan otras impredecibles, es decir, lo que el Papa Francisco sintetizó al afirmar que *esto no se sostiene*. Intuitivamente —al menos— no podríamos dejar de preguntarnos si es verdad que el poder punitivo y el bélico son dos fenómenos independientes.

La guerra y el poder punitivo: Tobías Barreto. Adelantándose a su tiempo, este vínculo fue señalado en los años de 1880 por Tobías Barreto, el brillante pensador del nordeste brasileño, jefe de la Escuela de Recife, que escribió: *Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, si é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra* (*Obras Completas*, V, *Direito, Menores e loucos e Fundamento do direito de punir*, Ed. do Estado de Sergipe, 1926, p. 151), a lo que agregaba rotundamente que, al igual que la guerra, la *pena no es un concepto jurídico, sino político* (idem, p. 149), es decir, que ambos poderes los ejercen siempre quienes tienen los medios para hacerlo, negándoles el carácter de fenómenos jurídicos para identificarlos como puros *facti de poder*. Por cierto, desde hace mucho tiempo se verifica que la relación de la política con la guerra no es de mero azar: entre muchos lo destacaron desde Clausewitz hasta Foucault, aunque diferían respecto de cuál es continuación de la otra. La actual impotencia del derecho internacional frente a guerras y crímenes guerra y a la creciente expansión del poder punitivo resaltan la estrechez de este vínculo.

Idolatría punitivista y agnosticismo prudente. Dejando de lado las funciones imaginarias de las penas *formales* asignadas arbitrariamente en las utopías del penalismo, lo cierto es que el poder punitivo, como *factum* político, es extremadamente multifuncional, al punto de que nadie es capaz de prever todas sus eventuales funciones. De allí que, respecto de la pena y frente a la *idolatría punitivista*, sostengamos al respecto una posición metafóricamente *agnóstica*: no conocemos todas sus funciones ni mucho menos. Solo conocemos con certeza algunas de sus infinitas funciones: la principal es la *verticalización jerarquizante* de la sociedad, dotándola de la forma de un ejército; en algunos casos también canaliza venganza. También sabemos que de no ser *razonablemente* conteni-

do se expande como puro poder policial hasta acabar en genocidio. Abundan los ejemplos del siglo pasado y basta recorrer la historia para *verificar que el poder punitivo ha matado a muchísimas más personas que la suma de todas las víctimas de asesinatos individuales*.

Las sociedades bélicas las forma el poder punitivo.

El vínculo necesario entre el poder punitivo y el bélico lo prueba la historia de nuestra civilización: solo sociedades fuertemente jerarquizadas por el poder punitivo —es decir, con estructuras bélicas— pudieron emprender guerras, sean coloniales o interimperiales. Roma colonizó a casi toda Europa cuando se convirtió en imperio y se sancionaron los *libris terribilis* del Digesto. La fuerte estructura jerárquica de su sociedad le imposibilitó sobrevivir a las invasiones bárbaras. Los germanos bajaron la intensidad del poder punitivo, al resolver conflictos por vía de reparación. El poder punitivo renació a partir del siglo XI europeo y, en particular, Iberia emprendió durante siglos la expulsión de los islámicos, lo que la dotó de una estructura bélica fortísima, que le permitió llevar adelante la brutal colonización de nuestra América, instalándose lo que Wallerstein llamó el *sistema mundo* y sacando a Europa del aislamiento a que la tenían sometida los islámicos, que la habían arrinconado cortándole la comunicación con oriente.

Iluminismo. La fuerte estructura jerárquica ibérica —habían expulsado a moros y judíos— no permitió la formación de una clase productiva o burguesía, por lo que los medios de pago saqueados a América, en pago de manufacturas pasaron a los países del centro y norte de Europa, donde se desarrollaron esas clases, que entraron en competencia hegemónica con las noblezas. En su lucha por el poder, las burguesías asumieron la ideología del Iluminismo, donde convergieron el racionalismo y el pragmatismo, siempre proyectando modelos de

estados opuestos al absoluto del *ancien régime*, cada uno con su correspondiente función de la pena conforme a su respectiva concepción antropológica. Por supuesto, estos ideólogos no objetaron la continuidad de la colonización y la esclavitud. El *Code Noir* francés fue abolido en 1845 y la esclavitud en nuestra América desapareció apenas en 1888.

El biologicismo racista y el positivismo penal. Una vez empoderadas, las burguesías archivaron las ideologías *humanistas* y abrazaron las fabulaciones del diletante Spencer. Despidieron a los filósofos y recibieron a los médicos con su reduccionismo biologista y racista, como ideología legitimante del control policial de sus marginados y de la extensión *neocolonial* de sus genocidios por Asia, Oceanía y África, que solo en el siglo XIX provocó setenta millones de muertes. A África la repartieron los europeos en Berlín en 1885. El llamado *positivismo penal*, con la *peligrosidad* policial, la criminología biologista y el derecho penal de autor, fue un capítulo de esta ideología, que fue asumida en lo político por nuestras *repúblicas oligárquicas* y en la ciencia jurídico penal dominó en nuestras universidades latinoamericanas hasta mediados del siglo pasado.

La actualidad y la ciencia jurídico penal. La estructura bélica de las potencias europeas las llevó a treinta años de guerra interimperialista en dos etapas de altísima crueldad, en la última de las cuales se cometió un terrible genocidio análogo a los coloniales y culminó ensayando bombas nucleares. A ochenta años de la finalización de esos horrores, vemos hoy un discurso bélico por parte de la administración de los Estados Unidos y un fuerte reforzamiento del ejercicio del poder punitivo en lo interno, como combinación cuyas consecuencias son de momento imprevisibles. Todo eso nos impone una seria reflexión a quienes cultivamos el saber —o ciencia— jurí-

dico penal, o sea, a quienes pretendemos programar con nuestros sistemas las sentencias o actos políticos (de gobierno) de los jueces. La ciencia jurídico penal no puede cumplir este objetivo sin tener en cuenta la naturaleza de la *materia* con la que debe vérselas, es decir, con el poder represivo o punitivo tal cual se ejerce en nuestras sociedades, con extrema *selectividad* y *violencia* incluso letal y varias magistraturas en crisis.

Ondulación y decadencia civilizatoria. Como paso previo para emprender esa tarea, es menester ser conscientes del momento histórico, de nuestro *ser-aquí*. La concentración de riqueza, el reforzamiento del poder punitivo en el norte, la difusión de guerras, el lenguaje bélico y el punitivismo selectivo creciente en nuestras sociedades geopolíticamente subordinadas, lejos de mostrarnos este último fenómeno como algo local y anecdótico, nos demuestra que nos hallamos ante un momento de *decadencia civilizatoria*. Martin Buber dijo que el ser humano no es racional, pero con algún esfuerzo puede lograr serlo, lo que puede trasladarse a la civilización y señalar que cuando se realiza ese esfuerzo en su histórica ondulación, los signos de extrema crueldad retroceden, aunque dejando demasiadas víctimas. En los momentos de esfuerzo racional adquirió cierta eficacia el principio de *igualdad ante la ley*, como condición de *co-existencia*, con modelos estatales que atenúan la jerarquización social y contienen el ejercicio del poder punitivo.

El Estado de Derecho en permanente lucha. Los modelos estatales de los momentos de esfuerzo racional son los llamados *estados de derecho*. Lo cierto es que todo estado conforme a ese modelo nunca es ideal, porque en toda sociedad existen grupos privilegiados que resisten la pulsión de igualdad ante la ley, de modo que los estados de derecho reales o históricos siempre son imperfectos, puesto que no se instalan de una vez para siempre,

sino que todo estado de derecho está en una permanente lucha por la igualdad ante la ley confrontando con grupos que defienden sus privilegios; se trata de una lucha y no de una dialéctica, porque no tiene síntesis. Como es obvio, la selectividad y función jerarquizante del poder punitivo siempre tiende a aumentar y descontrolarse, o sea, a acabar con el Estado de Derecho. En consecuencia, el punitivismo es enemigo del modelo de Estado de Derecho que, como un *mínimo de igualdad ante la ley*, es el presupuesto indispensable de todo *sistema democrático*, su marcado retroceso implica la cancelación formal o real de ese sistema.

El poder punitivo como herramienta de demolición institucional. La cancelación del sistema democrático con el previo retroceso del Estado de Derecho requiere el derrumbe de su arquitectura institucional, o sea, de la programación normativa básica que impide el monopolio del poder político, que es el llamado *sistema republicano de gobierno*, es decir, una ingeniería institucional que reparte el poder, garantizado con cierto control recíproco de sus ramas conforme al denominado sistema de pesos y contrapesos. Este derrumbe, deja sin sustento institucional básico al Estado de Derecho y acaba con el avance de la igualdad y de la democracia. El poder punitivo, si bien no es el único instrumento de este derrumbe, es la más notoria e idónea máquina demoledora en esta catástrofe política, dada su estructural selectividad, habida cuenta de que en todas sus formas —*formal, latente e informal*— va siendo más *selectivo* a medida que avanza la mayor concentración de riqueza, dado el mayor número de excluidos a los que reprimir, vigilar y disciplinar.

El poder punitivo como responsable del mayor número de homicidios de la historia. La selección criminalizante responde a la vulnerabilidad, repartida conforme a *estereotipos negativos*, producto de la comunicación

social en base a los prejuicios discriminatorios (racistas, etarios, xenófobos, clasistas, etc.). Los *hombres* con características estereotípicas son los más vulnerables como preferentes objetos de represión, en tanto que las *mujeres* son *subhumanizadas* por el poder patriarcal apuntalado por el punitivo. Todo esto es verificable con los datos estadísticas acerca de la letalidad y de la prisionización, o incluso por el lego a simple vista visitando una prisión u observando inteligentemente la información pública. Este es el poder punitivo con el que debe interactuar la ciencia jurídico penal al proyectar sistemas de interpretación destinados a los operadores judiciales, es decir, con un poder que cuando se desborda arrasa con todos los derechos y, como hemos señalado, es responsable del mayor número de homicidios de la historia, solo superado por las guerras.

Las utopías de la ciencia jurídico penal. Ahora bien, no podemos ocultar que sucede algo extraño –por no decir asombroso– cuando abrimos los libros de derecho penal y vemos que todos los penalistas asignan funciones a la pena formal, es decir, que elaboran sus sistemas proponiendo que la pena formal cumpla la función que ellos le asignan y, por ende, proponen a los jueces que sentencien conforme a la función que eligieron. Lo que desconcierta es que, con este procedimiento, cada penalista propone una verdadera *utopía*, o sea, un nuevo estado y hasta una nueva sociedad, en que la pena formal cumpla una función imaginada solo por el penalista que escribe el libro. Estas funciones imaginarias alimentan la falsa omnipotencia o idolatría del poder punitivo. Como fuera de la obvia función de verticalización social y de eventual canalización de venganza no conocemos el enorme conjunto de efectos de este *factum* político puro, insistimos en que, en lo que hace a la función de la pena, sostene-

mos una posición que metafóricamente llamamos *agnóstica*, por oposición a la *idolatría* del punitivismo.

Funciones imaginarias de las penas y alienación de los jueces. Las funciones imaginarias las escogen antojadizamente los penalistas de la clasificación de las llamadas *teorías de la pena* formulada por Anton Bauer hace dos siglos: teorías absolutas y relativas, la últimas divididas en prevención general y especial, ambas subdivididas en positivas y negativas; solo eventualmente una pena cumple alguna de estas funciones, lo que de ningún modo puede generalizarse. No obstante, el saber jurídico penal propone a los jueces que pronuncien sentencias —actos de gobierno— que habilitan el ejercicio del poder punitivo, como si este cumpliera realmente la *función utópica* del agrado del penalista, pasando por alto sus innúmeras *funciones reales* y el propio riesgo de sus abusos, arbitrariedades y descontrol. En síntesis, de este modo se separa a los operadores judiciales de la realidad de la materia con que interactúan o, dicho de otro modo, *con este procedimiento se intenta alienar a los operadores judiciales*, lo que nunca es saludable en una rama del gobierno del estado.

Los penalistas se liberan de los médicos. Como vimos, el *positivismo penal*, con su *peligrosidad* policial, racismo, grosero reduccionismo biologicista y derecho penal de autor, dominó la ideología política de nuestras *repúblicas oligárquicas* y el derecho penal en nuestras universidades, hasta el desprestigio del racismo en la posguerra. No obstante, desde las primeras décadas del siglo los juristas europeos se habían alzado contra la hegemonía positivista de la corporación médica, con la versión técnico jurídica italiana de Arturo Rocco y otros —que abjuraban de la filosofía— y, con mayor fortuna, con el neokantismo alemán de Baden. Este último distingue las ciencias *naturales* de las *culturales*, considera que el mundo es real, pero desordenado y, para hacerlo disponible es menester que

los valores lo ordenen. Este neokantismo permitió construir sistemas con dispar orientación política, pues todo depende de cuáles sean los valores que ordenan: Gustav Radbruch y Max Ernst Mayer fueron garantistas, pero Edmund Mezger legitimó la legislación nazi.

La importación acrítica de la ciencia penal alemana. Al caer el racismo y, por ende, el positivismo *peligrosista*, la ciencia jurídico penal de nuestra América perdió su sustento ideológico y decidió importar la dogmática penal alemana, primero con los acentos positivistas de von Liszt y luego en sus versiones neokantianas. A partir de entonces fueron importándose sucesivamente los penalistas que marcaron época en Alemania, pero sin reparar en la intencionalidad política de esas construcciones conforme a los contextos de la compleja historia alemana, como si el último fuese superior a los anteriores por su mayor completividad lógica, es decir, por la supuesta menor contradicción interna del sistema. Naturalmente, de ese modo perdimos de vista que Binding respondía al contexto de los tiempos de Bismarck, von Liszt al de Guillermo II, Radbruch al de la República de Weimar, Mezger al del nazismo, Welzel al de la reconstrucción de Adenauer y Roxin al de la socialdemocracia de Willy Brandt.

Imaginería jurídico penal. De este modo, en base a teorías importadas como *asépticas* y pese a la letalidad, selectividad y violencia de nuestro poder punitivo, la ciencia penal de nuestra América sigue construyendo sistemas asignando funciones imaginarias a la pena formal. Las construcciones dogmáticas así elaboradas *imaginan* funciones *que debería cumplir la pena* según cada penalista, pero sin ninguna referencia a los efectos reales del poder punitivo en cada sociedad. En este sentido, la dogmática imita a los ilustrados del siglo XVIII, sin reparar en que éstos proponían *modelos de estados* contrapuestos al

absoluto, cuando ahora estos están definidos en nuestras constituciones. Al proceder de este modo, la *imaginería penal* no repara que a cada función de la pena corresponde un modelo de estado y que eso presupone una antropología filosófica, de modo que construye *utopías*, para lo cual trata a las teorías del estado y a sus antropologías filosóficas como simples problemas penales, lo que suele hacer con escalofriante superficialidad.

Alucinación y solipsismo. La ordenación neokantiana por valores permite dejar de lado los datos molestos, es decir que incurre en una *construcción de realidad* por selección omisiva. Así se elaboran sistemas interpretativos que facilitan el *confort burocrático* de los operadores judiciales, a los que siempre les resulta incómodo enfrentarse con los factores reales de poder. La ciencia jurídico penal así construida promueve que las sentencias, que son actos políticos de gobierno de la *polis*, se pronuncien conforme a funciones de la pena y a modelos de Estado *imaginados* —o *alucinados*—, sin confrontar con las violaciones a normas constitucionales e internacionales en el ejercicio real del poder punitivo. El valor de verdad de estos sistemas se verifica con su completividad lógica o no contradicción, es decir que su construcción es *solipsista*. En el plano individual esto sería equivalente a verificar un contenido delirante en función a la buena sistematización del delirio; en el científico, equivale a elevar la lógica a ontología.

La ciencia jurídico penal y la sociología se distancian. De todas maneras, nuestra ciencia jurídico penal siguió importando doctrina alemana, no solo neokantiana, sino incluso de cierto hegelianismo regresivo —minoritario en su contexto de origen—, cada vez más resistente a los datos del ejercicio real del poder punitivo, es decir, crecientemente *solipsista*, hasta el punto de asignarle a la pena la mera función formal de ratificar la eficacia de la

norma y *normativizar* toda la realidad: interesa el *deber ser* y no el *ser*. Por su parte, la criminología anglosajona se volvió sociológica poniendo de manifiesto la selectividad del ejercicio del poder punitivo, los estereotipos, el etiquetamiento, etc. y con sus acentos críticos llegó a nosotros, primero por obra de las criminólogas venezolanas Lola Aniyar de Castro y Rosa del Olmo. La distancia entre la ciencia jurídico penal y las ciencias sociales se amplió hasta el punto en que se llegó a considerar inviable la posibilidad de remontarla.

Dos diferentes motivaciones del distanciamiento.

La criminología sociológica fue en la región una saludable bocanada de realidad, pero indignó a la ciencia jurídico penal al incorporarla como parte de su objeto de conocimiento: a nadie le gusta que lo estudien. Si bien siempre que hubo poder punitivo hubo criminología —porque nadie afirmó nunca que lo ejercía porque sí— la integración de la ciencia jurídico penal y la criminología se interrumpió con el neokantismo y se continúa ahora, aunque la actual *desintegración* responde a una diferente motivación: la de hace un siglo tenía por objeto liberar a los juristas de la tutela de la corporación médica; la actual quiere eludir todo dato de realidad que genere problemas con el poder, es decir, facilitar el *confort burocrático*.

El colonialismo financiero y el estado policial represor. Durante los años de alteraciones institucionales y dictaduras, nuestra ciencia jurídico penal se encerró en sí misma, como si nada pasase en nuestras sociedades, pero las características caóticas que se anunciaban a fines del siglo pasado se agudizaron en el primer cuarto de siglo e inauguran el segundo con peores características, como resultado del actual *tardocolonialismo financiero*. El ejercicio real del poder punitivo está orientado a jerarquizar nuestras sociedades conforme a los intereses colonizadores, de modo crecientemente incompatible con el modelo

de Estado de Derecho, que muestra ahora altos grados de deterioro y franca decadencia. En general, puede decirse que la dependencia geopolítica mediante el endeudamiento agudiza la concentración de riqueza y los estados compensan la atrofia de sus funciones asistenciales y un nuevo subdesarrollo con el aumento de su función represiva: el modelo del Estado de Derecho es reemplazado por el del *estado policial represor*.

La moderna comunicación antipolítica. Las características negativas del poder punitivo en la región se agudizan con el avance del punitivismo, sumado a las crisis de los poderes judiciales, manipulados para el llamado *lawfare* o criminalización de líderes molestos para la instalación de los modelos de estados funcionales al colonialismo financiero. Potencia el caos la nueva tecnología de comunicación electrónica –internet, redes, *trolls*, *big data*, etc.– que hace que la insatisfacción, antes encausada por fuerzas políticas, se convierta en odio dirigido a debilitar a los partidos en beneficio de *líderes* improvisados contruidos por *influencers*, que se apoderaron del lenguaje disruptivo. Estos *líderes virtuales*, postulan al estilo *schmittiano* una aparente *antipolítica*, pero en realidad son los procónsules del actual colonialismo financiero, basado en el endeudamiento astronómico de nuestros estados.

¿Un nuevo mecanismo de huida? No obstante, lo cierto es que, más allá de la persecución política o *lawfare*, las proscripciones de candidatos, los prevaricatos judiciales y otros recursos, se suelen imponer en las elecciones los procónsules de los intereses financieros transnacionales. Existen diversas explicaciones del fenómeno de que buena parte de los que sufren los efectos de las crecientes tasas de pobreza voten por los candidatos que las provocan y, por nuestra parte, no descartamos, entre otras, el surgimiento de un nuevo mecanismo de huida

ante el malestar generado por la confusión comunicativa: se trataría de un proceso inconsciente facilitador de la admisión de la mentira que baja el nivel de angustia provocado por la dificultad de comprensión de la realidad.

El contexto de crisis civilizatoria mundial. Las lecturas simplistas pretenden ver en esto un avance de las *derechas*, expresión que carece de sentido en el actual contexto de poder, cuando lo que tiene lugar en lo regional es nada menos que una demolición de los estados de derecho en beneficio del poder financiero transnacional, pero en el contexto mundial de un reforzamiento del poder punitivo en el norte y los simultáneos signos de sociedades bélicas como expresión de una crisis o decadencia civilizatoria mundial. En esta circunstancia, no vale la vieja consigna de describir nuestra aldea para comprender el mundo, sino al contrario, nos es menester comprender el mundo para entender nuestra aldea.

La ciencia penal solipsista como encubridora. A medida que el punitivismo avanza con mayor violencia, letalidad y selectividad, incluyendo la impunidad de los poderosos, y la ciencia jurídico penal se encapsula más en su solipsismo lógico dando por ciertas funciones imaginarias de la punición, va encubriendo el debilitamiento y la quiebra del Estado de Derecho, la institucionalidad republicana y la democracia.

¿Un saber antijurídico? Al alienar a los operadores judiciales, la ciencia jurídico penal se convierte en un *saber antijurídico* por promover decisiones judiciales inconstitucionales, al punto que hace que el juez que envía a una persona a una cárcel de alta mortalidad, ignore que en realidad, en lugar de una prisión preventiva está disponiendo una pena de muerte eventual o por azar. Desatender este reclamo, refugiándose en el *solipsismo lógico* y en el *mundo normativo*, haría que en algún momento no de-

masiado lejano, nuestra ciencia sea despreciada y estigmatizada como lo hizo Carrara con la de los prácticos, a la que llamó *schifosa scienza*.

La función de contención razonable. Al pretender convertir a un puro *factum político* como el poder punitivo en un fenómeno jurídico, legitimándolo con funciones imaginarias, la ciencia jurídico penal desvirtúa por completo su función constitucional, que es la de contenerlo *razonablemente* para evitar su catastrófico desborde, ofreciendo a los jueces sistemas de decisiones que doten de eficacia a las normas de máxima jerarquía. Lo realmente jurídico es esta contención razonable y no el *factum de poder*. Hace años que, al señalar la relación del poder punitivo con la guerra, hicimos notar que los internacionalistas han tenido un gesto de humildad que el penalismo no tuvo, al abandonar sus especulaciones acerca de la *guerra justa*, ante la evidencia de que la guerra la hace quien tiene poder para hacerla, razón por la cual crearon el derecho internacional humanitario, que no la legitima, sino que solo trata de evitar sus manifestaciones de mayor crueldad. En el momento bélico debe intervenir la Cruz Roja y, en el momento político, la contención judicial.

Revisión de la justificación, la exculpación y la culpabilidad. Una dogmática penal en nuestra América requiere un nuevo planteo en cuanto a las causas de justificación y de exculpación, habida cuenta del retiro del estado de sus elementales funciones sociales, o sea, reduciendo su función providente e incrementando la punitiva para contener la creciente marginalidad y producción de *descartables*, como lo señalaba el Papa Francisco. Muchas de sus acciones pueden ser consideradas agresiones y otras generadoras de necesidades incluso vitales, cuando los canales de reclamo institucionales no funcionan o no lo hacen oportunamente. De no llegarse a esos extremos, en otros no puede negarse que se tra-

ta de eximentes incompletas que, de alguna manera inciden en el grado del injusto. También es menester graduar la culpabilidad en forma de atenuar la selectividad del ejercicio del poder punitivo, habida cuenta de los diferentes grados de vulnerabilidad en nuestras sociedades marcadamente estratificadas.

Necesidad jurídica de contención. Esta reconstrucción de nuestra ciencia jurídico penal no se nos impone solo por razones éticas, sino fundamentalmente jurídicas, puesto que no se trata de otra cosa que de dar eficacia a nuestras constituciones y, por ende, apuntalar las instituciones republicanas indispensables para impulsar el estado de derecho y el sistema democrático. Prácticamente, los objetivos están en el propio derecho positivo vigente.

Racionalidad y razonabilidad. A partir de la genial intuición de Tobías Barreto, venimos sosteniendo que la función de la ciencia jurídico penal debe ser la construcción de sistemas de contención *razonable* del ejercicio del poder punitivo, lo que merece una nueva vuelta de tuerca, porque *la contención razonable no implica reconocer racionalidad del ejercicio del poder punitivo contenido*, así como el derecho internacional humanitario no reconoce racionalidad a la guerra: una cosa es que resulte racional el esfuerzo por contener un fenómeno irracional y otra que se considere racional al fenómeno que se contiene. Por consiguiente, reconocer que *algo debe hacerse* en casos particularmente graves, no implica reconocer la racionalidad de todas las penas formales y menos todavía de todo el ejercicio del poder punitivo.

La razonabilidad implica ejercicio prudente. La discusión acerca de la racionalidad del poder punitivo excede en mucho la tarea de la ciencia jurídico penal: el poder punitivo existe y se ejerce —en especial en nuestra América— con todas sus características de selectividad, leta-

lidad, crueldad, etc. En buena parte canaliza venganza, la que nunca es racional ni tampoco cristiana: la venganza no es de los humanos (Romanos 12.19). Menos todavía podemos considerar racional a un ejercicio de poder cuya multifuncionalidad política hace que ni siquiera sepamos cuáles son todas sus múltiples funciones. Lo único que sabemos es que si no lo contenemos arrasa con todos los derechos y acaba en genocidio, es decir, que se vuelve criminal. Por ende, con su *contención razonable* queremos significar únicamente su ejercicio *prudente*, como urgente y prioritaria tarea de la ciencia jurídico penal, que no puede tener otro efecto que evitar esta terrible consecuencia, lo que de ningún modo significa reconocerle *racionalidad*, que es algo muy diferente.

Síntesis. En resumen: un replanteo de la ciencia jurídico penal implica su urgente *reconstitucionalización* a partir del reconocimiento de la *onticidad* del ejercicio del poder punitivo, teniendo en cuenta el peligroso momento de decadencia civilizatoria mundial. La relación con la criminología, hoy predominantemente sociológica, debe restablecerse, pues es indispensable su información para que la ciencia jurídico penal pueda acotar razonablemente el ejercicio real del poder punitivo, impulsando al Estado de Derecho y reforzando la estructura institucional republicana y el sistema democrático.

CAPÍTULO I

LA DEGRADACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL: DEL DISCURSO POPULISTA A LA REPRESIÓN INSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

POPULISMO FRENTE A DEMOCRACIA. REFLEXIÓN SOBRE LA CRISIS ACTUAL

Mario A. Houed Vega¹

Nota: El presente trabajo se rinde en homenaje al distinguido profesor y jurisconsulto Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, máximo representante latinoamericano del pensamiento libre y democrático, así como personaje visionario que inspiró a no pocas generaciones de seguidores de sus enseñanzas en todos nuestros países.

Sumario: Introducción. I. Populismo, autoritarismo y conductas desviadas. II. Política y justicia. Aspectos de interés. III. El concepto de carrera judicial y sus principales características. Conclusiones. Bibliografía

Resumen

El texto analiza críticamente el avance del populismo en América Latina y su impacto negativo sobre la democracia y el Estado de Derecho. El autor advierte que, bajo discursos de “mano dura” y supuesta representación del pueblo, se promueven prácticas autoritarias que erosionan las garantías constitucionales y la independencia de los poderes públicos. Se destaca que el Poder Judicial es uno de los principales blancos de estas tendencias, me-

1 Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Exmagistrado de la Sala Tercera (Penal) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Recor fundador emérito del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

dian­te la in­ti­mi­da­ción, la des­le­gi­ti­ma­ción de sus de­ci­sio­nes y la in­je­ren­cia po­lí­ti­ca. Aunque las con­sti­tu­cio­nes sue­len con­sa­grar prin­ci­pios de­mo­crá­ti­cos ade­cu­a­dos, el pro­ble­ma ra­di­ca en su apli­ca­ción prác­ti­ca y en el ejer­ci­cio abu­si­vo del po­der. El tra­ba­jo sub­ra­ya la im­por­tan­cia de una jus­ti­cia in­de­pen­diente, im­par­cial y trans­pa­ren­te como pi­lar de la de­mo­cracia. En este con­tex­to, la car­re­ra ju­di­cial se pre­sen­ta como un in­stru­men­to esen­cial para ga­ran­ti­zar la idoneidad, es­ta­bi­li­dad y au­to­no­mía de los jueces. Fi­nal­men­te, se con­cluye que for­ta­le­cer la Ad­mi­nis­tra­ción de Jus­ti­cia es in­dis­pen­sa­ble para de­fen­der los de­re­chos fun­da­men­ta­les y pre­servar el ré­gi­men de­mo­crá­ti­co frente a los ries­gos del po­pu­li­smo.

Palabras clave: Populismo, Democracia, Estado de Derecho, Independencia Judicial, Autoritarismo

Abstract

The text critically analyzes the rise of populism in Latin America and its negative impact on democracy and the rule of law. The author warns that, under the rhetoric of “strong-arm” tactics and supposed representation of the people, authoritarian practices are promoted that erode constitutional guarantees and the independence of public powers. It is highlighted that the judiciary is one of the main targets of these trends, through intimidation, delegitimization of its decisions, and political interference. Although constitutions often enshrine adequate democratic principles, the issue lies in their practical application and the abusive exercise of power. The paper emphasizes the importance of an independent, impartial, and transparent justice system as a pillar of democracy. In this context, the judicial career is presented as an essential tool to ensure the suitability, stability, and autonomy of judges. Finally, the text concludes that strengthening the administration of justice is essential

to defend fundamental rights and preserve the democratic regime against the risks of populism.

Keywords: Populism, Democracy, Rule of Law, Judicial Independence, Authoritarianism

Introducción

Con preocupación hemos seguido una huella que hace algunos años nos mostraba ciertos síntomas de cambio, y que en diferentes latitudes —especialmente en Latinoamérica— significaba un ataque directo a las instituciones democráticas. Lamentablemente algunos países de la región —sin que podamos dejar de lado a Costa Rica— propiciaban la idea de romper con sistemas de gobierno que impulsaban de forma supuesta, real o aparente, la impunidad y la corrupción, para instaurar de modos inusitados, regímenes autoritarios que se nos presentaban como la solución para todos los problemas de nuestras sociedades. Con tales fines se acudía —y se acude— a discursos populistas, proponiendo, entre otras cosas, la restricción de garantías, así como la aplicación de “mano dura” a las conductas delictivas. Es importante anotar que no solo se trataba o se trata de un problema de “ideologías” (si es que las hubiere) pues tanto pesa en las manifestaciones mencionadas, el pensamiento de extrema derecha como el de extrema izquierda (que los hay de los dos lados), para vislumbrar la consiguiente afectación de todo el sistema jurídico, vendiendo la idea de que el único “soberano” es el pueblo y con ello obteniendo la aprobación y festejo de las “masas desprotegidas”. Con pesar debemos reconocer que el Poder Judicial, uno de los pilares fundamentales en que se asienta un Estado democrático de Derecho, no se encuentra a salvo de estos movimientos, cuando la administración de turno, con su retórica, intimida, tergiversa o manipula sus decisiones. De la misma forma podemos presenciar el ataque constante a los

órganos electorales y a los tribunales de constitucionalidad (de lo cual hablaremos con mayor detalle en otra ocasión). Y es de advertir que no nos referimos a un problema meramente formal o legal, ya que el apoyo normativo, pese a que suele presentarse dentro de un contexto aceptable y supuestamente respetuoso de los principios democráticos universales, no encuentra respuesta en la realidad. En efecto, la mayoría de las Constituciones Políticas de nuestros países y sus legislaciones, con pocas y excepcionales diferencias, contemplan el marco teórico fundamental en defensa de los derechos ciudadanos y sus garantías, de modo que un observador imparcial difícilmente encontraría problemas significativos en aquél para admitir que no se está ante una organización jurídico-estatal adecuada que impida el real ejercicio de sus controles (casi que podríamos afirmar que nos encontramos ante un bien organizado discurso, pero que en definitiva supone un disfraz de democracia simulado con consecuencias prácticas no deseadas). Por eso nos atrevemos a decir que lo que importa va más allá de las palabras o normas escritas: es el modo en que se actúa en la realidad y lo que ocurre con el ejercicio abusivo del poder y ciertas conductas de algunos gobernantes de turno (que por ahora son minoría, aunque sus voces disidentes y escandalosas no deben pasar desapercibidas). Entonces, de nada sirve una proclamada construcción normativa “pluralista”, así como escuchar una y otra vez que los principios constitucionales definen la estructura de un Estado de Derecho, cuando aparte de los problemas que venimos comentando, vemos con desconcierto cómo la labor jurisdiccional empieza a erosionarse. En efecto, tal fenómeno ocurre cuando los jueces con sus altas investiduras responden a un “sistema político” que ha sido suplantado por otros intereses, ajenos o comunes con los del grupo gobernante, olvidando con ello la esencia de un adecuado sistema democrático. La razón de ser de

un Poder Judicial en un verdadero Estado de Derecho, con las características que mencionamos, es que permitan a dicha institución garantizar plenamente el ejercicio de sus funciones, dentro de un marco de independencia, soberanía, imparcialidad, conocimiento, y respeto a sus decisiones, entre otras particularidades que le establecen como un importante bastión dentro de una organización democrática, participativa y representativa.

No se trata, pues, simplemente de reconocer que un Estado libre y soberano se deriva y se sustenta en los tradicionales poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial por que así lo señala su Carta Magna, sino que, especialmente en lo que atañe a este último como garante de la función jurisdiccional, ésta debe observarse en toda su plenitud con apoyo irrestricto en las citadas particularidades.

Es así que por la naturaleza misma de las delicadas funciones que deben desempeñar jueces y tribunales, la exigencia de una carrera judicial y la dedicación exclusiva a ella, se convierten en los mejores aliados para hacer efectiva lo que la doctrina y la legislación procuran: una recta administración de justicia, libre de intromisiones políticas o de cualquier clase, que debe cumplir con la aplicación de las leyes sin distinciones ni sujeta a compromisos de ninguna índole.

I. Populismo, autoritarismo y conductas desviadas

A pesar de ser un concepto que genera no poca controversia, suele calificarse como “populismo” una tendencia política que pretende atraer a las clases populares, y que particularmente en Latinoamérica se utiliza como expresión polisémica para asignarla a movimientos o expresiones políticas que a menudo apelan al nacionalismo, a la justicia social, a la falta de solidaridad, etc., para opo-

nerse a las élites tradicionales, a quienes atribuyen todos los problemas de los antiguos regímenes y sus gobiernos. Para llevar adelante el proyecto “populista” se requiere de un líder antisistema, que utilice un lenguaje accesible, muchas veces burdo, directo, incluso agresivo, tajante y emocional, para convencer (o cautivar) a las masas “desprotegidas” que ahora sí tendrán voz y se sentirán representadas. En no pocos casos se atizan los resentimientos del pasado, la violencia verbal y física, los enfrentamientos y la separación con términos descalificantes para quienes no comparten la “visión” del máximo líder o jerarca.

Ante tal situación, la pregunta no es solo cómo ocurrió el nacimiento de este movimiento sino cómo se fue apropiando de las instituciones, atrayendo a su vez a individuos que no formaban parte de ese “culto” a la personalidad, o eran activistas de otros pensamientos políticos que abandonaron por intereses diversos. Los medios de comunicación colectiva, las redes sociales, los programas adversos a la voz del líder, quedan en franca desventaja ante la acometida de quienes comparten la paradoja de estar dentro del sistema quebrando la institucionalidad misma.

Ahora bien, el concepto de “autoritarismo” se deriva de la obediencia al poder estatal y a la pretensión de suprimir la pluralidad política, aunque puede permitir cierta autonomía en la vida privada o social, y pese a no tener —necesariamente— una ideología elaborada, a menudo lo que busca es mantener su posición (*status quo*). Suele diferenciarse del “totalitarismo” en que éste intenta lograr un control absoluto del poder y sobre la vida de los ciudadanos, aunque a fin de cuentas hay un deseo de sumisión ciega a las órdenes del gobernante.

De hecho, muchos regímenes totalitarios surgieron alrededor de un líder autoritario y carismático que se perpetuaron en el poder hasta sobrepasar los límites de la tolerancia (Hitler, Musolini, etc.), desviando sus conductas hasta ocasionar problemas tan graves que llevaron a sus pueblos a consecuencias trágicas y devastadoras. Y es que cuando hablamos de conductas desviadas es porque los mismos ciudadanos, que presenciaban en silencio la vulneración de los principios básicos de la convivencia social, permitieron tal desajuste. Por eso, parece inevitable que la reflexión y análisis sobre lo que estamos presenciando, se produzca antes de que sea demasiado tarde, activando los mismos instrumentos que el propio sistema autoriza.

II. Política y justicia. Aspectos de interés

No todo lo que se dice sobre la relación entre política y justicia puede observarse como negativo, a menos que se utilicen valores y significados que tergiversen sus contenidos. Como bien se explica en la doctrina "...la importancia social y política de la justicia debe ya computarse entre las características que comparten todas las democracias, aunque se manifieste de diversas formas y, sobre todo, con diferente intensidad". Lo anterior porque sería difícil captar hoy día el papel asumido —o que debe asumir— la justicia sin considerar los entramados propios de los regímenes democráticos y las dificultades u obstáculos que deben enfrentar.

Es por dichas razones y de acuerdo con lo que venimos observando en la actualidad, que creemos en una administración de justicia fortalecida, que debe tener cada vez más un papel de mayor relevancia, esto es, un correcto protagonismo en defensa de la sociedad, de las instituciones y del individuo, para lo cual debe evolucionar

en busca de un mejor desempeño. No puede mantenerse invariable, ajena y conforme con lo que ocurre al servicio del llamado “status quo”, o lo que es peor, al servicio de intereses espurios, con los defectos de la lentitud y la corrupción al acecho. Tal panorama obliga a ofrecer respuestas oportunas y eficaces.

Según decíamos, muchas veces hemos escuchado en América Latina que los Poderes Judiciales de nuestros países tienen poca credibilidad, porque se han contagiado de los problemas y vicios de los otros Poderes, así como que los jueces responden a “intereses políticos” u otros factores, que amenazan y socaban sus cimientos —entre ellos el crimen organizado, la corrupción y el enriquecimiento ilícito—, lo cual pone en entredicho al Estado de Derecho y desde luego, en muy mal predicado el concepto de democracia.

Pero a pesar de lo anterior, según explicamos, también es importante reconocer que puede y debe darse una sana relación, un necesario complemento, entre la función judicial y el entorno político. Hace algunos años los profesores italianos Carlo Guarneri y Patricia Pederzoli publicaron una interesante obra con el título “Los jueces y la política. Poder Judicial y Democracia”, (editorial Taurus, España, primera edición, 1999) donde apuntaban con razón y no pocos argumentos que ... “No se puede negar que la justicia asume un papel creciente en los sistemas políticos democráticos, un fenómeno que recientemente ha sido definido como *judicialización de la política*...son numerosas las razones de este fenómeno y derivan de una tendencia a largo plazo que se manifiesta en todos los países... es una evolución que, en principio, no contrasta con los valores de la democracia” (Guarnieri y Pederzoli, ob. cit, p. 25). Lo anterior ocurre porque las sentencias de jueces y tribunales se integran dentro

del marco del sistema y pueden colaborar en la búsqueda de la armonía social en la medida que se respeten los límites de cada uno, sin necesidad de provocar una ruptura o enfrentamiento que venga a perjudicar a todos los actores involucrados en la pretensión de una coexistencia pacífica. De ese modo podemos afirmar que “una democracia con un poder judicial fuerte es sencillamente una democracia más fuerte, porque es un régimen en el que los derechos de los ciudadanos están mejor tutelados” (Guarnieri y Pederzoli, ob. Cit. 1999, pp. 25 y 26). Ahora bien, para llevar adelante ese compromiso se han producido algunos esfuerzos que podrían ayudar a mejorar el rumbo de la judicatura —aunque desde luego no sea como un mero acto determinante y aislado—. Entre ellos puede destacarse que se ha venido trabajando en la promulgación de Códigos de Ética Judicial, los cuales deben orientarse en la búsqueda y rescate de los principios —así como sus valores primordiales— que deben caracterizar la esencia de su función.

Al respecto nos permitimos señalar algunas importantes ideas —que se han discutido en diferentes reuniones y Congresos— como las siguientes, tomadas del Código de Ética Judicial Costarricense, que fue aprobado por la Corte Plena en Sesión n° 16-99, del 12 de abril de 1999 y Sesión n° 9-2000, del 28 de febrero del 2000, pp. 10 y ss. el cual sigue los lineamientos señalados para el comportamiento ético de los jueces y el buen desempeño de sus funciones:

- a. La justicia es un servicio público y como tal, debe existir conciencia sobre la forma correcta en que debe realizarse (“justicia pronta y cumplida” según se dice, aunque muchas veces no se materialice de ese modo; sin embargo, es indudable que debe seguirse manteniendo como una aspiración de suma importancia). La

primera y básica recomendación es que el número de jueces y fiscales esté acorde con el crecimiento que la actividad delictiva demanda, así como la alta litigiosidad en las otras áreas del quehacer jurídico (por ejemplo, la materia laboral, civil, de familia, etc.) también responda de la misma manera, además de procurar la implementación de mecanismos alternativos ágiles para la resolución de conflictos.

- b. La independencia judicial es un factor indispensable en la Administración de Justicia, donde el único sometimiento de los jueces y del Poder Judicial en general, debe ser a la Constitución y a las leyes, es decir al ordenamiento jurídico. Pero también cabe apuntar que la mayor afectación a este sano postulado es igualmente la intromisión de los políticos de turno, socavando las bases de dicha independencia con manifestaciones ruidosas y falaces cuando les toca enfrentar sus actividades irregulares en las vías correspondientes. Para ello se sirven no solo de los medios de prensa oficiales o afines a sus ideas, sino de las redes sociales que, por mera simpatía, oscuras motivaciones o por contratos subrepticios, promueven sus “discursos” de hostilidad y enfrentamiento.
- c. En una sociedad democrática debe percibirse al Poder Judicial de un modo transparente, y para ello no debe existir nada oculto o secreto, salvo las excepciones o los Convenios o Tratados Internacionales que así lo dispongan (por ejemplo, la protección que debe brindarse en materia de menores). Es decir, ante la opinión pública y los medios de comunicación colectiva, aunque se trabaje con sujeción al ordenamiento jurídico, no cabe la “huída” ni el ocultamiento, pues la apertura del Poder Judicial a la sociedad más bien garantiza el éxito de su labor, aparte del reconocimiento de la capacidad de sus funcionarios. El desarrollo de la

oralidad, la continuidad de las audiencias, la lealtad en la confrontación de las pruebas, así como el rechazo a tácticas dilatorias de los sujetos del proceso, entre otros aspectos, contribuye a una sana administración de justicia que los jueces tienen el deber de controlar.

- d. El mejoramiento de la Administración de Justicia implica a todos los funcionarios y a la ciudadanía en general. En efecto, aquéllos deben involucrarse directamente en la procura de nuevas ideas, análisis y discusiones sobre la agilización de los trámites y en desterrar vicios y defectos, mientras que la ciudadanía debe dar su apoyo a estas iniciativas y comprender la necesidad de las reformas.
- e. La capacitación judicial debe entenderse como un deber y un derecho del funcionario que administra justicia. Solo de esa forma se garantiza la idoneidad y capacidad para el desempeño del cargo. Ese proceso de capacitación debe ir acompañado de ciertos estímulos (por ejemplo, el ascenso en la carrera judicial, de modo objetivo y bien regulado), aunque igualmente puede acarrear consecuencias cuando exista incumplimiento o desidia en la necesidad de capacitarse.
- f. El deber de imparcialidad es una de las exigencias más importantes de la justicia, pero aparte de ello, también debe acompañarse de:
 1. respeto a la dignidad de los usuarios,
 2. prohibición de discriminar por razón de sexo, cultura, ideología o condición económica,
 3. disposición para atender a las partes o sujetos del proceso y sus abogados, cuando no esté prohibido, teniendo el cuidado de no dar tratos privilegiados a algunos de ellos, y procurando no permitir ni dar la impresión de que se está siendo influenciado en la decisión de casos específicos.

g. Según decíamos, las relaciones con los medios de comunicación colectiva deben manejarse con prudencia, pero no pueden cerrarse como se hizo en el pasado. Es cierto que los jueces no tienen por qué justificar o *defender sus resoluciones a través de órganos de difusión social*, pero pueden informar sobre lo actuado sin entrar en polémica. Del mismo modo debería regularse que los abogados públicos o privados, e incluso las mismas autoridades del Ministerio Público, pretendan discutir y adelantar sus criterios atacando las resoluciones judiciales a través de medios noticiosos, en los casos concretos que tienen pendientes en los tribunales. Lamentablemente, con alguna frecuencia se observa la entrevista de sujetos del proceso donde se exceden en sus criterios y sus puntos de vista para pretender la justificación de sus actuaciones (algo así como una especie de litigio extra-juicio, que algunas veces se alimenta del mal ejercicio de un responsable periodismo de investigación). En todo caso, también existe el recurso de acudir a una oficina de prensa para tales fines, como se ha venido haciendo en diferentes instituciones. El problema hoy día más bien se manifiesta por el descontrol en el uso de las redes sociales que inundan internet de comentarios inapropiados, falsedades, insultos, y todo tipo de supuestas noticias que afectan a todas las comunidades. Este es un problema a nivel mundial que no ha logrado un ejercicio regulatorio apropiado.

Pero de nuevo reiteramos que la letra o palabra escrita —la ley— no puede valerse por sí sola, sino que debe implementarse debidamente y aplicarse con corrección, especialmente cuando se refiere a la intervención de la política en el marco de la justicia, comprendiendo aquel concepto en su mejor sentido. Este proceso, llamado judicialización de la política, a veces ha sido descalificado

por infundados temores de falta de imparcialidad de los jueces, así como “invasión” en las funciones de los otros Poderes del Estado. Lo anterior se debe —según decíamos— a un mal entendimiento de la relación que debe existir entre gobierno y democracia, con un concepto de “política” que se ha desbordado y corrompido, como ya lo explicamos.

III. El concepto de carrera judicial y sus principales características

Parece claro que todo lo relacionado con el desarrollo de una recta Administración de Justicia, el comportamiento ético de sus funcionarios y su compromiso con una sociedad democrática, entre otros aspectos, resultaría ilusorio si no existiera una verdadera carrera judicial que garantice y estimule el libre, soberano e independiente ejercicio de la función jurisdiccional.

De hecho, la mayoría de autores y tratadistas de esta materia considera “que la ausencia de una carrera judicial es uno de los principales factores que contribuyen al bajo nivel de independencia judicial y a la ineficacia del sistema”.²

Sin embargo, no siempre se tiene bien definido qué debe entenderse por “carrera judicial” y que es lo que ello implica. Así por ejemplo resulta con mucha frecuencia que al analizar los problemas de la organización judicial y se comenta que es primordial el principio de “independencia”, lo primero en que se piensa es en la “ina-

2 Ver al respecto de Salas, Luis y Rico, José María, su obra “Carrera Judicial en América Latina”, publicación del CAJ, Centro para la Administración de Justicia de la Florida International University, San José, Costa Rica, 1990, pp. 7 y ss.

movilidad” de los jueces, acompañada de la seguridad de una adecuada retribución económica. Pero estos temas constituyen tan solo una parte de lo que debe involucrarse en el concepto referido.

De acuerdo con algunos autores las principales características que definen una carrera judicial son: definir de la mejor manera —concreta y efectiva— “los mecanismos de selección y nombramiento de los nuevos jueces, el sistema de destinos y ascensos y un régimen de retribución económica. A estos rasgos conviene añadir una formación especializada del personal y la existencia de normas deontológicas sobre la profesión”.³

Ciertamente para hablar de “carrera judicial” primero debemos señalar que una ley, por sí misma —como ya lo hemos dicho—, llámese de carrera judicial o de organización judicial, etc., no puede garantizar por sí sola, ni la independencia judicial ni la calidad de los jueces, ya que “la idea de una carrera judicial y la forma que ésta pueda tomar está estrechamente vinculada con el sistema jurídico-político donde deba aplicarse”.⁴ En efecto el hecho de que exista en la ley un sistema de carrera judicial no impide que se filtren las mal llamadas influencias políticas y las decisiones arbitrarias, entre otras dificultades que suelen apuntarse en investigaciones relacionadas con esta materia.

Sin embargo, mucho tiene que ver, según se indicó, con la forma en que operen los mecanismos de selección y nombramiento, seguimiento y vigilancia, de los juzgadores, así como la regulación de sus ascensos y su proceso de formación y educación continua. Desde luego, tam-

3 Ver de Salas y Rico, su ob. cit. pp. 8 y 9.

4 Salas y Rico, ob. cit. p. 42.

bién es de gran importancia el manejo del régimen disciplinario, que debe operar de manera objetiva sin afectar el criterio jurídico debidamente justificado de aquéllos, señalando la sanción ante diversas faltas que pueden ser cometidas contra el deber de probidad y demás principios.

Conclusiones

Defender el Estado de Derecho supone defender su régimen democrático. Y para tal efecto, el fortalecimiento de la Administración de Justicia es su principal punto de apoyo. No podemos ni debemos permitir que las instituciones que conforman la base de las estructuras de poder se debiliten ante la presencia de voces y actos que contradicen las libertades y los derechos fundamentales (como los relativos a la seguridad ciudadana, la educación, la asistencia social, entre otros aspectos que el llamado Poder Judicial está obligado a tutelar). No se trata, tampoco, de propiciar un régimen judicial absoluto y desmedido, que para ello también debe tener sus controles (internos y externos), como ocurre con los demás poderes. Las limitaciones para los jueces están debidamente señaladas en la Constitución y en la ley, por lo que —según ya fue explicado— debemos estar atentos a una correcta selección, capacitación y vigilancia de sus funcionarios.

Debemos alzar la voz contra las opiniones populistas que pretenden descalificar sin razón a las estructuras democráticas y, principalmente, socavar la credibilidad del sistema, en particular del poder judicial, que debe responder con firmeza como se lo exige su propia naturaleza y su ineludible función.

“Así pues, el papel de la magistratura en una democracia constitucional es el de defender los derechos de los ciudadanos incluso contra la mayoría, y, por tanto, ser su guardián. La tarea del juez será entonces la de defender

los derechos de los individuos y de las minorías contra posibles abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que las controlan”. (cita Guarnieri y Pederzoli ob. cit., p.138).

Bibliografía

- Guarnieri, C. & Pederzoli, P. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus. 1999.
- Houed V., Mario. “Aportes para el análisis del Poder Judicial en la actualidad”, publicación en la obra colectiva en homenaje a la Dra. Aura Guerra de Villalaz, “El Derecho penal latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones”. INEJ, Panamá, 2022.
- Salas L., y Rico J.M., “Carrera Judicial en América Latina”, CAJ- FIU, San José, CR, 1990.
- Silva Sánchez, J., Robles Planas, R., & Pastor Muñoz, N. (2016) *Ciudadanía y Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

POPULISMO PENAL: EXPRESIÓN DEL MAL USO DEL DERECHO PENAL

Manuel Vidaurri Aréchiga¹

Con admiración y reconocimiento al Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, en ocasión del Doctorado honoris causa, que le fue conferido mercedamente por el INEJ en el año 2026.

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Concepto de populismo penal. 3. Proyecciones del populismo penal. 4. Función de Derecho penal. 5. Populismo penal e ideología. 6. Expresiones de populismo punitivo en el Derecho penal estatal. 7. Comentario final.

Resumen

El trabajo analiza el fenómeno del populismo penal y sus efectos sobre el Estado constitucional de derecho en América Latina. Se sostiene que el populismo penal se manifiesta a través de políticas criminales orientadas al endurecimiento de penas y a la expansión del poder pu-

1 Profesor-Investigador en la Universidad La Salle Bajío, México. Profesor en el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua (INEJ). Investigador Nacional del CONAHCYT. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y de la Sociedad Mexicana de Criminología. Fundador de la Red Iberoamericana de Investigaciones en Política criminal e Instituciones de la Seguridad (POLYSEG). ORCID: 0000-0002-4639-2535. CORREO:

nitivo, bajo discursos de seguridad ciudadana y respuesta inmediata al delito. Estas estrategias privilegian la reacción emocional y mediática sobre el análisis técnico-jurídico y la evidencia empírica. El autor advierte que dichas prácticas debilitan principios fundamentales como la legalidad, la proporcionalidad y la presunción de inocencia. Asimismo, se señala el riesgo de instrumentalizar al derecho penal con fines políticos, afectando la independencia judicial y las garantías procesales. El texto destaca la necesidad de una política criminal racional, respetuosa de los derechos humanos y basada en criterios constitucionales. Finalmente, se concluye que enfrentar el populismo penal es indispensable para preservar la legitimidad del sistema de justicia y la vigencia de la democracia.

Palabras clave: Populismo penal, Estado constitucional de derecho | Poder punitivo, Derechos humanos, Independencia judicial.

Abstract

The paper analyzes the phenomenon of criminal populism and its effects on the constitutional state of law in Latin America. It argues that criminal populism is manifested through criminal policies focused on harsher penalties and the expansion of punitive power, under discourses of citizen security and immediate responses to crime. These strategies prioritize emotional and media-driven reactions over technical-legal analysis and empirical evidence. The author warns that such practices weaken fundamental principles like legality, proportionality, and the presumption of innocence. It also highlights the risk of using criminal law for political purposes, undermining judicial independence and procedural guarantees. The text emphasizes the need for a rational criminal policy, respectful of human rights and based on constitutional criteria. Finally, it concludes that confronting criminal

populism is essential to preserve the legitimacy of the justice system and uphold democracy.

Keywords: Criminal populism, Constitutional state of law, Punitive power, Human rights, Judicial independence

1. Consideraciones previas

Una de las razones que podrían explicar –que no justificar– el uso abusivo del Derecho penal radica en el actual y deplorable estado de cosas,² caracterizado por una violencia desbocada y una inseguridad rampante por todo el territorio nacional. La causa de muertes violentas, así como las expresiones de la delincuencia común, reclaman sonoramente soluciones que pongan freno a la barbarie y devuelvan un nivel de paz y tranquilidad social mínimo.

Por su parte, a través de las instancias legislativas, el Estado acude con frecuencia al más enérgico de sus instrumentos legales: el Derecho penal.³ Lo hace siguiendo

2 El presente ensayo está pensado para la realidad mexicana, pero es muy probable que refleje la situación de otros países del continente.

3 Véase Díez Ripollés, José Luis, *El abuso del sistema penal*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 19-01 (2017), en la red: <http://criminnet.ugr.es/recpc>, donde apunta: “Es un hecho bien constatado la desenfrenada actividad legisladora penal que tiene lugar desde hace al menos un par de décadas en un gran número de países. En muchos casos el fenómeno no puede justificarse por un incremento de las conductas socialmente desviadas o por una mejora de su prevención. Más bien se explica porque el **Derecho penal se ha convertido en un instrumento sobresaliente para conseguir objetivos políticos y sociales que poco o nada tienen que ver con la prevención de la delincuencia**. Este abuso del Derecho penal tiene, por otra parte, consecuencias sobre la calidad de las decisiones legislativas: en la medida que el objetivo pre-

al menos estas rutas: incrementando las sanciones de los tipos penales ya existentes; creando nuevas figuras típicas; utilizando la pena privativa de libertad como principal medida para enfrentar los problemas generados por la delincuencia.

En las últimas décadas, esta tendencia o perspectiva ha recibido el apelativo de populismo penal o populismo punitivo, cuya genética se compone de la mezcla de miedo y demagogia, alimentada por el miedo y la inseguridad social.⁴ El recurso al poder penal estatal, desmedido y tan violento como la misma expresión criminal que pretende enfrentar, busca legitimarse mediante medidas puramente legislativas que enarbolan una política criminal más preocupada por complimentar los intereses electorales y las demandas mediáticas, antes que atender y resolver la problemática delictiva. Generalmente, esta perspectiva se desentiende de los principios constitucionales liberales. En medio de este tema se encuentra, según se piensa, un debate en torno a las funciones que cumple o debe cumplir el Derecho penal, aspecto que pasa igualmente por definir cuales son (o deben ser) los fines de la pena estatal. En el marco de la llamada socie-

dominante es producir determinados efectos simbólicos o apaciguadores sobre la población, se trata de leyes oportunistas y coyunturales, en las que no se reconoce una decisión racional ajustada a la realidad social sobre la que se quiere intervenir ni a efectos acreditados de control de la delincuencia" (énfasis añadido).

4 Una revisión monográfica en Vidaurri Aréchiga, Manuel, *La tendencia al populismo penal*, Ciudad de México, Ubijus, 2025.

dad del riesgo,⁵ el Derecho penal pasa a convertirse en un Derecho penal de la seguridad ciudadana.⁶

Ya se tiene señalado que el Derecho penal no puede hacerse cargo de todos los problemas que aquejan a un cuerpo social. No es su función y no existe para realizar tan compleja tarea. Lo propio del Derecho penal consiste en ocuparse de un sector de la realidad social, justamente aquél que se compone de comportamientos graves y realmente lesivos de los bienes jurídicos más importantes, mismos que de no protegerse podrían poner en riesgo la convivencia social. Utilizar el Derecho penal para infundir miedo o, en el mejor de los casos, pretender tranquilizar el reclamo social no deja de ser una medida tan extrema como inútil, amén de poner en evidencia la debilidad o incompetencia de los órganos estatales para garantizar condiciones mínimas de seguridad y paz social.⁷

5 Véase Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 2006; describiendo el impacto de la perspectiva de una sociedad del riesgo en el Derecho penal, véase: Champo Ramírez, Nimrod Mihael, *El Derecho penal de la sociedad de riesgo*, México, Ubijus, 2019; Colina Ramírez, Edgar Iván, *Derecho penal del riesgo. Un estudio desde su legitimación*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2015; Henao Cardona, Luis Felipe y Balmaceda Hoyos, Gustavo, *Introducción al Derecho penal de la sociedad postindustrial*, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 2006.

6 Arocena, Gustavo, *Inseguridad urbana y ley penal*, Argentina, Alveroni Ediciones, 2004, p. 20.

7 Un desarrollo temático en torno a la ineficacia de la norma penal, especialmente la que es promulgada con fines sociopolíticos, puede verse en Marqué I Branqué, Maria, *Problemas de legitimación del Derecho penal del miedo*, en *Política Criminal*, Vol. 12, N° 24 (diciembre 2017), visible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politerim/v12n24/0718-3399-politerim-12-24-00690.pdf>

Se ha sostenido, por otra parte, que el Derecho penal cumple una función de control social indiscutible.⁸ No es la única, y tampoco es la más importante como dice con razón Muñoz Conde.⁹ Al considerarle como mecanismo de control social formal, el Derecho penal se complementa con otras medidas de control que pueden llegar a ser tanto o más efectivas que las propiamente jurídico-penales. No obstante, el recurrente camino legislativo por la ruta del Derecho penal éste debe, según la orientación que acá se adopta, adherirse a los principios fundamentales del Estado constitucional, democrático de Derecho, especialmente por tratarse de una plataforma normativa cuyo sustento radica en la observancia de los Derechos Humanos.¹⁰

Queda claro, al menos en este documento, que al hablar de populismo penal o punitivo se está haciendo referencia a una tendencia político criminal, lo que equivale a decir a una serie de acciones, medidas y estrategias seguidas por la autoridad a propósito de una determinada problemática criminal, lo que no significa necesariamen-

8 Sobre la consideración del Derecho penal como expresión del control social, véase: Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985; Bustos Ramírez, Juan y Hormazabal Malaree, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, Madrid, Trotta, 1997.

9 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social*, op. cit., p. 37.

10 Una explicación pertinente sobre la función de protección de derechos en el marco del Estado constitucional véase en Llano Franco, Jairo Vadimir, *Estado constitucional: la protección de derechos y dificultades en su concreción*, en Criterio Libre Jurídico, Vol. 9, N° 1 (2012), consultado en línea: <http://revistasoj.s.unilibrecali.edu.co/index.php/rcj/issue/view/88/showToc> (6/01/2020)

te que sea la mejor reacción o la más adecuada, desde el punto de vista de su eficacia, su fundamento teórico y su apego a la norma constitucional.

2. Concepto de populismo penal

La errónea percepción de que el Derecho penal es la única o exclusiva herramienta adecuada para enfrentar la criminalidad ha producido en el imaginario social una suerte de confianza excesiva en sus posibilidades reales de atender –resolver–, en sus extremos, toda aquella problemática producida en un determinado tiempo y lugar; luego, por consecuencia de lo anterior, se produce un Derecho penal cuya nota distintiva es la de su carácter puramente represivo. Más grave aún, será la transmutación del Derecho penal en un instrumento político, utilizable como respuesta a la urgencia social de mayor seguridad y represión del crimen, aunque no se ajuste en sus contenidos a los principios y garantías constitucionales y al final cumpla solo funciones puramente simbólicas.

De los planteamientos anteriores emerge un Derecho penal secuestrado por consignas mediáticas, aprovechadas al mismo tiempo por intereses políticos, que encuentran en la ley penal la vía de encauzamiento del enojo, preocupación, miedo e inseguridad social. Es obvio que el argumento político para valerse del instrumento jurídico penal radica, precisamente, en la supuesta eficacia del castigo –severo, por supuesto– aplicado por la comisión del hecho delictivo; mejor aún, si tal hecho alcanza elevados niveles de alarma social y repercusión mediática que justifique, sin más, la intervención legislativa solicitada por el colectivo social, por el pueblo.¹¹

11 Un desarrollo de interés en torno al problema penal en la opinión pública puede verse en Quintero Olivares, Gonzálo, *El*

El populismo —explica Quenta Fernández— apela al pueblo para construir su poder “entendiendo al pueblo como las clases sociales bajas y sin privilegios económicos o políticos, y en sentido peyorativo hace referencia a las medidas políticas que no buscan el bienestar o progreso de un país, sino que tratan de conseguir la aceptación de los votantes, sin importar las consecuencias”.¹²

Ahora bien, al vincular el concepto de populismo con lo penal, con lo punitivo, hace sentido la idea de asociar las medidas represivas con las demandas del pueblo.

Es indudable que el populismo es uno de los elementos recurrentes de los regímenes democráticos, con diversas versiones en su proyección autoritaria o presuntamente participativa y democrática, lo cual deja en duda el verdadero balance que debe existir entre el ejercicio efectivo del poder punitivo del Estado y la eficacia de dicho ejercicio, con los resultados conseguidos a través de una ley punitiva popular. Ni siquiera resulta válida la expresión “*Vox populi vox Dei*”, “la voz del

problema penal. La tensión entre teoría y praxis en Derecho penal, Iustel. 2012, p. 104, donde, al referirse al deseo de justicia de los ciudadanos, escribe: “la ciudadanía desea que haya justicia penal, con independencia de las diferencias sobre lo que cada cual tenga por justo. La apropiación del *sentir social o ciudadano* por parte de los medios de comunicación de grupos políticos se produce, entre otras razones, precisamente porque ese sentimiento existe. No sería ponderado imputar a la ciudadanía unas ideas groseras y sesgadas sobre lo que es la justicia penal y el modo mejor de resolver el problema penal”.

12 Quenta Fernández, Javier, *El populismo del Derecho penal. La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares*, p. 139, visible en http://www.scielo.org.bo/pdf/rjd/v5n6/v5n6_a09.pdf

pueblo es la voz de Dios”, o que la opinión ordinaria del pueblo revela la voluntad de Dios, esta es una forma artificiosa de encontrar la legitimidad de las leyes penales amparándose en lo que la colectividad o comunidad anhela, en lo que sus propias experiencias y deseos lo impulsan.¹³

Por la trascendencia que tiene su aplicación, las normas penales no pueden quedar al arbitrio de la masa, menos aún si el conglomerado apela a la venganza en lugar de a la justicia.¹⁴ En el marco del Estado constitucional, corresponde al Derecho penal establecer límites al poder punitivo estatal, es decir, circunscribir la acción punitiva dentro de los marcos de la racionalidad derivados de la noción de dignidad humana. Dejar en manos del pueblo la posibilidad de establecer contenidos normativos puede, en definitiva, facilitar el retorno a la irracionalidad y la barbarie de la venganza privada. Si bien, es comprensible el malestar social, no alcanza tal sentimiento para liberar al Derecho penal de los límites garantistas que le han venido caracterizando desde sus primarias concepciones liberales.¹⁵

13 Ibidem.

14 Cabe considerar la exigencia legítima de las víctimas del delito, a quienes deberán satisfacerse sus demandas de resarcimiento y atención por el daño causado por el delito. En todo caso, también es de interés considerar en qué medida la exigencia proveniente de colectivos de víctimas debe incidir de algún modo en la actividad legislativa penal, sobre el punto véase: Cerezo Domínguez, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

15 Se impone una matización a propósito de la participación de la sociedad en los asuntos penales. Sobre el punto, tiene señalado Paul H. Robinson, profesor de la Universidad de Pennsyl-

El proceder populista en materia jurídico-penal pretende de modo general tranquilizar a la población y ganar su aprobación mediante la utilización de medidas de represión penal, pero sin matizar tales medidas conforme a principios constitucionales que reducen la severidad de las sanciones, por ejemplo, con base en el principio de proporcionalidad.¹⁶ Notoriamente, habrá que decirlo, en la acción legislativa penal de corte populista se advierte la ausencia de la ponderación entre fines del Derecho penal y eficacia real de la medida adoptada, cuestión que parece no importar mucho, puesto que lo verdaderamente significativo para quienes la promueven es satisfacer la airada exigencia del pueblo molesto, temeroso y demandante de seguridad.

Tratando de aclarar el concepto, puede decirse del populismo penal que es la denominación con las que se identifican aquellas medidas legislativas adoptadas por la clase política para, presuntamente, satisfacer demandas (reales o ficticias) de la ciudadanía. Generalmente son medidas legislativas consistentes en incrementar las san-

vania, lo siguiente: “Un Derecho penal que distribuye la responsabilidad penal y la pena de manera que la comunidad la percibe como justo, consigue credibilidad moral en la comunidad, lo que se traduce en un mayor respeto, apoyo y cooperación con el sistema de justicia penal. En cambio, un Derecho penal que de forma regular es visto como injusto o que fracasa al hacer justicia, pierde credibilidad moral entre la comunidad y, por tanto, reduce su influencia”, visible en el capítulo de su autoría: *El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena*, en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Constitución y sistema penal, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 41.

- 16 Principio al que podrían adicionarse los de lesividad, intervención mínima, culpabilidad, legalidad, tipicidad objetiva, entre otros.

ciones jurídico-penales y formular nuevas tipificaciones penales, denotando un uso abusivo del Derecho penal, básicamente con el objetivo de obtener votos y satisfacer intereses de un partido político o de un grupo social en particular.¹⁷ Por su parte, Denis Salas,¹⁸ al referirse al concepto que nos ocupa, puntualiza que se trata de:

una estrategia que despliegan los actores políticos y del sistema penal cuando hay problemas de inseguridad ciudadana y que consisten en calmar el clamor popular mediante apelaciones al aumento de las penas, el endurecimiento de los castigos, la disminución de la imputabilidad juvenil, y la aprobación de una serie de leyes que posteriormente, a la hora de la implementación no tienen un impacto real en la prevención y disminución del delito.

Destaca de esta última definición la referencia al hecho que la implementación de medidas penales populistas, al final, carecen de impacto real en la prevención y disminución del delito, evidenciando la característica distintiva del Derecho penal simbólico.¹⁹

17 Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Vademécum de Criminología*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 9. Suele asociarse el concepto al jurista francés Denis Salas, pero acuñado en 1995 por BOTTOMS, A., en un texto titulado *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, según informa Frontalini Rekers, Romina, en *Populismo y Castigo*, en la red: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/10/doctrina34815.pdf>, (4/01/2020).

18 Citado por Jorge Prats, Eduardo, *Los peligros del populismo penal*, República Dominicana, Ius Novum, 2011, p. 17.

19 La expresión hace alusión al hecho de que se utiliza el Derecho penal por parte de agentes políticos para dar una impresión tranquilizadora producto del actuar de un legislador que

Cabe aclarar que no se considera al populismo penal o punitivo como expresivo de una propuesta teórica, sino más bien como manifestación de un discurso político, una especie de nueva *cultura del control* como dijera Garland,²⁰ usado fundamentalmente como método por el legislador (ente político) con afanes ajustados a los intereses propios de su agenda. Es, pues, como dice Arocena,²¹ en el uso que el legislador hace del Derecho penal donde pueden encontrarse las principales características del Derecho penal simbólico. No es, se insiste, un modelo teórico, sino una perversión política.²² Sobre el punto comentado, desde Alemania Albrecht tiene señalado en un artículo suyo titulado *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, lo siguiente:

En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al Derecho penal. Las actuales demandas de crimi-

se muestra atento a las exigencias sociales y está dispuesto a desplegar sus facultades creando leyes o disposiciones que luego no son aplicadas o, si acaso, de modo aislado procurando una apariencia de eficacia.

20 Garland, D., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traductor de M. Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005. Sobre las tesis de Garland, véase Larrauri, Elena, *Introducción a la Criminología y al sistema penal*, Barcelona, Trotta, 2015, p. 201 y siguientes.

21 Arocena, Gustavo, *Inseguridad urbana y ley penal*, op. cit., p. 22.

22 Su usa aquí el concepto perverso según las acepciones que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: Sumamente malo, que causa daño intencionadamente; Que corrompe las costumbres o el orden y estado habitual de las cosas.

nalización han sido y son formuladas en relación con el debate sobre la protección de datos, la amenaza a la naturaleza a través de la explotación destructora de la tierra, el aire y el agua, los peligros de la tecnología genética, la proliferación de mujeres extranjeras en la prostitución, etc. Asimismo, la difusión en los medios de comunicación de las imágenes de las víctimas de las peleas de perros condujo inmediatamente a un proyecto de ley para castigarlas; también los escándalos relacionados con el *doping* de deportistas de élite motivaron los esfuerzos para sancionarlos.

Aunque es más que cuestionable que el Derecho penal pueda solucionar éstos y otros problemas sociales tan complejos, sí puede constatarse que sin lugar a dudas el Derecho penal posee actualmente el carácter de *arma política*.²³

En la explicación de Larrauri,²⁴ partiendo del pensamiento de Garland, se hace notar el cambio de un modelo penal orientado por la reinserción del delincuente a otra que persigue la incapacitación del mismo, tendencia que muestra una serie de indicadores, los que ahora solo pueden ser enunciados, pero no obstante aportan pistas del contenido de esta perspectiva; así, se habla de a) una

23 Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y el Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, Editorial Comares, 2000, pp. 471-472.

24 Larrauri, Elena, *Introducción a la Criminología y al sistema Penal*, op. cit., pp. 202-203.

crisis del ideal resocializador; b) el resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes (pena de prisión vitalicia, por ejemplo); c) el aumento de un clima punitivo en la población (la idea de castigo enérgico, la vocación por la venganza y el ajuste de cuentas); d) el retorno de la víctima (se habla del protagonismo que viene adquiriendo incluso en el plano legislativo); e) se privilegia la protección pública (protección del Estado y no *frente* al Estado); f) la politización y uso electoral de los temas referidos al delito (ya hemos hablado de la vocación desbordada y pasional del legislador con la ley penal); g) la reafirmación de la pena de prisión como medio de conseguir la incapacitación de la persona delincuente (uso de la prisión preventiva); h) transformación del pensamiento criminológico; delegación de tareas de control del delito (dejando que sea la comunidad o las víctimas que se hagan cargo); i) la privatización de las tareas de control del delito y su comercialización (surgimiento y crecimiento del servicio de seguridad privada); j) un sentimiento constante de crisis (desoyendo a los expertos y desaliento respecto del efectivo control de la delincuencia).

3. Proyecciones del populismo penal

Las razones contextuales que dan origen al populismo penal o punitivo encuentran sustento en condiciones políticas y económicas, destacadas por Larrauri,²⁵ entre estas el *neoliberalismo económico*, caracterizado por una reducción de prestaciones propias del Estado social a gobernar a través del delito, es decir, a través de un Estado punitivista; el *neoconservadurismo político*, cuyo énfasis en la peligrosidad de la delincuencia ha generado una

25 Larrauri, Elena, *Introducción a la Criminología y al sistema Penal*, op. cit., p. 203 y siguientes.

nueva imagen del delincuente (el delincuente sexual, el maltratador, el terrorista, el político corrupto); un *sentimiento de inseguridad ontológica*, producido por la ausencia de una comunidad local, la desaparición de una comunidad nacional y la debilitada estructura familiar, en suma, una sociedad inmersa en nuevos riesgos, que afectan a todas las clases sociales; y un *aumento continuado del delito*, tanto en su extensión como en su cualificación, aspecto que confirman los datos estadísticos, más que conocidos.

Lógicamente, los mencionados factores inciden de uno u otro modo en la agencia estatal encargada de fijar las reglas jurídicas. La acción populista en materia legislativa penal conlleva una serie de impactos que conviene revisar, así sea someramente. El expansionismo del Derecho penal, fenómeno contrapuesto al del Derecho penal mínimo alcanzó en las últimas décadas, valga la expresión, el gusto y preferencia de las agencias legislativas en buena parte del mundo. Mientras que el minimalismo penal quedaba como elemento discursivo propio de la óptica garantista, el *panpenalismo* logró colocarse en el ánimo de los gobiernos de signo autoritario, pero también en los de tendencia participativa y democrática,²⁶ dando así la impresión de que vale lo mismo para uno y otro esquema político.

26 Quenta Fernández, Javier, *El populismo del Derecho penal. La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares*, op. cit., p. 139. A propósito de este punto, Jorge Prats, afirma: “hay un populismo de derecha que exige la penalización del aborto y de la marginalización social, hay otro de izquierda que aplaude la castración química de los criminales sexuales. **Lo que importa es el castigo; las garantías constitucionales del justiciable son un simple estorbo**”, en *Los peligros del populismo penal*, op. cit., p. 72 (énfasis añadido).

El hecho es que, al margen de la evaluación política del modelo político populista, se le ha utilizado penalmente dejando algunas secuelas. Así pues, el populismo penal:

- a) Sustituye, suprime relativiza o ignora el principio del Derecho penal como *ultima ratio*, para colocar en su lugar el de *prima ratio*, cuya traducción simplista viene a significar: Derecho penal por todo y para todo.²⁷
- b) Impacta negativamente en la actividad jurisdiccional cuando el juez actúa contrariamente a los principios de independencia e imparcialidad (dejándose influir por presiones de víctimas, medios de comunicación, organizaciones sociales o fuerzas políticas).
- c) Fortalece la tendencia a criminalizar selectivamente, con base en perniciosos estereotipos, a personas inmersas en sectores vulnerables o excluidos de la sociedad a quienes se puede imputar la comisión de ciertos delitos en virtud de su situación específica (pobreza, marginación, edad).
- d) Al asumir que se trata de un Derecho penal enmarcado en las sociedades de riesgo, el populismo penal

27 Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, op. cit., p. 475, recuerda que: “el Derecho penal del Estado de Derecho siempre se entendió como instrumento de defensa frente a un Estado que actuaba de forma indiscriminada y prepotente. Se quisieron oponer límites a la intervención incontrolada del Estado, entre otros, con los medios que caracterizan la más estricta legalidad, como la prohibición de analogía y la claridad del contenido de la ley y del lenguaje legal. Esto no significa que no se quisieran establecer también límites a los particulares frente a los ataques a la libertad de los demás, límites al sometimiento del individuo a través de la violencia privada o de la astucia. El programa del Derecho penal clásico marcaba los límites de la autonomía: para el Estado, por un lado, para los agresores por el otro”.

entroniza la teoría de la prevención integración de la pena cuya función consiste en garantizar la orientación de acciones y la estabilidad de expectativas. Albrecht indica al respecto que, así entendida, la pena, como reacción a la lesión de normas, tiene asignada la función de evitar las consecuencias negativas de la violación de la Ley “para la estabilidad del sistema y para la confianza en la vigencia del Derecho; en tal sentido, la pena provoca “el restablecimiento de la confianza en la fidelidad al Derecho de los ciudadanos”.²⁸ Algo similar sucede con la culpabilidad la que, bajo este esquema, se orienta al cumplimiento de los requisitos funcionales de la sociedad interesada en mantener la confianza en el Derecho, lo que lleva a reconocer que se abandonan dos baluartes del Derecho penal liberal: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y la noción de la culpabilidad como límite de la responsabilidad y de la pena.²⁹

- e) Alimenta la tendencia a producir un Derecho penal simbólico que no defiende bienes jurídicos realmente, pero sí promueve un discurso oficial de eficacia (presunta) y diligencia (inútil) a propósito de una (real) problemática criminal.
- f) Conduce a la adopción de la lógica propia del Derecho penal del enemigo, lo que Eduardo Jorge Pratts explica con estas palabras: “como el populismo penal desea responder a las expectativas de las víctimas, se tolera la deshumanización de los autores, los que son sistemáticamente asimilados a los “monstruos”, “pre-

28 Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, op. cit., p. 474.

29 Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, op. cit., p. 475.

dadores”, en fin “enemigos de la sociedad”. Todo esto legitimado por un discurso penal autoritario en donde el imputado es presentado como una “no persona”, como un ser que no merece protección jurídica”.³⁰

- g) Propicia el desarrollo de una política criminal mediática, cuyos efectos resultan luego francamente perniciosos si logran intimidar, orientar o condicionar las decisiones jurisdiccionales o legislativas, y todo valiéndose del miedo al delito.³¹ Laura Pozuelo precisa que es con base en el miedo al delito que se genera en los operadores políticos una dinámica consistente en invocar la *demanda social* de soluciones por parte de las instituciones, y las soluciones que los poderes públicos proponen se concretan en propuestas de reformas que endurecen la ley penal (populismo penal).³²

30 Jorge Prats, Eduardo, *Los peligros del populismo penal*, op. cit., p. 24.

31 Pozuelo Pérez, Laura, *La política criminal mediática*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 82 nos alerta sobre la necesidad de entender que no es lo mismo la preocupación que el miedo al delito, ya que se trata de conceptos diferentes: la preocupación al delito es “la estimación general que tiene la sociedad sobre el problema de la delincuencia, mientras que el miedo al delito es la percepción que tiene el ciudadano de sus propias probabilidades de convertirse en víctima de un delito”.

32 Pozuelo Pérez, Laura, *La política criminal mediática*, op. cit., p. 86, la autora ofrece los pasos seguidos en el proceso mediático seguido por los operadores políticos, a saber: **1.** Los operadores políticos introducen en el discurso político la alerta de que existe un aumento preocupante de la delincuencia (sin adjuntar datos que necesariamente lo corroboren o, incluso si los aporta, sean éstos o no fiables); **2.** Los medios de comunicación se hacen eco de ese aumento de la delincuencia, incrementando de forma relevante el número de noticias sobre el tema y presentándolas de forma destacada; **3.** Los ciudadanos reciben ese mensaje y se aprecia un aumento en su preocupación y miedo

Sobre ese particular, siguiendo a Pozuelo, es correcto cuestionarse a propósito de si, en efecto, el miedo al delito es real, si es verdadera la demanda social de endurecimiento de penas y, más aún, si hay coincidencia entre la opinión pública y la opinión publicada.

- h) Dada la demanda social por acciones contra la criminalidad, por un lado, y la animosidad obsecuente de la autoridad, de otro lado, se corre el riesgo de enervar la actuación de los órganos encargados de realizar las investigaciones policiales, al punto de estimular la utilización de medios infames como la tortura.³³
- i) Implica un uso político del Derecho penal, el que pasa a convertirse en un instrumento de comunicación. Conforme al razonamiento de Albrecht, visto como ins-

hacia el delito; se sienten, asimismo, inseguros, pudiendo generarse también sentimientos de indignación; 4. Los operadores políticos, ante esa preocupación ciudadana, responden a través de reformas legales del Derecho penal de corte más represivo.

- 33 Los esfuerzos institucionales no han sido pocos, por ejemplo: en el año 2014 la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos*, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-de-actuaci%C3%B3n-para-quienes-imparten-justicia-en-asuntos-que-involucren-hechos-constitutivos>; por su parte la Procuraduría General de la República, emitió el *Protocolo Homologado para la Investigación del Delito de Tortura*, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/342267/Protocolo_Tortura_agosto_2015.pdf; también la Procuraduría General de la República modificó su *Dictamen Médico/Psicológico Especializado para casos de Posible Tortura y/o Maltrato*, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 5 de octubre de 2015; sin embargo, a juicio de Amnistía Internacional considera que no hay resultados visibles, según consignan en un documento del 2015, disponible: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4126762015SPANISH.PDF>

trumento de comunicación, el Derecho penal “permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico”, de manera que ese tratamiento del Derecho penal “no requiere necesariamente de la sanción o la separación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del Derecho penal como medio de comunicación política. **La lógica de la utilización política se apoya en la función analítica y categorial característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal**”.³⁴

Es muy probable que haya otras muchas dimensiones problemáticas que deriven del discurso populista en materia jurídico penal. Siendo realistas, habría que insistir en el hecho de que las normas penales, el Derecho penal en su conjunto, difícilmente puede transformar una sociedad conflictiva en una sociedad idílica. Más que ingenuo, es irresponsable adjudicar a las leyes penales la tarea de acabar con la delincuencia y devolver la seguridad que la sociedad reclama. Usar del Derecho penal como única vía para alcanzar tales requerimientos populares no deja de ser un *desiderátum*, que además ni siquiera depende, o no en su totalidad, de la pura expresión normativa, ya que haría falta la concurrencia de otras medidas no jurídicas. Dígase, pues, enfáticamente, que a través del Derecho penal no es posible cambiar la sociedad. Su principal función consiste en limitar el poder penal del Estado, asegurando la prevalencia de las garantías fundamentales del Estado de Derecho.

34 Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, op. cit., p. 479 (énfasis añadido).

3. Función de Derecho penal

Una puntualización pronunciada con tino por Quintero Olivares cobra sentido ahora; decía el profesor que el Derecho penal:

por la gravedad y trascendencia que tienen los castigos que impone, por la importancia máxima de los valores y bienes que protege o quiere proteger, por su capacidad de ser instrumento de convivencia o instrumentos del terror, tiene una dimensión política no superada por ninguna otra parcela del sistema jurídico. Bien es cierto que *todo* el Derecho positivo implica la plasmación de una política. Otra cosa será que esa política atienda o no al interés de la mayoría y con respeto democrático a la minoría o a la disidencia pacífica, y que realmente dedique la atención del sistema jurídico a cuestiones dignas de ser tratadas por él. El Derecho penal entraña decisiones políticas de primera magnitud y aprobar o desaprobar una norma o principio jurídico-penal puede entrañar un juicio o toma de posición de carácter político.³⁵

Justo por esa dimensión política que le es consustancial, el Derecho penal debe tener niveles de contención o límites bien definidos. En el Estado constitucional, es en la norma constitucional donde se precisan, por vía de principios, los extremos a los que debe circunscribirse

35 Quintero Olivares, Gonzalo, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1981, p. 31.

la política, en este caso la Política criminal,³⁶ mediante la cual el Derecho penal cumple la función de preservación de bienes jurídicos. Es pues, el programa penal de la Constitución donde se definen los límites del *ius puniendi*.³⁷ Configurados al modo de principios, estos postulados contribuyen enormemente al diseño del poder penal del Estado y no puede hablarse de un número definido y cerrado de los mismos, aunque sí es posible identificar algunos de los más importantes. Para los propósitos de esta reflexión, se pondrá atención solo en estos dos: el de exclusiva protección de bienes jurídicos y el de mínima intervención.

36 Un amplísimo y detallado estudio de los principios penales en Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, B de F, 2014, p. 748, afirmando que la Política criminal se construye, entonces, como una estructura de principios penales que operan como directrices y que sirven para enmarcar –hacer posible y delimitar– las funciones penales. Sólo después de haber sido reconocidos en estas instancias fundamentales, los principios penales sirven como modos de interpretación y ordenación de los componentes empíricos. De esta forma la reflexión penal se conecta con la realidad merced a los principios y a través de la actuación de las ciencias sociales que brindan a la Política criminal el estudio de campo fundamental para la toma de decisiones”.

37 Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, op. cit., p. 152, donde escribe: “la Constitución ofrece una cierta determinación de los principios generales del Derecho penal, ya sea explicitándolos a través de ciertas fórmulas normativas, ya sea concretándolos conforme a bienes o valores que representan un sentido particular de la existencia política”.

A) PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Hablar del bien jurídico es hablar de una de las principales razones que justifican la aplicación de una sanción. Más claro: lesionar un bien jurídico (protegido penalmente) da lugar a la imposición de una pena previamente determinada, además de constituirse en uno de los principales límites al ejercicio del poder penal del Estado.

El Derecho penal se ocupa de la protección de bienes jurídicos, los que pueden ser comprendidos, según Mir Puig, en una doble vertiente: en sentido *político criminal* se entienden como aquellos intereses fundamentales – individuales o colectivos– de los ciudadanos; y en sentido *dogmático*, son los bienes efectivamente protegidos por el Derecho penal vigente, ambos sentidos se aproximarán o distanciarán según el grado de correspondencia que exista entre los bienes protegidos por el derecho vigente y los que se crea que merecen serlo.³⁸

Pero, el bien jurídico es más que una mera creación legislativa, es un concepto que posee contenido material, cuyas principales funciones u objetivos son: servir de *fundamento de la intervención penal*, es decir, si no hay lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no hay delito; cumple una *función interpretativa*, aportando al criterio más fiable para delimitar conceptos y clarificar los términos utilizados por el legislador en la descripción típica; también desarrolla una *función sistemática*, lo que se aprecia en la ordenación o clasificación de los diferentes delitos en los capítulos de la parte especial de los códigos penales. Y propicia también una *función crítica*, que da pie a la evaluación del trabajo legislativo y jurisdiccional, bien

38 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, 2016, p. 130.

que sea cuestionando las interpretaciones o proponiendo el ajuste o derogación de aquellos preceptos puramente formales, esto es, que no representan lesividad posible.³⁹

En suma, la finalidad del Derecho penal consiste procurar a los ciudadanos “una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos”.⁴⁰ Esta finalidad no puede lograrse al margen del respeto a los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales, que también son bienes jurídicos, y estos son, como el mismo Roxin reconoce, “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de un fin”.⁴¹

Decidir qué realidades o fines son necesarios para la vida social y libre entraña, a no dudar, un nivel de complejidad importante, aspecto que reclama mayor atención de la que se le puede dispensar ahora. La doctrina más extendida⁴² admite que, bajo las prescripciones del prin-

39 En tal sentido, Ferré Olive, Juan Carlos y otros, *Derecho penal colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2010, p. 85.

40 Roxin, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, en Hefendehl, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 446.

41 Roxin, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, op. cit., p. 448.

42 Seguimos, en este caso, la expuesta por Roxin, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, op. cit., p. 449 y siguientes; véase también, Mir Puig, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011,

cipio que nos ocupa, son ilegítimas aquellas normas que vienen motivadas de modo exclusivo por la ideología o atentan contra derechos humanos y fundamentales; que las normas penales no deben sancionar conductas consideradas inmorales, en tanto no lesionen la libertad y la seguridad de otros; la protección de ciertos sentimientos solo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trate de sentimientos de inseguridad; y que los tabúes no son bienes jurídicos, de modo que el Derecho penal no debería ocuparse de su protección (Roxin se refiere al incesto⁴³).

p. 114 quien hace notar la necesidad de que el bien jurídico en cuestión posea la relevancia suficiente, fundamental, para alcanzar una protección penal, recordando que el concepto de bien jurídico, es más amplio que el de bien jurídico penal; una tesis discrepante puede verse en Feijoo Sánchez, Bernardo, *Funcionalismo y teoría de bien jurídico*, en Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan J., *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 185 y siguientes.

- 43 Roxin, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, op. cit., p. 451, explica que el incesto es sancionado penalmente por el Derecho penal alemán y el de muchos otros países (el nuestro lo hace en todos sus códigos penales), “a pesar de que no resulta evidente cuál es el daño que se produce cuando por ejemplo un hermano y una hermana mayores de edad deciden de mutuo acuerdo mantener relaciones sexuales. La justificación usualmente aducida es que se trata de evitar el nacimiento de niños con taras genéticas no se sostiene. Por un lado, porque por lo general tales relaciones no producen descendencia; en segundo lugar, porque en caso de que la hubiera es muy improbable que efectivamente tuviera taras y, en tercer lugar, porque en el resto de los casos el Estado, por respeto a la esfera íntima, no intenta evitar por medios penales el nacimiento de niños con taras. El precepto protege un tabú que procede de los inicios de la socialización de los seres

Tiene señalado Roxin que los *tipos penales simbólicos*, constituyen aquellas leyes que no son necesarias para la protección de una convivencia pacífica, sino que persiguen fines extrapenales, como la tranquilidad del electorado o la presentación de una buena imagen del Estado, y de donde enfáticamente sostiene: las leyes penales simbólicas “no sirven a la protección de bienes jurídicos”,⁴⁴ concluyendo más adelante con esta afirmación incontestable: “los bienes jurídicos no tienen una eterna validez iusnaturalista, sino que se ven afectados por los cambios en la estructura constitucional y las relaciones sociales (...) el Derecho penal contemporáneo de la democracia parlamentaria es el único trasfondo de mi noción de bien jurídico”.⁴⁵

humanos y que hoy en día es generalmente respetado con independencia de la intervención del Derecho penal”.

- 44 Roxin, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, op. cit., p. 451. En este texto, el citado profesor ejemplifica con un supuesto del Derecho penal alemán, aquél que sanciona penalmente la negación o minimización de los delitos de genocidio cometidos durante el nacionalsocialismo, explicando que “la negación total o parcial de hechos históricos que no suponen una aprobación del delito no perjudica la vida en común de las personas vivas, sobre todo porque estos hechos se han probado y su realidad histórica es generalmente reconocida. El auténtico sentido del precepto es mostrar que hoy en día Alemania es un Estado purificado que no silencia u oculta los delitos de la época de Hitler. Tal finalidad es digna de encomio. Sin embargo, su persecución no sirve a la protección de bienes jurídicos, y por este motivo es ilegítimo usar el Derecho penal para su obtención”.
- 45 Roxin, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, op. cit., p. 458. Contrariamente a lo que piensa Jakobs, en el sentido de que el Derecho penal no tiene como fin la protección de bienes jurídicos, sino impedir la pérdida de vigencia de la norma, perspectiva desde la que se considera que

El significado y alcance del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos entraña asumir que, en el marco del Estado social, democrático y de Derecho, sólo cabe proteger como bienes jurídicos aquellas condiciones de vida en la medida que afecten las posibilidades de participación del individuo en la sociedad. Y aún más, si de protección penal se trata, los bienes jurídicos deberán ser de aquellos que entrañan una importancia y trascendencia fundamental. Tal y como acertadamente precisa Mir Puig, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, posee un fundamento plural que procede de los tres aspectos de la fórmula Estado social y democrático de Derecho. Al hilo de esto, Derecho penal propio del *Estado social*, no debe ocuparse de proteger mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social; mientras que la expresión del *Estado democrático*, alude al establecimiento de las condiciones de vida que posibiliten la participación de los individuos en el señalado sistema social; y la propia del *Estado de Derecho* y su directo reflejo en el principio de legalidad material sugieren la configuración de un bien diferenciado catálogo de bienes jurídicos asociados a los distintos tipos de delitos, evitando cláu-

la ejecución de la pena supone siempre el cumplimiento de su fin confirmando la constitución de la sociedad (tesis ésta que Roxin asocia directamente con la postura hegeliana según la cual *la pena es la negación de la negación del Derecho*), plantea el profesor Roxin una posición contraria, de acuerdo con la cual “el sistema social no debe ser conservado en su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en tal sociedad”, op. cit., pp. 456-457.

sulas genéricas como, por ejemplo, *perturbación del orden social*, *perjuicio social*, entre otros.⁴⁶

Y si los bienes jurídicos constituyen valores fundamentales, se entiende que los mismos están amparados constitucionalmente, y de modo preponderante si se trata de bienes jurídicos protegidos penalmente.⁴⁷

Reconociendo la polémica doctrinal en torno al concepto de bien jurídico, como elemento o criterio legiti-

46 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 10ª edición, Barcelona, 2016, p. 132.

47 Una revisión a los diferentes planteamientos teóricos sobre el bien jurídico puede verse en Niño, Luis Fernando, *El bien jurídico como referencia garantista*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, donde explica: la denominada **tendencia constitucional estricta**, defendida entre otros por Franco Bricola en Italia, y Hans Joachim Rudolphi en Alemania, entiende que el concepto de bien jurídico hunde sus raíces en el texto constitucional, definiéndolo como cumplidor de una función importante para la vida social en el ámbito de la Constitución (Rudolphi), complementado por Bricola, quien apunta que el ilícito penal puede concretarse en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante, entendiendo por tal relevancia la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Constitución, op. cit., p. 24. Por supuesto, la tendencia constitucional estricta tiene como contraparte a la que podría denominarse teoría constitucional amplia, entre cuyos impulsores se cuentan Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán, en sus *Lecciones de Derecho Penal*, vol. 1, Madrid, Editorial Trotta, 1997; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, p. 54, definiendo a los bienes jurídicos como “los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social; García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 46.

mador de criminalizaciones concretas,⁴⁸ dejemos señalado por ahora que se trata de un concepto que ha debido ajustarse a las necesidades que, en un tiempo y lugar determinados, el sistema social considera indispensable proteger penalmente.⁴⁹ Obviamente, la clase dominante ha logrado considerar también como “bienes jurídicos” intereses que les son propios o exclusivos, sin que revisitan un valor fundamental para el resto de la sociedad. Es, como bien apunta Muñoz Conde, una *perversión* del concepto de bien jurídico.⁵⁰

B) PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Este principio supone que el Derecho penal solamente debe intervenir cuando los bienes jurídicos que se afectan son, realmente, los más importantes o significativos para la vida del colectivo social. El Derecho en general cuenta con otras ramas que pueden (si no es que, en algunos casos, deben) hacerse cargo de vulneraciones de menor entidad.

Ante el fracaso de otras ramas jurídicas en su función protectora de bienes jurídicos, es que se actualiza el su-

48 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Funcionalismo y teoría de bien jurídico*, en Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan J., *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, op. cit., p. 185 y siguientes.

49 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, en Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan J., *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, op. cit., p. 194. En similar sentido, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 54.

50 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 55.

puesto de entrada en acción del Derecho penal.⁵¹ Precisar cuándo y por qué el Derecho penal debe intervenir, ante la ineficacia de las otras expresiones jurídicas, tiene que ver, justamente, con asegurar la legitimidad y la eficacia de esa intervención penal.⁵²

La recurrente huida al Derecho penal que se advierte en los tiempos que corren ha traído, por consecuencia, la impresión de que esta herramienta legal puede plantarle cara a toda clase de conflictos. De nada sirve el hecho de que, con seguridad, otras ramas jurídicas podrían atender la problemática con mejores niveles de satisfacción de las necesidades sociales, cuyas nuevas exigencias han transformado al Derecho penal en una especie de *mecanismo omnipotente* pero que, al final, termina por convertirse en un instrumento puramente *simbólico*, apto —dice García Rivas⁵³— para satisfacer más la *imagen* que la *realidad* de la protección de intereses emergentes.

Ahora bien, para afirmar que el poder penal del Estado se ha activado para intervenir legalmente es imprescindible la labor legislativa, consistente en ubicar una norma de conducta en la ley penal. Hecho lo anterior, resulta incorrecto adjudicar un carácter subsidiario del Derecho penal ya que su función será, obviamente, la que corresponde a esta rama del ordenamiento jurídico general. La relación que guarda el Derecho penal con las

51 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 67; en sentido similar, García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 53 y siguientes.

52 García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 53.

53 García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 54.

otras ramas jurídicas es de interdependencia, de modo que no puede hablarse de la supeditación de este frente a aquellas. Lo que sí puede decirse, con palabras de Muñoz Conde, es que corresponde al Derecho penal “la tarea más ingrata y temible: la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de *última ratio*”.⁵⁴ El catedrático hispalense agrega algo que se considera destacable:

En realidad, el Derecho penal no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Prácticamente, todas las demás ramas jurídicas poseen sus propias sanciones que se aplican en caso de incumplimiento de sus normas. Así, por ejemplo, en el Derecho de las obligaciones se prevé que el deudor indemnice al acreedor los daños y perjuicios producidos por su incumplimiento. En el Derecho de la circulación viaria se sanciona con multa o incluso con la retirada temporal del permiso de circulación las infracciones de tráfico. En el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos se sanciona a éstos en caso de infracción de alguno de los deberes específicos que le impone la función pública que desempeña.⁵⁵

54 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 68.

55 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 68.

La referida cualidad de las ramas jurídicas de responder con sanciones ante las transgresiones a sus supuestos de hecho se hace más evidente entre el denominado Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal propiamente dicho. Si bien ambas ramas se ocupan de conductas ilícitas —penales y administrativas— la única diferencia entre una y otra es, de plano, de carácter cuantitativo, tocándole al Derecho penal la “íngrata” tarea de aplicar las sanciones más rigurosas (como la pena privativa de libertad, que le es exclusiva) por la comisión de conductas graves y, en efecto, lesivas de bienes jurídicos.

Existe una notoria conexión entre el principio de protección de bienes jurídicos y el que ahora se comenta. La intervención (que se supone mínima) del Derecho penal lo es para proteger bienes jurídicos. El bien jurídico es, además de todo lo señalado antes, “una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado, **y a veces manipulado y pervertido** en sus elementos esenciales”.⁵⁶ Sirve, sin embargo, para darle al legislador un criterio más que aceptable para tomar decisiones, así: solo las acciones que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico pueden ser objeto de protección penal. Por lo tanto, definir el bien jurídico no es tarea banal, compleja sí, pero no inútil.⁵⁷ Vale más una definición perfectible, que la au-

56 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 73, énfasis añadido.

57 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 74 hace una advertencia a propósito de la noción de bien jurídico: “esta estrategia definitoria tiene la ventaja de ofrecer más un argumento para elaborar y aplicar el Derecho penal, que un *salvoconducto* de la *ratio legis*. Más no se puede esperar de este tipo de conceptos fundamentales; pero tampoco su vaguedad e insuficiencia deben llevar a

sencia de una categoría conceptual que permita reconducir los ánimos desbordados de un legislador inmerso en la vorágine populista.

Los elementos por tomar en cuenta en la acción legislativa de protección de un bien jurídico fueron puestos en claro por M. E. Mayer, para quien es indispensable que aquél posea una triple cualidad:

- 1) **Merecer la protección.** Depende, claro está, del valor que se le atribuya en una cultura determinada. El riesgo estriba, en definitiva, en asignar la condición de bien jurídico merecedor de protección penal a intereses minoritarios que no tienen el valor fundamental para el resto de la colectividad.
- 2) **Necesitar la protección.** Implica que no todo bien debe ser protegido penalmente. Otras ramas jurídicas podrían hacerse cargo de su salvaguarda. Aquí se nota mejor la eficacia del principio de intervención mínima, al dejar que otras ramas del ordenamiento jurídico protejan el bien en cuestión; si éstas fracasan, emergerá la opción jurídico penal.
- 3) **Susceptibilidad o capacidad de protección.** Se trata de un aspecto que versa sobre la eficacia de la intervención. Al caso, no todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección son idóneos o aptos para esa pretendida protección. De nada sirve utilizar el Derecho penal en conflictos en los que su eficacia es escasa o nula. No al menos si lo que se quiere producir es puro Derecho penal simbólico.

su abandono o, como algunos pretenden, a su sustitución por conceptos aún más vagos e imprecisos como el de *funcionalidad del sistema social*, perdiéndose así un importante punto de apoyo para la crítica del Derecho penal positivo”.

Otro aspecto que no puede dejarse de lado trata de las consecuencias que el principio de intervención mínima acarrea a la gravedad (*quantum*) de las penas, sobre esto indica Muñoz Conde que “la idea rectora es la de que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave, si con ello se restablece ya el orden jurídico perturbado por el delito”.⁵⁸ Actuar en sentido contrario a este postulado propicia una especie de desbordamiento punitivo, caracterizado por penas excesivas que niegan otros principios importantes como el de humanidad de las penas y el de proporcionalidad de las penas.⁵⁹ En definitiva, el principal criterio para determinar la gravedad de una sanción penal deberá partir de la *importancia* del bien jurídico afectado; otro criterio será el de la *forma* en la que fue atacado el bien jurídico (dolosa o imprudentemente).

Con lo dicho hasta aquí, puede concluirse que la protección de bienes jurídicos obedece, en mayor medida, a

58 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 77.

59 “En la actualidad, los Estados democráticos de Derecho, no solo prohíben las penas crueles, inhumanas o degradantes, por su indudable incompatibilidad con la noción de dignidad de la persona humana, sino que además pretenden compatibilizar tal dignidad con una de las finalidades más destacadas que se asignan a las penas: la reinserción del delincuente. Por otra parte, en referencia al principio de proporcionalidad, este debe expresar una clara relación de proporcionalidad con la conducta cometida, dicho de otra forma, si el hecho es de poca gravedad no podrá castigarse del mismo modo que otro hecho que, en efecto, exhiba mayor gravedad. Lo anterior significa que entre hecho y sanción existe un elemento valorativo, una ponderación”; así en Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Introducción al Derecho penal*, México, Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2025, p. 47.

razones de política criminal que a cuestiones dogmáticas.⁶⁰

4. Populismo penal e ideología

Es innegable que, en los tiempos que corren, nuestras sociedades atraviesan por una compleja realidad caracterizada, en primer lugar, por el problema penal. La existencia de delitos y delincuentes –sustancia del problema penal– plantea interrogantes básicas como las de qué puede –o debe– hacerse para modificar tal estado de cosas, para cambiar esa realidad. En la búsqueda de respuestas, surgen las que desde el Derecho penal procuran responder a tan dramática y cruda exigencia. En ese afán, el uso de la herramienta jurídico penal transita en un sinuoso terreno que va desde la novedosa tipificación de algún hecho, hasta la más absurda elevación de penas. Y todo para que, al final, la impresión social, insatisfecha ante los resultados, clame por un Derecho penal más enérgico, aunque siga siendo igualmente ineficiente.

Admitiendo la gran diversidad de opiniones y a propósito del contenido y forma de abordar el Derecho penal, Quintero Olivares señala que no es casual que la cuestión criminal haya sido y siga siendo objeto de atención

60 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, op. cit., p. 77, autor que afirma lo siguiente: “son varios los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativos o de justicia; y otros factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen la Política criminal, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador”, op. cit. p. 183; en otro lugar del texto y autor citados, puede leerse que “a la Política criminal incumbe la elaboración de los criterios a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones en el ámbito del Derecho penal”.

no sólo de juristas y criminólogos, sino de estudiosos de la filosofía (incluyendo la jurídica), la sociología y hasta la teología; dándole una especial importancia respecto de cualquiera otro problema jurídico. A lo dicho, adiciona el autor citado un aspecto no siempre comentado, siendo tal que:

Es difícil conocer la ideología política o religiosa de un jurista o de un político cualquiera opinando sobre cuestiones jurídicas, pero si se trata de problemas penales en seguida emerge la ideología. Y eso no es en sí mismo ni malo ni censurable; todo lo contrario: pone de manifiesto que el posicionamiento o criterio sobre el significado del problema penal y los modos de abordarlos son fuertemente dependientes de la ideología.⁶¹

- 61 Quintero Olivares, Gonzalo, *El problema penal. La tensión entre la teoría y la praxis en Derecho penal*, op. cit., p. 16, aunque el autor invocado no presenta consideraciones en torno a lo que cabe por entender por ideología, tal parece referirse al más extendido de sus conceptos, revisable en Stoppino, Mario, voz: **ideología** en Bobbio, Norberto y Mateucci, Nicola (directores), *Diccionario de política*, México, Siglo XXI Editores, 1981, p. 785 y siguientes. Sttopino, siguiendo a Bobbio, enseña que son dos tendencias que permiten conocer el significado del vocablo, uno *débil*: “que designa el *genus*, o una *specie* variadamente definida, de los subsistemas de creencias políticas: **un conjunto de ideas y de valores concernientes al orden político que tienen la función de guiar los comportamientos políticos y colectivos**”; y otro *fuerte*, originado el concepto de ideología propuesto por Marx, entendido como “falsa conciencia de las relaciones de dominación entre las clases”. En este texto se adopta la vertiente *débil*, en tanto expresa el sentido del discurso (énfasis añadido).

En efecto, la perspectiva ideológica desde la que se observa un determinado problema determina las probables soluciones al mismo. Esto quiere decir que las concepciones sociales, políticas, económicas, morales y, en suma, aquella que se tenga de la configuración política del Estado (democrático o autoritario) influirán, en mayor o menor medida, en la forma y modo de proceder frente a la cuestión criminal, la que, dicho sea de paso, no obedece a motivaciones únicas ni predecibles. El enunciado que reza *el problema orienta la solución*, llevaría a la aceptación de esta reformulación del mismo: el problema (criminal) orienta (ideológicamente) la solución.

Las normas penales son, quien lo duda, una manifestación del acto político que es, al mismo tiempo, un acto fundamentalmente ideológico. La ley expresará, con mayor o menor claridad, los intereses políticos y sociales de quienes los emiten. No puede ser de otra manera. El individuo (bien sea legislador, juez, fiscal, defensor o académico) es portador de todo un sistema de creencias del que no puede desprenderse, por más que se empeñe en demostrar objetividad. El elemento que podría equilibrar las cosas entre el poder de las creencias personales (ideología) y la necesidad de resolver problemas con la mayor objetividad posible, podría ubicarse en una estructura sostenida por tres columnas.

4.1. LOS LÍMITES AL PODER PUNITIVO ESTATAL

Guillermo Yacobucci ha identificado con gran luminosidad la función de los principios penales, tanto en el ámbito de la Política criminal, como en el de la función jurisdiccional.⁶²

62 Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, op. cit., p. 767 y siguientes.

En cuanto al primer plano, servirán para conferirle a la Política criminal un perfil filosófico e ideológico, cuestión que se concreta en varios modelos político-criminales, propuestos por Delmas Marty,⁶³ mismos que son: A) modelos estatales: Estado-sociedad liberal; Estado autoritario y Estado totalitario, y, B) modelos sociales: Sociedad peri-estatal y Sociedad de vigilancia continua, modelos todos que describen el nivel de relación entre Estado, sociedad, delito y desviación. Los principios penales, entonces, establecen una relación dialéctica entre seguridad y garantías, basada en la estimación de que, como afirma Yacobucci, “la vida social obtiene su tranquilidad, paz y seguridad de la mano del reconocimiento de las libertades individuales y no de un sistema de control asfixiante que a la postre produce los mismos resultados desintegradores de la criminalidad”. Así —sostiene el citado jurista—, partiendo del modelo de Estado democrático de Derecho, el ejercicio de la potestad punitiva no puede dejar de lado las garantías propias del Estado de Derecho, aunque eventualmente vaya más allá de las garantías puramente formales cuando se requiera agregar nuevos cometidos que aseguren, realmente, un servicio para todos los ciudadanos; por lo tanto, “el Derecho penal no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos”.⁶⁴

Cuando se ocupa de los principios penales en el entorno jurisdiccional, Yacobucci entiende que tales sirven como pautas críticas de las decisiones y operan como lí-

63 Citados por Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, op. cit., p. 768.

64 Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, op. cit., p. 768.

mites del legislador penal y el juez, al suponerseles que están presentes en el ordenamiento jurídico. Nos recuerda que las estructuras constitucionales contienen, además de mecanismos para resolver conflictos, una serie de fines, valores y bienes, así como metas y objetivos, que deben ser tomados en cuenta al momento de dirimir el caso. En este sentido, los principios penales no solo aseguran esas metas, sino que operan como cauce de las decisiones judiciales y legislativas. La definición jurisdiccional, abunda el profesor argentino, no debe ser entendida como mera apreciación científica sobre lo acontecido, sino como la manifestación “del ejercicio del poder estatal que, dentro de una república, requiere la presentación de los motivos que sustentan la razonabilidad de una sentencia y exteriorice la imparcialidad e independencia que son sus atributos”.⁶⁵

En resumen, entendemos que la Política criminal es un instrumento para la toma de decisiones penales, que lo mismo puede criminalizar o despenalizar conductas con base en criterios sustentados en las necesidades sociales. Los principios penales, en este supuesto, sirven para fundamentar la ejecución de la decisión político-criminal, especialmente si lo que con ésta se busca es la paz y tranquilidad del grupo humano.⁶⁶ Los principios penales son, en definitiva, auténticos valladares que se oponen al exceso penal del Estado. Y si se habla de la actividad jurisdiccional, los principios penales se erigen en sólidas referencias “de legitimación insoslayable que, junto con los criterios de la ciencia penal, impulsan la argumenta-

65 Jacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, op. cit., p. 828.

66 Jacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, op. cit., p. 769.

ción y le otorgan razonabilidad”,⁶⁷ por lo tanto, “los jueces deben justificar sus decisiones no sólo de cara a los estrados de revisión previstos procesalmente, sino como exigencia de control sobre el uso de las potestades por la comunidad”.⁶⁸

4.2. EL CONTENIDO AXIOLÓGICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La noción dignidad humana es consustancial a los derechos humanos,⁶⁹ pero también al Derecho penal le resulta de indiscutible importancia. Sirve, en definitiva, como fundamento del principio de humanidad de las penas, estableciendo tajantemente la prohibición de penas u otras intervenciones penales que resulten incompatibles con el respeto mínimo que merece toda persona por el solo

67 Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, op. cit., p. 832.

68 Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, op. cit., p. 829.

69 Tener presente que el de dignidad humana es un concepto “esencialmente controvertido porque padece de un especial tipo de vaguedad en la que no solo la periferia es confusa sino también lo es el núcleo del significado. Los conceptos de esta clase, de los que típicamente forman parte algunos conceptos morales, son escasamente útiles sin una concepción que los haga inteligibles. Por este motivo, son objeto de debate ideológico, lo que aumenta, si cabe, su uso retórico, emotivo, vacío y propagandístico”, como lo tiene señalado González Piña, Alejandro, *Los Derechos Humanos en perspectiva*, México, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 447; en el mismo sentido, hablando de la instrumentalización del concepto, véase Gutiérrez Días, José Manuel, *Proyección práctica de la dignidad humana*, Madrid, Fundación Emmanuel Mounier, 2014, p. 17.

hecho de serlo.⁷⁰ Con base en este principio, el uso de la pena de muerte o la tortura, por ejemplo, quedaron formalmente proscritos, así como también penas como las de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, y otras penas inusitadas, según contempla el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁷¹

Esta limitación al poder penal del Estado encuentra en la dignidad del individuo un elemento estructural que lo vincula directamente con los fines del Estado democrático, mismo que ve a la persona humana como un *fin* y no como un *medio* o instrumento de sus propósitos. Los ánimos comprensiblemente exaltados por la gravedad de un delito cometido y que, por ende, reclaman sanciones severas contra el perpetrador, encuentran en la noción de dignidad un freno que apela al respeto de todos los individuos, incluyendo al autor del hecho delictivo en tanto miembro, uno más, del colectivo.

La dignidad, como aclara Gomá Lanzón, es:

única, universal, anónima y, sobre todo, abstracta. En efecto, si no hay dignidad superior a la del ser hombre o mujer, entonces todas las determinaciones (cuna, sexo, patria, religión, cultura o raza) sobre las que en el pasado se fundó el surtido variado de las antiguas dignidades decaen, convertidas en me-

70 Entre otros, García García-Cervigón, Josefina y Rodríguez Núñez, Alicia, *Política criminal y Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2015, p. 22.

71 Aparte del texto constitucional, hay que recordar que México es parte de las Convenciones mundial y americana contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

ros accidentes sin trascendencia moral (...) Aunque la variedad de circunstancias biográficas enriquece lo humano, todos los individuos pertenecen al común de los mortales por igual.⁷²

Subyace en este argumento la consideración de que todos los individuos son, en definitiva, ciudadanos del mundo, y que “existe una sola raza, la humanidad, y un único principio, la dignidad individual”.⁷³ Visto así, el contenido de diversos instrumentos de Derechos Humanos cobra relevancia a la hora de domeñar los eventuales desbordamientos ideológicos, tanto de quienes crean las leyes penales como las de los operadores del sistema penal en su conjunto. La actividad legislativa y jurisdiccional tendrán en la dignidad humana y su expresión positiva en los Derechos Humanos, el eje rector que dote a sus acciones de mayor objetividad.

4.3. DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA

a) Dogmática penal

A la disciplina que se encarga de la interpretación, sistematización, elaboración, desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal se le denomina dogmática jurídico-penal.⁷⁴ Suelen reducirse sus dimensiones a las de interpre-

72 Gomá Lanzón, Javier, *Dignidad*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2019, p. 41.

73 Gomá Lanzón, Javier, *Dignidad*, op. cit., p. 42.

74 Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997, p. 192; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 180.

tación, sistematización y crítica, esta última en alusión directa a la actividad científica desplegada por los juristas. Desde luego, es adecuado puntualizar que la dogmática penal no es el Derecho penal, y que las soluciones dogmáticas no son dogmas de fe, sobre todo porque no son únicas e indiscutibles.⁷⁵ De modo más amplio, la dogmática jurídico-penal cumple con otra importante función de la actividad jurídica en el Estado de Derecho: “garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites”.⁷⁶

El principal campo de la dogmática jurídico-penal es la teoría general del delito,⁷⁷ que algunos denominan teoría de la interpretación de los hechos o teoría de la acción humana,⁷⁸ aunque no es el único, pues igual se usa de la dogmática para el estudio de la ley penal y de la teoría

75 Conveniente precisión que ofrece Quintero Olivares, Gonzalo, *El problema penal. La tensión entre la teoría y la praxis en Derecho penal*, op. cit., p. 51; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 17, donde explican que “la dogmática debe partir del problema que las normas tratan de solucionar y aceptar la solución que ellas ofrecen; pero esa solución no es nunca, o casi nunca, unívoca y tajante, sino que admite variación. Las normas jurídicas, a diferencia de las leyes matemáticas o físicas, son producto de un consenso; por tanto, las soluciones que ofrecen son discutibles”.

76 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 178.

77 Así Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 192.

78 Silva Sánchez, José María, en *Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*, en Wolter, Jürgen/Freund, George (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 19.

de las consecuencias jurídicas del delito. Pareciera, pues, que la dogmática sirve solo a quienes estudian y/o aplican el Derecho penal. Sin embargo, tanto o más servirá para quienes diseñan y crean la Política criminal legislativa.⁷⁹

En el diseño de la política criminal legislativa cuenta mucho el sentido de misión conferido al Derecho penal. Luego entonces, que las normas penales sean concebidas en contradicción con las perspectivas del Estado constitucional, democrático de Derecho, permite suponer razonablemente que las soluciones previstas no serán justas o pertinentes para la convivencia, aunque sí lo sean para pretender objetivos políticos no democráticos o francamente autoritarios. En su momento, Gimbernat advirtió acerca de la neutralidad de la dogmática, indicando que esta puede emplearse tanto para la interpretación de una ley progresiva como de una reaccionaria.⁸⁰

79 Mir Puig, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, puso de relieve la necesidad de una dogmática penal vinculada con la Política criminal. Habló, pues, de una dogmática creadora poniendo énfasis en la conveniencia de que “la Política criminal se inserte en el interior de la labor dogmática: no se trata de patrocinar una alternativa a la Política criminal, sino de resaltar la necesidad de que, junto a ésta, y en base a ésta, opera una Dogmática creadora”, p. 21.

80 Gimbernat Ordeig, Enrique, ¿Tiene un futuro la dogmática *juridicopenal*, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 160 (el artículo fue publicado originalmente en 1971); como el propio Gimbernat indicó, la condición de *neutralidad* de la dogmática trae aparejado un peligro para el penalista desatento, dispuesto a interpretar “todo lo que le echen”, como podría suceder en supuestos como el de una hipotética ley que castigara con pena de muerte el robo cometido por niños mayores de seis años y al jurista sólo le preocupe establecer legalmente la edad punible del menor.

La dogmática encarna, pues, ese instrumento imprescindible que permite mantener el Derecho penal bajo control, para evitar que la pena no llegue más lejos de donde el legislador ha decidido, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica.⁸¹ La dogmática penal permite averiguar o conocer lo que dice el Derecho, y al señalar límites y definir conceptos, permite también una aplicación segura y calculable del Derecho penal, sustrayéndolo de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación,⁸² lo que no es poca cosa.

b) Criminología

Las aportaciones de la disciplina criminológica no pueden desdeñarse a la hora de definir los cauces por los que debe transitar una determinada Política criminal legislativa. A tal efecto, téngase en cuenta que el conocimiento empírico de la criminalidad facilita la mejor comprensión del problema, adelantando vías de solución o de atención que no necesariamente son de naturaleza jurídico penal. Luego, habría que apreciar el hecho de que la recurrente adopción de medidas jurídico-penales ignora que la realidad a la que estas normas deben (debieran) servir se distingue por un dinamismo que, en muchas ocasiones, es más que vertiginoso.

Ante tal escenario, son oportunas las palabras que al respecto han pronunciado Hassemer y Muñoz Conde en el sentido de que “ni siquiera la creación continuada de normas jurídicas o la interpretación más imaginativa de las mismas puede prever todas las facetas y variantes

81 Gimbernat Ordeig, Enrique, ¿Tiene un futuro la dogmática *juridicopena*?, op. cit. p. 160.

82 Gimbernat Ordeig, Enrique, ¿Tiene un futuro la dogmática *juridicopena*?, op. cit. p. 158.

que puede presentar la realidad que pretenden regular. A veces incluso la realidad presenta nuevos casos y conflictos que las normas jurídicas no han podido prever ni, por tanto, resolver”.⁸³

El denominado *saber empírico* en torno a la criminalidad se concentra en la Criminología. De esta disciplina podrá decirse que sus conclusiones aún no resuelven satisfactoriamente la problemática criminal, quizá porque se trata del resultado de una realidad compleja y en constante mutación; sin embargo, no puede dudarse tampoco que este conocimiento, este dato empírico, que habla de las causas y efectos de la criminalidad, adquiere una relevancia fundamental, insoslayable. La evidencia empírica ahuyenta la subjetividad y el prejuicio. Las decisiones legislativas sustentadas en información criminológica adquieren mayor solidez que aquellas que carecen de la misma.

Por otro lado, es tarea propia de la Criminología analizar si las medidas penales adoptadas son o no las más adecuadas para enfrentar una determinada problemática. Le corresponde, en definitiva, “denunciar cuando la función del Derecho penal es puramente simbólica, sin mayor eficacia en la solución de los problemas o incluso con efectos contraproducentes o criminógenos, evitando así su manipulación política o que se despierten en la población unas expectativas de solución que luego ni pueden cumplirse en la realidad”.⁸⁴ En nuestra opinión, la **Criminología es la conciencia crítica del sistema penal.**

83 Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 18.

84 Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, op. cit., p. 23.

En tal sentido, cumple una labor informativa y cuestionadora, alertando al creador de la norma jurídica de los inconvenientes y distorsiones que conlleva legislar con base en prejuicios o para proteger intereses minoritarios o de grupo. Se impone, en nuestra opinión, una *actividad legislativa basada en evidencias*, y con esto se quiere decir que el fundamento de la decisión legislativa no radica en el oportunismo, la subjetividad o la coyuntura. Por el contrario, parte de información empírica, contrastable y verificable.⁸⁵ Construir la norma jurídico penal, legislar en la materia, debe ser, en nuestra consideración, una labor basada en evidencias empíricas, que al mismo tiempo considere las formulaciones técnicas aplicables, surgidas de la dogmática penal contemporánea.

5) Expresiones de populismo punitivo en el Derecho penal estatal

La legislación penal del Estado de Guanajuato, como la de las demás entidades federativas de la república mexicana, experimenta frecuentes ajustes a su contenido.⁸⁶ Se adicionan dispositivos, se crean tipos penales nuevos

85 Ha sido una constante personal, expuesta en el ámbito universitario y en foros especializados, la necesidad y conveniencia de que los cuerpos legislativos se apoyen en el trabajo de expertos en Criminología y Política criminal que, con sus estudios, contribuyan a comprender más ampliamente el fenómeno criminal; sobre el particular, véase Becerra Muñoz, José, *La toma de decisiones en Política criminal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 532 y siguientes, donde esboza para España la configuración de un núcleo experto en materia político-criminal adscrito al Ministerio de Justicia;

86 El Código penal vigente entro en vigor el primero de enero de año 2002. La última reforma se publicó en el Periódico Oficial del Estado, número 260, Segunda Parte, del 30 de diciembre de 2019.

y se agravan las sanciones. Sin duda, la situación crítica en materia de seguridad por la que atraviesa el país motiva la activación del instrumental jurídico, el Derecho penal en primer lugar, para enfrentar la problemática referida. Bien que se trate de delitos contra el patrimonio o de aquellos que afectan la integridad física, la seguridad o la vida misma, las cifras dan cuenta de su notorio incremento. Si a lo anterior se suman la exigencia y el reclamo social por la situación, el ambiente se torna más que propicio para esgrimir como respuesta la activación de medidas jurídico-penales.

En una interesante monografía de su autoría, Quintero Olivares expresa la siguiente frase: “para un penalista la insatisfacción *ha de ser* su estado de ánimo natural”⁸⁷. El contexto en la que se pronuncian tan provocadoras palabras hace referencia al Derecho penal y al sistema penal español que, según el autor mencionado, nunca ha experimentado momentos de plenitud positiva, aunque sí han mostrado niveles de eficacia más o menos respetable. El texto de Quintero Olivares analiza críticamente el desempeño legislativo, caracterizado por un visible endurecimiento de las leyes penales, especialmente contra el terrorismo. De paso, también se refiere a los penalistas de quienes aprecia una preocupante falta de atención a lo que sucede a su alrededor, y de los teóricos destaca su ausencia respecto de las demandas sociales.

De algún modo, la frase describe una actitud orientada al análisis crítico del Derecho penal y del funcionamiento del sistema penal. Esta actitud es idónea para que promover el progreso científico de la disciplina, aunque

87 Quintero Olivares, Gonzalo, *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, Civitas, 2004, p. 18.

esto no signifique necesariamente un perfeccionamiento inmediato de la ley, la que en su configuración obedece a motivaciones diversas (ya se sabe que la distancia entre teoría y praxis no suele ser la más corta).

El Derecho penal contemporáneo da cuenta de la aparición de nuevas conductas que representan para la sociedad preocupación e interés especial. La vertiginosa transformación de la realidad social es, se quiera o no, un hecho irreversible. La tecnología, los cambios sociales y económicos, así como la variación de significación de los actos humanos, constituyen elementos que fundamentan comprensiblemente su desarrollo. Se entiende, al fin, que el Derecho penal evolucione a la par de las necesidades que desde la sociedad se le inquiere. Lo que es más difícil admitir es el hecho de que, en este proceso, se ignoren o desconozcan principios garantistas de indiscutible relevancia asociados al Derecho penal (lesividad, taxatividad, mínima intervención, protección de bienes jurídicos, entre otros).

A inicio de este apartado se hacía mención al Código penal del Estado de Guanajuato (CPGTO), instrumento legal que, obviamente, contiene tipos penales que encuadran en la categoría de Derecho penal simbólico, que es una forma de populismo penal. Algunos ejemplos se comentan enseguida.

a) Homicidio en contra de servidores públicos. Se adicionó con fecha 26 de abril del 2018, quedando con esta redacción en el artículo 141 a.

Al responsable de homicidio en contra de servidores públicos por motivo de sus funciones de seguridad pública, de investigación de delitos, de procuración o administración de justicia en materia penal, de ejecución de penas, de su cónyuge o de sus parientes en lí-

nea recta o colateral hasta el cuarto grado o con quien viva en concubinato, se le impondrá de **treinta a sesenta años de prisión** y de trescientos a seiscientos días multa.

La inusitada pena privativa de libertad de hasta sesenta años, denota la clara inclinación legislativa por un Derecho penal exacerbado. Llama la atención el hecho de que, frente a esta pena, la correspondiente al homicidio calificado (artículo 140) sea considerablemente mucho menor ya que corre de los veinticinco a los treinta y cinco años de prisión. Ante un escenario de violencia criminal como el que, por desgracia, distingue al Estado,⁸⁸ el mensaje de sancionar con tal intensidad no parece haber reducido los atentados contra los servidores públicos a que se refiere el tipo penal.⁸⁹

b) Delitos en materia de Transporte Público. Contenido en el artículo 235 bis, donde se establece:

88 Con base en datos proporcionados por Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, entre los meses de Enero y Octubre del 2019, se han registrado en carpetas de investigación ministerial un total de 28, 741 víctimas de homicidio doloso a nivel nacional. En ese mismo lapso, en Guanajuato se han registrado 2, 865 víctimas, lo que implica que en Guanajuato ocurre uno de cada 10 homicidios intencionales que se perpetran en el país. Un análisis de estos datos en: <http://mexicosocial.org/crecio-numero-de-homicidios/>.

89 En una nota publicada el 7 de enero de 2020, el portal de internet Sin Embargo recoge la información proporcionada por Rubén Ortega Montes, Secretario de Unidos por la Seguridad. A.C., quien indicó que durante el 2019 fueron asesinados en México 442 policías, de los cuales 73 eran de Guanajuato, visible en: <https://www.sinembargo.mx/07-01-2020/3707984>, consultado: 4/02/2020.

A quien dolosamente, por sí o por interpósita persona, preste u ofrezca el servicio público de transporte en la modalidad de alquiler sin ruta fija «Taxi» o el servicio de transporte especial ejecutivo, sin contar con la concesión o el permiso expedido por la autoridad competente, se le impondrá de un mes a cuatro años de prisión y de diez a cincuenta días de multa.

Este artículo fue adicionado el 18 de marzo del año 2016 y se ubica en el Título Cuarto, De los delitos de falsificación y contra la fe pública. En el mismo se aprecia la confianza que el legislador local tiene en el Derecho penal antes que en el Derecho administrativo, donde mejor encuadra el comportamiento que ahora se sanciona penalmente. No se advierte razón alguna para que una conducta consistente en *prestar* u *ofrecer* el servicio público descrito *sin contar con la concesión o permiso* expedido por autoridad competente (se entiende que de naturaleza administrativa), merezca pena de prisión así sea de mínimo de un mes.

Su tipificación incluye conductas tales como *prestar*, que significaría que el servicio se ha ejecutado cabalmente si se ha transportado al eventual cliente. Lo que llama la atención es que también se prevea la sanción indicada cuando simplemente se *ofrece* el servicio, acción que en sí misma no representaría en modo alguno una transgresión de gravedad tal que fuera aconsejable, por necesaria, la imposición de la pena de prisión y la multa correspondiente. Si en el caso de *prestar* el servicio parece excesivo el castigo, lo es más si se sanciona simplemente por *ofrecerlo*.

No queda claro, por otra parte, cuál es el bien jurídico que quiere protegerse. No es lo mismo incumplir una disposición administrativa, esto es, cometer una infracción a los ordenamientos de este tipo, que lesionar un bien jurí-

dico que está siendo protegido penalmente. En el segundo caso se trata de la afectación a un interés social cuya relevancia es de tal envergadura que, de no protegerse, pondría en riesgo a la colectividad. Para el caso comentado, las posibilidades de control jurídico desde el Derecho administrativo son claras, como se desprende de lo establecido en la Ley de Movilidad del Estado de Guanajuato y sus Municipios,⁹⁰ cuyo artículo 265 dispone:

Cuando un operador sea sorprendido prestando los servicios públicos o especial de transporte, en cualquiera de sus modalidades, sin contar con concesión o permiso, **el vehículo será retirado de la vía pública y remitido a un depósito y dará lugar además a la aplicación de la multa** prevista en el segundo párrafo del artículo 251 de la presente Ley.

En caso de utilizar en la carrocería colores, números económicos y cualquier otra característica propia de los vehículos concesionados o permisionados, **el infractor deberá, en su caso, despintarlo previo a su liberación** por orden de la autoridad que corresponda, sin perjuicio de cubrir las multas que procedan.

La persona que preste el servicio público de transporte en la modalidad de alquiler sin ruta fija «Taxi» o el servicio de transporte especial ejecutivo sin concesión o permiso,

90 Publicada en el Periódico Oficial del Estado de Guanajuato, número 45, del 18 de marzo del 2016.

quedará imposibilitada permanentemente para obtener una concesión o permiso.

c) Cobranza extrajudicial ilícita. Conducta prevista en el Artículo 176-a., que fue adicionado el día 19 de octubre del año 2017, del modo siguiente:

A quien lleve a cabo la cobranza extrajudicial ilícita, se le aplicará de uno a cuatro años de prisión y de diez a cuarenta días multa.

Se entiende por cobranza extrajudicial ilícita, el uso de violencia o intimidación, ya sea personalmente o a través de cualquier medio, para requerir el pago de un crédito o una deuda derivada de una obligación contenida en las leyes, con independencia del tenedor de los derechos de cobro al momento de llevar a cabo la cobranza.

Este es otro ejemplo del uso populista del Derecho penal. Debe suponerse que el mismo resultó de la consideración legislativa hacia los clientes morosos, contrariados por los “métodos” utilizados por los acreedores para obtener los pagos por los bienes o servicios contratados o adquiridos. En consonancia con la esencia propia del populismo en materia jurídico penal, el uso de la pena de prisión se pone de manifiesto en este tipo penal.

d) Captación de menores. Artículo 187-f, adición que se realiza con fecha 19 junio del 2019, del modo siguiente:

A quién por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico y procure un encuentro personal con una persona menor de dieciocho años o incapaz, se le impondrá de tres meses a dos años de prisión y de cinco a veinte días multa.

Si el sujeto activo hace uso de una identidad falsa, las penas se incrementarán de la mitad del mínimo a la mitad del máximo de las aquí señaladas.

Sin duda, la protección de las personas menores de edad con el propósito de cuidar el libre desarrollo de su personalidad es significativo en grado sumo. Este tipo penal parece apuntar a tan loable objetivo. Las nuevas tecnologías de la información han facilitado el intercambio de información (datos, imágenes, videos) entre las personas, incluyendo a las más jóvenes.⁹¹ Muy complicado, sin duda, será establecer controles jurídicos efectivos que impidan el intenso tráfico informativo, cuyas ventajas y desventajas es ocioso referir aquí. Al respeto, la amenaza penal para evitar un uso criminal de la tecnología informativa poco podrá lograr, de modo que el efecto simbólico es más que evidente en esta disposición penal. Por

- 91 INEGI publicó en el 2018 la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares la que arrojó, entre otros datos, los siguientes: En México hay 74.3 millones de usuarios de internet de seis años o más, lo que representa el 65.8% de la población de ese rango de edad. El 51.5% de los internautas son mujeres y 48.5% son hombres. Del año 2017 al 2018 se reporta un crecimiento de usuarios de 4.2%. Del total de la población usuaria de internet de seis años o más, el grupo de entre 25 y 34 años es el que registra la mayor proporción de usuarios. Las mujeres en este rango de edad representan 10.4% y los hombres 9.8%. Los usuarios de computadora de seis años o más alcanzó los 50.8 millones. Sobre este tema, Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Delitos informáticos. Los retos del Derecho penal*, en Nava Garcés, Alberto Enrique (coordinador), *Ciberdelitos*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Tirant Lo Blanch, 2019, p. 197 y siguientes, y del mismo, *Violencia, tecnología y ciencia penal*, en Ruiz Rodríguez, Luis Ramón y González Agudelo, Gloria (coordinadores), *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2019, p. 501 y siguientes.

lo demás, el perfil indeterminado del sujeto activo (considerado en la genérica fórmula *A quien*), abre la posibilidad de que se trate, en efecto, de un adulto criminal (que parece ser la intención legislativa) o un compañero de la víctima que sea, además, de su misma edad. Asimismo, se advierte que se trata de un delito que no se ajusta al principio de lesividad, amén de que adelanta la punibilidad al sancionar el mero acto de contacto, basada en la tutela de un sector en situación de vulnerabilidad.

e) Bigamia. Contenido en el artículo 217, que dispone textualmente que:

A quien estando unido en legal matrimonio, contraiga otro, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión y de cinco a treinta días multa.

Parece excesivo utilizar de la pena de prisión para quien realice una conducta como la descrita, a la sazón propia del Derecho privado; bastaría, en suma, con declarar (administrativamente o mediante resolución judicial dictada por el juez civil) la inexistencia de alguno de los matrimonios para saldar las eventuales responsabilidades que derivaran de este acto jurídico. Da la impresión de que se protege un interés moral (la sacralidad del matrimonio) y la proscripción de la práctica de la poligamia por considerarla ajena a la idiosincrasia y cultura moral nacional. En este tipo penal, es notoria la transgresión al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, siendo más que oportunas las palabras de Barbero Santos⁹² quien en su momento dijo: “si se pretendiera mediante la pena promover las virtudes individuales se estaría exigiendo al Derecho algo que excede por ente-

92 Citadas por García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 47.

ro sus posibilidades (...) Las penas estatales son ontológicamente inválidas como medio de perfección moral”.

f) Delitos contra la vida y la integridad de los animales. Disposición que se agregó con fecha 3 de diciembre de 2013, mediante el artículo 297, para establecer que:

Al que dolosamente cause la muerte de un animal vertebrado, se le impondrá de diez a cien días multa y de sesenta a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

La defensa de los seres no humanos se incluye en la ley penal del Estado de Guanajuato. Destaca el hecho de que, frente al hecho que priva de la vida a un animal vertebrado, la consecuencia jurídica sea de multa, que bien podría ser impuesta por los ordenamientos administrativos municipales, obviando las complejidades penales y propiciando de modo más inmediato una cultura cívica en la comunidad (piensese por ejemplo en aplicar programas de concientización del respeto a los animales, trabajo en favor de la comunidad en instituciones relacionadas con el cuidado animal, inhabilitación para poseer animales a dueños violentos).⁹³ Usar de la norma penal en este caso no deja de ser una expresión simbólica, y por eso poco efectiva. El mismo comentario cabe para el artículo 298, cuyo texto pone:

93 Más ampliamente sobre el tema, véase Bernuz Beneitez, María José, “¿Castigos (eficaces) para delitos contra los animales? Repensando la respuesta al maltrato animal”, en *InDret Criminológica*, Revista para el análisis del Derecho, n° 1, 2020, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, pp. 394-423. En línea: <https://indret.com/castigos-eficaces-para-delitos-contra-los-animales-repensando-la-respuesta-al-maltrato-animal/> revisado el 4/02/ 2020.

Al que dolosamente cause la mutilación orgánicamente grave de un animal vertebrado, se le impondrá de cinco a cincuenta días multa y de treinta a noventa jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

6. Comentario final

Winfried Hassemer habló de un Derecho penal orientado a las consecuencias. Bajo este concepto se asume que la legislación y la jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legítiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan. En Derecho penal esta orientación a las consecuencias puede significar “que el legislador, la justicia penal y la Administración penitenciaria no se satisfacen (solamente) con la persecución del injusto criminal y con su compensación mediante la expiación del delincuente, sino que persiguen la meta de mejorar al autor del delito y contener la delincuencia en su conjunto”.⁹⁴ Al partir de esta perspectiva, se entiende que el Derecho penal atraviesa por constantes exigencias de legitimación, la que solo puede alcanzarse mediante la demostración de que con su aplicación se producen efectos satisfactorios en la sociedad y el delincuente.

La tesis del profesor Hassemer tiene especial impacto en el quehacer del legislador penal, especialmente cuando se plantea frente al problema de qué conductas ha de seleccionar y con qué consecuencias jurídicas debe conminarla. Los conocimientos empíricos cobran especial im-

94 Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, p. 35.

portancia para este legislador, sobre todo si se hace cargo de las consecuencias de sus decisiones. Pero el planteamiento teórico no solo incide en la labor legislativa, la orientación a las consecuencias sugiere ajustes destacables en el espacio jurisdiccional y de la ejecución penal. Por ejemplo, a la hora de individualizar la sanción, el juzgador deberá considerar las consecuencias que se espera tenga la sentencia en el sujeto; y en la ejecución penal abriendo al sujeto las posibilidades de llevar en el futuro una vida al margen del delito.⁹⁵

Pensar en un Derecho penal que se construya al modo propuesto por Hassemer contribuye a evitar una utilización perversa del mismo. En este sentido, vale decir que un correcto Derecho penal orientado a las consecuencias:⁹⁶

- a) **Busca proteger bienes jurídicos**; “la conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico (...) al legislador penal no puede bastarle la referencia a la vulneración de una norma ética o divina, antes bien, tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, que tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionado bienes o intereses”.
- b) Asimismo, **acredita la producción de un daño de relevancia social**, partiendo del hecho de que no toda lesión a un bien jurídico merece la intervención del Derecho penal; y,

95 Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 38.

96 Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., pp. 37, 38, 39.

- c) Tiene presente el principio **In dubio pro libertate**, según el cual la legislación penal solo puede criminalizar conductas realmente dañosas. La amenaza penal quedará destinada solamente a las conductas que sí producen efectos dañosos en la sociedad.

Por otra parte, el incremento de penas o la tipificación de conductas reconducibles por la vía jurídica civil o administrativa destaca la adopción preferente de la respuesta penal antes que la utilización de otras medidas jurídicas menos gravosas, incurriendo así en la lógica del populismo penal, el de la medida legislativa reactiva que busca acallar (que no resolver) los reclamos sociales. Una frase pronunciada hace algunos años por Pablo Galaín Palermo, adquiere relevancia aquí nuevamente; el jurista uruguayo dijo: el Derecho penal se ha convertido en el *brazo armado* del Derecho penal. Las evidencias mostradas arriba le dan la razón. Si las medidas del Derecho administrativo, civil, fiscal o laboral resultan insuficientes es un asunto que debe revisarse en el ámbito particular de cada rama jurídica antes de echar mano del Derecho penal, atendiendo a la evidencia de que no en todos los casos la respuesta jurídico penal es la más idónea, pertinente o eficaz.

Señalar que el Derecho penal debe ser la última ratio (no la *prima ratio*, y menos la única ratio) y afirmar también que su función principal consiste en proteger bienes jurídicos, entraña una toma de postura frente a la irracionalidad y la simulación política, especialmente porque el uso torpe y perverso del Derecho penal no sólo no resuelve los problemas que dice querer resolver, sino que, por el contrario, en muchos casos contribuye a su enervamiento. Podrá, eso sí, calmar momentáneamente el alud de reclamos y exigencias, pero no resolverlos de fondo.

Un legislador responsable hará todo por verificar que, llegado el caso, no existe mejor herramienta que la penal para enfrentar, con toda su dureza, el conflicto que en ese momento aqueja seriamente a la sociedad. *Legislar con base en evidencias*, es más que nada un ejercicio de responsabilidad política, científica y técnica. *Política*, en el sentido de proceder en beneficio del mayor número de personas, procurando su bienestar y tranquilidad; *científica*, en la medida que contempla las directrices dogmáticas más aventajadas, y *técnica* por valerse de la herramienta (jurídica) apropiada sin forzar su funcionamiento por razones egoístas, propias del grupo selecto al que obedece su ideario personal.

SISTEMAS PENALES SUBTERRÁNEOS Y REPRESIVIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA

UNA APROXIMACIÓN DESDE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA LATINOAMERICANA AL FENÓMENO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

Gabriela Gusis¹

Sumario: Introducción. Sistemas penales subterráneos y desaparición forzada. 2.1 Sistema penal subterráneo y desapariciones forzadas. La represivización como categoría analítica. 3.1 Poder punitivo formal, informal y su relación con la represivización. 3.2 Poder punitivo informal y desaparición forzada. Dimensiones criminológicas de la desaparición forzada. Conclusiones. Bibliografía

Resumen

El artículo aborda la desaparición forzada en América Latina desde la criminología crítica latinoamericana, conceptualizándola como una manifestación extrema del poder punitivo. Sostiene que esta práctica no constituye

1 Abogada (UBA), Especialista en constitucionalismo y garantismo (UCLM, España) y en estudios de Derecho Crítico y Derechos Humanos (FLACSO) y doctoranda en ciencias jurídicas (U. San Carlos de Guatemala). Es profesora adjunta regular de Derecho penal y procesal penal (U. Nacional de Avellaneda), adjunta de Derecho penal (UNLP) y adjunta interina de Criminología y Secretaria del Departamento de Derecho Penal y Criminología (UBA), Argentina.

un residuo excepcional de regímenes autoritarios, sino que persiste y se reconfigura en contextos democráticos mediante la coexistencia de sistemas penales formales y subterráneos. Estos últimos operan al margen del Estado de Derecho, con altos niveles de ilegalidad, selectividad y sistematicidad en la violación de derechos humanos. La desaparición forzada es analizada como una táctica de represivización, entendida como el ejercicio de violencia punitiva por fuera del Derecho con fines de disciplinamiento y control social. Dicha táctica se caracteriza por aprovechar la ilegalidad para garantizar impunidad y producir una pedagogía del miedo. Asimismo, el trabajo destaca la creciente intervención de actores no estatales en contextos de Estados debilitados. Finalmente, concluye que la comprensión integral del fenómeno exige articular criminología crítica, enfoque de derechos humanos y estrategias estructurales de prevención de la violencia punitiva.

Palabras clave: desaparición forzada, criminología crítica latinoamericana, poder punitivo, violación de derechos humanos, represivización

Abstract:

The article addresses forced disappearance in Latin America from the perspective of Latin American critical criminology, conceptualizing it as an extreme manifestation of punitive power. It argues that this practice is not an exceptional remnant of authoritarian regimes but persists and reconfigures in democratic contexts through the coexistence of formal and underground criminal systems. The latter operate outside the rule of law, with high levels of illegality, selectivity, and systematic violations of human rights. Forced disappearance is analyzed as a tactic of repression, understood as the exercise of punitive violence outside the law for the purposes of

discipline and social control. This tactic is characterized by exploiting illegality to ensure impunity and produce a pedagogy of fear. Furthermore, the paper highlights the growing involvement of non-state actors in contexts of weakened states. Finally, it concludes that a comprehensive understanding of the phenomenon requires integrating critical criminology, a human rights approach, and structural violence prevention strategies.

Keywords: Forced disappearance, Latin American critical criminology, Punitive power, Human rights violation, Repression

1. Introducción

La desaparición forzada de personas constituye una de las expresiones más extremas y perversas del poder punitivo, y su persistencia en América Latina, incluso en contextos democráticos, obliga a replantear los marcos teóricos con los que se la analiza. Aunque su condena internacional es clara, el fenómeno no ha eclipsado: se transforma, se adapta y se integra a lógicas punitivas que exceden los límites del sistema penal formal ya sea en situaciones de dictaduras como de democracias, en particular cuando sus instituciones constitucionales se encuentran debilitadas.

La coexistencia de sistemas penales “visibles” —estructurados en normas, instituciones y procedimientos— con sistemas “subterráneos” —informales, ilegales o clandestinos— plantea un desafío sustantivo para el Estado de Derecho. Estos sistemas penales subterráneos operan al margen de los controles jurisdiccionales, pero en estrecha relación con agencias estatales —especialmente policiales—, y son un componente estructural del *poder punitivo*.

El fenómeno se ve potenciado por procesos punitivistas: endurecimiento de las respuestas penales, ampliación de facultades discrecionales de las fuerzas de seguridad, represión de la protesta social y reducción de garantías procesales. Esta tendencia no es homogénea, pero presenta rasgos comunes en toda América Latina, vinculados a la herencia autoritaria, la persistencia de violencias estatales y la presión de agendas internacionales como la “guerra contra las drogas”.

Esta ponencia parte de la hipótesis de que la desaparición forzada –ya sea cometida directamente por agentes estatales o por actores privados por inacción estatal– es comprensible como una **táctica de represivización**. Esta categoría, desarrollada junto a Rodrigo F. Videla (Gusis & Videla, 2021), permite identificar un patrón de ejercicio de violencia punitiva por fuera del Estado de Derecho, con el objetivo de disciplinar, neutralizar y desmovilizar a determinados sujetos o colectivos.

El análisis se enmarca en la criminología crítica (Barratta, 1986) y latinoamericana (Aniyar de Castro, 1984-1987; Zaffaroni, 1989, 2011), que ha aportado herramientas para comprender el poder punitivo como un fenómeno complejo, articulado en sistemas formales, paralelos y subterráneos, y que ha mostrado cómo estos últimos no son excepciones, sino componentes estructurales del control social en la región. A su vez, se orienta hacia la realización de los derechos humanos y la prevención de masacres (Zaffaroni, 2009 & 2012).

2. Sistemas penales subterráneos y desaparición forzada

La noción de *sistema penal subterráneo*, conceptualizado por la criminóloga crítica latinoamericana Lola Aniyar de Castro (1987, p.97), refiere a todo aquel poder punitivo

que es ejercido por fuera de la legalidad. Estas prácticas, ilegales por definición, no se someten a control jurisdiccional y se caracterizan por su clandestinidad e informalidad, selectividad extrema y sistematicidad. Todo ejercicio abusivo del poder asignado a las agencias del sistema penal, especialmente en funciones policiales, explica la autora, operan a través del sistema subterráneo por fuera de los límites que impone el sistema penal formal, aunque suelen tener una articulación entre sí: La represión subterránea coexiste con procedimientos judiciales. Por último, una arista por demás personal es la sistematicidad de violaciones a los derechos humanos, las tácticas utilizadas para el control social por parte del sistema penal subterráneo evidencia hechos de tortura, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales.

La existencia de estos sistemas no es un residuo de épocas dictatoriales o de guerras civiles, sino una práctica adaptada a regímenes democráticos que utilizan narrativas de “seguridad” y “orden” para legitimarse (Aníyar de Castro, 2005).

2.1 SISTEMA PENAL SUBTERRÁNEO Y DESAPARICIONES FORZADAS

En el caso de la desaparición forzada, el sistema penal subterráneo ofrece el contexto ideal para su operatividad: porque el desenvolvimiento por fuera de la visibilidad que la propia práctica señala implica la detención y/o secuestro clandestino, el ocultamiento del paradero, la manipulación probatoria y la intimidación a familiares y testigos, a la vez que permite –por el velo que cubre la táctica– la negativa a su reconocimiento y la quita de la víctima y sus allegados a la esfera de la justicia: si no está, no tiene entidad, no puede ejercerse ninguna acción eficaz para su reaparición fue esta precisamente

la lógica utilizada por las dictaduras del cono sur que, en el caso argentino, quedó explicitada en la tristemente célebre frase de Videla al expresar: “no están, ni vivos ni muertos, están desaparecidos, no tienen entidad”.

Así, el ocultamiento de la víctima y del hecho mismo, reduce las posibilidades de denuncia y sanción por parte del sistema penal formal, aprovechándose de la ilegalidad para garantizar la impunidad (la ausencia de registros, manipulación de pruebas o connivencia de las agencias formales). Aunque no debemos confundir impunidad con no evidenciar la materialidad concreta del daño, al contrario, la pedagogía de terror que implica a partir de la incertidumbre de las desapariciones en sí misma demuestra que esta práctica es y ha sido una herramienta eficaz para acallar a las sociedades latinoamericanas.²

En efecto, la vida arrebatada, quitada de la esfera social, el duelo impedido, impone una interpelación directa desde la criminología que obliga a los académicos a escuchar a los muertos, a los sufrientes (Zaffaroni, 1989, 2011).

Esta táctica se ha dirigido en nuestra región desde siempre selectivamente contra opositores políticos, líderes comunitarios o políticos, defensores de derechos humanos, testigos incómodos o personas estigmatizadas. En general, funcionales a proyectos políticos y económicos excluyentes, en los que la desaparición forzada ha operado como herramienta central de estos dispositi-

2 Aunque también han sido evidentes y muy potentes las voces y resistencias colectivas que especialmente familiares, madres y abuelas han realizado como pioneras y que aún hoy son ejemplo de lucha.

vos, tanto en regímenes autoritarios como en democracias formales.³

La noción de *sistema penal subterráneo* enmarca de este modo el análisis de las desapariciones forzadas y contextualiza la estrategia punitiva específica que se desarrolla regionalmente al menos desde los años 60 de manera más o menos sistemática. Pero esta explicación resulta, aunque necesaria para su entendimiento, insuficiente desde la criminología, por lo que debe ser profundizada conceptualmente desde una nueva y más robusta categoría analítica que la complete.

3. La represivización como categoría analítica

La represivización es una categoría teórica criminológica propuesta para describir un fenómeno distinto de la criminalización —como modelo explicativo del sistema penal formal—. Mientras que la criminalización implica la incorporación de conductas al catálogo penal (criminalización primaria) y la selección de personas para su

3 Especialmente en las décadas comprendidas entre finales de los 60 y principio de los 70 —iniciando en Guatemala y regiones aledañas, y profundizándose particularmente en los regímenes dictatoriales del cono sur—, hasta adentrados los años 90, particularmente en la región de Centroamérica y norte de América del sur. Actualmente, aunque en muchos casos desprovista de la ideología de la seguridad nacional y el enemigo *interno*, se evidencian desapariciones forzadas en toda la región, especialmente sobre personas defensoras de Derechos Humanos, tierra, trabajo, derechos sociales, etc. Junto a las desapariciones motivadas en vulnerabilidades extremas, por parte del estado o con su connivencia, e incluso por particulares en general acopladas a organizaciones criminales que se aprovechan de dichas vulnerabilidades (casos migrantes, trata laboral y/o sexual, crimen organizado en general, etc.).

persecución (criminalización secundaria); la represivización alude al ejercicio de violencia punitiva por fuera del Derecho, aprovecha las ventajas que ofrece la ilegalidad (Gusis&Videla, 2021), operando sobre sujetos que no necesariamente podrían ser etiquetados como desviados y, por lo tanto, criminalizados formalmente.

Estas ventajas incluyen ausencia de límites legales o procedimentales, rapidez y eficacia inmediata en la neutralización del objetivo, capacidad de generar miedo más allá de la víctima directa, operando como “pedagogía del miedo”.

La represivización como *táctica de gobernanza punitiva*, como modelo explicativo implica abordar los procesos de represión ilegales que operan en el sistema penal subterráneo discriminándolos de los procesos de criminalización —no abrazados por su esquema explicativo—. Esto resulta esencial para la comprensión de nuestra realidad latinoamericana si entendemos que a diferencia de lo que sucede en los sistemas penales del norte (especialmente Europa y Estados Unidos) caracterizado por un ejercicio de poder punitivo formal que en poca medida lo excede a partir de procesos de ilegalidad en las agencias policiales, en nuestros márgenes es habitual y masivo el ejercicio ilimitado e ilegal de la administración punitiva, tal como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002), entre muchos otros autores.

También, esta categoría permite analizar con un prisma de actualidad lo que otrora solía explicarse como sistema penal subterráneo en tanto oculto —la ilegalidad— pues ahora también se evidencia públicamente, aun manteniendo el rasgo de violencia institucional. Y esto se explica pues la represivización no opera sólo y exclusivamente sobre el cuerpo al que se le aplica el dolor, sino también a partir del poder configurador positivo (Fou-

cault, 2001) que lo orienta hacia el resto de la sociedad desde una verdadera pedagogía del miedo fortificada por la comunicación social.

En efecto, cuando la violencia institucionalizada no alcanza para el sometimiento de los cuerpos disidentes,⁴ opera la represivización como mecanismo de refuerzo.

Así, resulta un instrumento conceptual destinado a explicar un fenómeno específico que combina el ejercicio del poder punitivo con el aprovechamiento de la ilegalidad como táctica de control social. No se trata sólo de reprimir, sino de **represivizar**: actuar con métodos prohibidos por la ley precisamente por las “ventajas” que otorga su carácter ilícito (invisibilidad, impunidad, capacidad de aterrorizar).

En términos operativos, la represivización se presenta como táctica de gobernanza punitiva que:

- a) opera por fuera de las coberturas legales y de la violencia institucionalizada;
- b) se dirige a sujetos que no necesariamente podrían ser etiquetados como desviados ni ser objeto de criminalización formal;
- c) busca no sólo neutralizar una acción inmediata (protesta, reclamo, manifestación), sino proyectar un mensaje disciplinador al conjunto social, funcionando como **pedagogía del miedo**.

Pero los fenómenos actuales obligan a profundizar la operatividad de la represivización más allá de los sistemas penales institucionales.

4 Disidencias desde el orden económico y del tardo financieirismo colonial, del poder patriarcal hacia mujeres, niñas y disidencias sexo-genéricas, clasistas, racistas, etc.

3.1 PODER PUNITIVO FORMAL, INFORMAL Y SU RELACIÓN CON LA REPRESIVIZACIÓN

El análisis de la represivización requiere incorporar la distinción entre **poder punitivo formal** y **poder punitivo informal**.

El **poder punitivo formal** es aquel habilitado por el orden jurídico, ejercido por agencias estatales con competencia legalmente asignada. El **poder punitivo informal** es aquel que se ejerce fuera de todo cauce jurisdiccional y, en contextos de Estados degradados o debilitados, adquiere un peso mayor que en aquellos más próximos al modelo ideal de Estado de Derecho.

Este poder lo ejercen las agencias policiales en sentido amplio, es decir, funcionarios del poder ejecutivo en función policial, no reducidos a la policía uniformada ni formalmente llamada de ese modo. Si bien en principio se trata de un poder legal —conferido formalmente a través de leyes emanadas de agencias políticas—, se desliza con facilidad hacia el ejercicio del poder punitivo informal o paralelo, y a veces subterráneo, independiente de todo cauce institucional programado. Conforme al discurso de la criminalización primaria, este conjunto de prácticas sería definido como criminal o delictivo. El conjunto de delitos cometidos por operadores de las propias agencias del sistema penal crece cuando las agencias ejecutivas son más violentas y están menos controladas por las otras agencias estatales. Cuanto mayor es su volumen, más evidente se hace ante las demás agencias: por ende, este poder punitivo informal requiere la participación —por acción u omisión— del propio poder punitivo formal, dado que solo puede gozar de impunidad gracias a su inacción o tolerancia (Zaffaroni&Alagia&Slokar, 2002).

En los Estados deteriorados, a este ejercicio informal se suma el de otros entes ajenos al funcionariado esta-

tal, como grupos criminales, organizaciones armadas o actores privados armados. En este sentido, el proceso de represivización puede desplegarse **también en el ámbito del poder punitivo informal**, sin que el Estado intervenga directamente ni siquiera a través de su sistema penal subterráneo en el sentido que Aniyar de Castro le otorgaba.

Este rasgo es decisivo para comprender fenómenos como las desapariciones de personas en México, muchas de ellas ejecutadas por actores no estatales que actúan bajo un patrón represivizante idéntico al del sistema penal subterráneo estatal: control territorial, disciplinamiento social, eliminación de opositores o testigos incómodos.

En estos casos, la táctica punitiva ilegal no requiere la ejecución directa por parte de agentes estatales para cumplir la misma función política y social de neutralización y control.

3.2 PODER PUNITIVO INFORMAL Y DESAPARICIÓN FORZADA

La desaparición forzada encarna de manera paradigmática el despliegue de la táctica punitiva de la represivización —ya sea a través del sistema penal subterráneo estatal, como hemos sido testigos en su origen en la década del 60' y siguientes en la región; pero no alcanza a explicar todas las aristas que el fenómeno presenta en la actualidad:

Las desapariciones forzadas por parte de particulares que se presenta en el ámbito mexicano y otros países de la región, son ejemplo de ello. Por tal motivo se debe explorar esas otras realidades fenomenológicas que hoy están presentes en América Latina y que tienen vasos comunicantes en su razón genealógica: en el sentido

de que la persecución y supresión del *enemigo interno* ya por entonces se encontraba ligada a la implantación de un modelo neoliberal que se pretendía instalar producto de la guerra fría; pero que hoy se despliega desde el tardo colonialismo financiero incluso por fuera de los poderes estatales que por entonces usaban las tácticas punitivas desde el aparato estatal –sea éste formal, o bien, como en su gran mayoría fue presentado, desde el sistema penal subterráneo.

Sin embargo, y como se ha señalado, hoy estos poderes no estatales que aprovechan estados debilitados para un uso propio del poder punitivo, ya no requieren necesariamente del sistema estatal –sea este formal o subterráneo– para el control social, económico y territorial en nuestra región.

Esto explica, por lo tanto, que grupos de criminalidad organizada también recuperen las tácticas represivizantes otrora usadas desde las agencias estatales para aprovechar sus ventajas desde una nueva *forma subterránea informal del sistema penal* que permite que desapariciones forzadas hoy no sólo sean perpetradas por agentes de la estatalidad en función ilegal, sino por particulares.

Grupos criminales, sicariato y organizaciones armadas reproducen el *patrón represivizante*: control territorial, neutralización de opositores y disciplinamiento social, actuando como prolongaciones del sistema penal subterráneo estatal.

4. Dimensiones criminológicas de la desaparición forzada

Estas características esbozadas previamente orientan las preguntas acerca de cuáles son las dimensiones criminológicas de la desaparición forzada en nuestra región.

Así, podremos afirmar que la desaparición forzada de personas, sea cometida por agentes estatales o con su consentimiento, constituye un crimen de Estado, pero incluso en casos en que las desapariciones forzadas son cometidas por particulares o por agentes estatales, resulta siempre ser una violación grave de los derechos humanos. Además, es una violación múltiple de derechos humanos que atenta simultáneamente contra el derecho a la vida, la libertad, la integridad y el reconocimiento jurídico de la persona.

La desaparición forzada es una táctica punitiva represivizante que opera siempre en el sistema penal informal, aplicando violencia institucional en el caso de que los perpetradores sean agentes estatales u operen en su apoyo, o una violencia ilegal –e institucional por omisión estatal– en caso de que opere por particulares sin apoyo o aquiescencia estatal.

La estrategia de gobernanza punitiva represivizante se aprovecha de la táctica de la desaparición forzada para el disciplinamiento social: opera como herramienta de control social y desmovilización, especialmente en contextos de protesta, resistencias, y reclamos por derechos fundamentales.

Además, la selección represivizante produce un impacto diferenciado que, aunque puede escoger personas distintas a las criminalizadas, no deja de producir un mayor impacto y afecta de manera particular a grupos históricamente vulnerabilizados –pueblos originarios, mujeres, comunidades rurales, migrantes– y a quienes se oponen a proyectos extractivistas o políticas estatales.

5. Conclusiones

La desaparición forzada de personas en América Latina no puede comprenderse plenamente sin atender al proceso de *represivización* y su articulación con los sistemas penales subterráneos e informales no estatales. Esta categoría permite reconocer que la ilegalidad no es un defecto, sino un componente funcional del acto, diseñado para maximizar el control y la disuasión social.

En democracias formales, la desaparición forzada puede operar tanto desde el poder punitivo formal como desde el informal, y en este último caso, la ausencia del Estado no lo exime de responsabilidad. Desactivar esta lógica requiere un abordaje que combine criminología crítica, derechos humanos y políticas estructurales de prevención de masacres.

6. Bibliografía

- Aniyar de Castro, L. (1984). *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo*. En E. R. Zaffaroni (Coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer informe* (pp. 233–247). Buenos Aires: Depalma.
- Aniyar de Castro, L. (1987). *Criminología de la liberación*. Maracaibo: Ediluz.
- Aniyar de Castro, L., & Codino, R. (2013). *Manual de criminología sociopolítica*. Buenos Aires: Ediar.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

- Del Olmo, R. (1990). *La detención-desaparición en América Latina: ¿Crimen o castigo?* En *Segunda ruptura criminológica*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Gusis, G. L., & Videla, R. F. (2021). *Disidencia política, protesta social y trato punitivo. ¿Represivización o criminalización?* En G. L. Gusis & R. F. Videla (Coords.), *Reflexiones criminológicas* (pp. 15-35). Buenos Aires: Ediar. ISBN 978-950-574-933-1.
- Gusis, G. L., & Videla, R. F. (2021). *Social protest and punitive treatment in Argentina: An analysis from Latin American criminology*. En J. Shute et al. (Eds.), *Comparative Criminology in Latin America* (cap. 19). Abingdon: Routledge.
- Simon, J. (2009). *Governing Through Crime*. Oxford: Oxford University Press.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1993). *Muertes anunciadas*. Bogotá/San José: Temis / Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Zaffaroni, E. R., & Días Dos Santos, Í. (2019). *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general* (2.^a ed.). Buenos Aires: Ediar.

CAPÍTULO II

NUEVOS HORIZONTES DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL, INDEPENDENCIA JUDICIAL, INTEGRACIÓN REGIONAL Y DEFENSA DEL PLANETA

INDEPENDENCIA JUDICIAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Henry Eyner Isaza¹

Sumario: I. Control de Convencionalidad. II. El control de la convencionalidad concentrado y difuso. III. El control difuso de convencionalidad ejercido por el Poder Judicial de Panamá. IV. La Constitucionalización del proceso, Independencia judicial y Control de Convencionalidad V. Replanteamiento del Control Concentrado de Constitucionalidad en Panamá, para la aplicación del Control de Convencionalidad VI. Hacia un

- 1 Doctor Honoris Causa, Universidad San Martín, fundación Universitaria, Doctor en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Magister en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Magister en Administración de Instituciones de Justicia de la Universidad Santa María la Antigua, Panamá, Postgrado en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Postgrado en Docencia Superior de la Universidad del Istmo, Panamá, Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia, Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales, Universidad de Castilla la Mancha, España, Diplomado en Derecho Administrativo y Probatorio de la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología, Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Miembro de los Institutos Panamericanos e Iberoamericano de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, miembro de la Comisión codificadora del Código Procesal Constitucional para Panamá, conferencista, Profesor Universitario y autor de libros jurídicos.

Derecho Constitucional Commune en las Américas.
VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía

Resumen

El control de convencionalidad es un mecanismo que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados que hacen parte del Sistema interamericano, realizando un examen de confrontación normativa, en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los estándares, principios o lineamientos constitucionales elaborados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus jurisprudencias y opiniones consultivas forzosamente son obligatorios para los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Estos estándares, principios o lineamientos que forman parte del Control de Convencionalidad constituyen una base jurídica constitucional que debería ser tomada en cuenta por los Estados al momento de adecuar y perfeccionar sus sistemas constitucionales y el Derecho Interno.

Palabras clave: constitucionalización, sistema interamericano, derechos humanos, persona humana, control de convencionalidad, poder judicial, control concentrado, derecho constitucional común.

Abstract

The control of conventionality is a mechanism exercised by the Inter-American Court of Human Rights when domestic law is incompatible with the American Convention on Human Rights or other treaties that are part of the Inter-American System. It involves a normative confrontation examination in a specific case, issuing a judicial ruling and ordering the modification, repeal, annulment, or reform of internal laws or practices as necessary, protecting the human rights of individuals with the aim of ensuring the supremacy of the American Convention on Human Rights.

The standards, principles, or constitutional guidelines developed by the Inter-American Court of Human Rights through its jurisprudence and advisory opinions are mandatory for the States that are part of the Inter-American System of Human Rights Protection. These standards, principles, or guidelines, which form part of the Control of Conventionality, constitute a constitutional legal foundation that should be considered by States when adapting and improving their constitutional systems and domestic law.

Keywords: Constitutionalization, Inter-American System, Human Rights, Human, Control of Conventionality, Judicial power, Concentrated control, Common constitutional law.

I. Control de Convencionalidad

A partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de la “**Internacionalización**” del derecho constitucional y más recientemente, en las dos últimas décadas, de la “**Constitucionalización**” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos vino a reco-

nocer que, en el plano internacional propiamente dicho, los tratados de derechos humanos tienen una dimensión **“constitucional”**, no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno de cada Estado, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, **un orden jurídico constitucional de respeto a los Derechos Humanos**.

La **“constitucionalización”** de los tratados de derechos humanos, acompaña, así, con igual paso **el control de su convencionalidad**. Y este último puede ser ejercido por los **jueces tanto nacionales como internacionales**, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de Derechos Humanos. El **artículo 2** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del cual los **Estados Parte están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, abre efectivamente la posibilidad de un **“control de convencionalidad”**.

Para el profesor Víctor Bazán **“la creciente trascendencia de la intersección del Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras de afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías. En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los Derechos Humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales o internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados. La Jurisdicción Interamericana ostenta una**

naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de aquella de los ordenamientos nacionales”.²

Para el especialista en Derechos Humanos, Ernesto Rey Cantor **“El control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana”**³.

Así las cosas, la doctrina ha clasificado el control de convencionalidad en dos; **El control en sede internacional** implica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos **tiene competencia cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico**

2 Bazán, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, p. 8.

3 Rey Cantor, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, p. 47.

interno de un país con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por otra parte, **el control de convencionalidad aparece en sede nacional** cuando un juez no emplea el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado que forme parte del sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, realizando un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adoptando una decisión judicial de proteger los derechos de la persona humana.

La terminología **“Control de Convencionalidad”** que significa una comparación entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que los países se han plegado y las disposiciones del derecho interno de los Estados adheridos, fue mencionada por primera vez, en el caso **Myrna Mack Chang vs Guatemala**, en el año (2003), a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Esto no quiere decir que sólo a partir del citado caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya ejercido tal potestad, sino que desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; **lo que en verdad ha sucedido es que a partir de ese momento se comienza a utilizar el término.**

La doctrina del “control de convencionalidad” surge en el año 2006, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que **“El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpre-

tación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁴

En el caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* (2006), la Corte Interamericana estableció que **“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”**.⁵

Con referencia a lo anterior, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también **“de convencionalidad”** fundamentado en los siguientes aspectos:

1. Procede de oficio sin necesidad que las partes lo soliciten; y
2. Debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.
3. Es complementario al “control de constitucionalidad”, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y;
4. Es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos, para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación genera-

4 Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, párrafo 124.

5 Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párrafo 128.

lizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales.

Posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010)**, aclara su doctrina sobre el **“control de convencionalidad”**, al sustituir las expresiones relativas al **“Poder Judicial”** que aparecían desde el caso **Almonacid Arellano vs. Chile (2006)**, para ahora hacer referencia a que **“todos sus órganos”** de los Estados que han ratificado la Convención Americana, **“incluidos sus jueces”**, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que **“los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”** están obligados a ejercer, de oficio, el **“control de convencionalidad”**.⁶

La intencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara: definir que la doctrina del **“control de convencionalidad”** establece que cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos sus órganos, incluidos sus jueces, **también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.**

En ese mismo sentido, en el caso **Gelman vs Uruguay (2011)**, se amplió el ejercicio del control de convencionalidad a todas las **autoridades públicas**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció lo siguien-

6 Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo 225.

te **“la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana.** La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un **“control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial**”.⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos *López Mendoza vs Venezuela* (2011) y *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile* (2012), estableció **“adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”**.⁸

7 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*, párrafo 239.

8 Corte IDH. Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, párrafo 226 y 227 y CORTE IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 284.

Cabe agregar, que en el caso *Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala* (2012), la Corte Interamericana determinó que **“el Parámetro de Convencionalidad se extiende a otros tratados de Derechos Humanos del Sistema Interamericano”**,⁹ es decir a todos los tratados que forman parte del *Corpus Iuris Interamericano*. En ese orden de ideas, en el Caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname* (2014), la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que **“la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo de control de Convencionalidad”**.¹⁰

Finalmente, en la **opinión consultiva OC-21/14** Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración o necesidad de protección internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que **“las opiniones consultivas las cuales tienen por objeto emitir opiniones sobre la interpretación y alcance de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, o de otras normas de Derechos Humanos, que se encuentren en instrumentos internacionales en los que un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) sea parte, forman parte del Control de Convencionalidad”**.¹¹

9 Corte IDH. Caso *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala*, párrafo 330.

10 Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, párrafo 124.

11 Opinión Consultiva OC-21/14.

II. El control de la convencionalidad concentrado y difuso

El control de la convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “**concentrada**” o en sede internacional que es ejercida por la Corte Interamericana de los Derechos; y otra de carácter “**difusa**” o en sede nacional ejercida por los jueces nacionales, en sede interna de Cada uno de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

1. CONTROL CONCENTRADO

La primera obedece a las facultades inherentes de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es en realidad un control “**concentrado**” de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de “garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y “reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a la parte lesionada”, todo lo cual, cuando “decida hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (**art. 63**)”, teniendo dicho fallo carácter “**definitivo e inapelable**” (**art. 67**) Convención Americana sobre Derechos Humanos; por lo que los estados “se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes (**art. 68.1**) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **El control de convencionalidad** constituye la razón de ser de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y sus protocolos adicio-

nales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.

La consecuencia que se deriva del **control de convencionalidad** que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que dispone que en el caso en concreto se violó la convención, tal pronunciamiento es vinculante (artículos 62.3 y 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el Estado tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el Derecho Interno, **incluyendo la propia Constitución** como ha ocurrido en algunos casos ventilados en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Una de las manifestaciones de este proceso de **“Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”** es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del **“control difuso de constitucionalidad”** en contraposición con el **“control concentrado”** que se realiza en los Estados constitucionales por las altas **“jurisdicciones constitucionales”**, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el **“control concentrado de convencionalidad”** lo venía realizando la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.

Este **“control concentrado o en sede internacional”** lo realizaba, fundamentalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Ahora se ha transformado** en un **“control difuso de convencionalidad o en sede**

nacional” al extender dicho **“control”** a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte Interamericana de Derechos Humanos su calidad de **“intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”** cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

2. CONTROL DIFUSO

Los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer **ex officio** el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentra en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana.

El carácter **“difuso”** todos los jueces nacionales **“deben”** ejercerlo. Se trata, en realidad, de un **“control difuso de convencionalidad”**, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del **Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,** especialmente al crearse las **“Garantías”** y **“Órganos”** internacionales de protección de los derechos humanos.

Se advierte claramente una **“internacionalización del Derecho Constitucional”**, particularmente al trasladar las **“garantías constitucionales”** como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la **“supremacía constitucional”**, a las **“garantías convencionales”** como mecanismos ju-

jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una **“supremacía convencional”**.

El jurista mexicano, Sergio García Ramírez aclara que **“el ‘parámetro’ de control de convencionalidad debería no limitarse a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino a todo el corpus juris convencional de los Derechos Humanos de los que es parte el Estado”**.¹²

En ese mismo orden de ideas, el jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, agrega que **“los jueces nacionales deben aplicar no sólo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción para la protección de la persona humana, por tal razón, los recursos efectivos de derecho interno, a los cuales se refiere expresamente determinadas disposiciones de los tratados de derechos humanos, integran la propia protección internacional de los derechos humanos”**.¹³

Dicho órgano interamericano ha dejado claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones lo-

12 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

13 Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

cales, sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sobre Derechos Humanos sujetas a su competencia.

Dos razonamientos sobre el presente tema:

1. El ejercicio del control de convencionalidad cabe, tanto a los jueces nacionales como a los internacionales.
2. La obligación general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre el camino para su **“constitucionalización”**, o sea, la **“constitucionalización”** de una convención internacional.

Para el jurista y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Eduardo Ferrer Mac-Gregor, **“los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que interpreta dicha normatividad”**¹⁴. Y si seguimos esta idea y la relacionamos con el control de constitucionalidad, los jueces panameños serán al mismo tiempo guardián de **la Constitución Política y guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, lo que implica una mejor protección y garantía de los derechos humanos.

14 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012.

III. El control difuso de convencionalidad ejercido por el poder judicial de Panamá

Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del **“control difuso de convencionalidad”** aplica para el sistema de administración de justicia en Panamá, es decir para el Poder Judicial y para todos funcionarios públicos. Panamá, al haber firmado la **carta de la Organización de Estados Americanos de 1948**, ratificado la **Convención Americana sobre Derechos Humanos en el año 1978** y al haber aceptado la competencia de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 1990**, estas sentencias internacionales y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ser cumplidas y las mismas adquieren carácter **“definitivo e inapelable”**; sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los **artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados**, suscrito también por el Estado de Panamá.

De esta manera, el **“Control Difuso de Convencionalidad”** implica que todos los **jueces de Panamá y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles**, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, **de oficio**, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (**y algunos otros instrumentos internacionales**), así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus opiniones consultivas, formándose un **“Bloque de Convencionalidad”**.

El Juez local, en su juicio de **ponderación y atendiendo las circunstancias en cada caso**, puede ampliar su capacidad **interpretativa** aplicando las normas de la **Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde el Estado ha sido parte**.

En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales sean de la competencia local o nacional, necesariamente deben ejercer el **“Control Difuso de Convencionalidad”** para lograr **interpretaciones** conformes con el **Corpus Juris Interamericano**. En otras palabras, **el control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más las interpretaciones que de ello ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias y opiniones consultivas**.

El profesor **Néstor Pedro Sagües**, afirma que ya no se justifica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional sigan siendo abordados de forma estática o separada. En ese mismo sentido **“Los papeles del Control de Convencionalidad, que guardan paralelismo con el Control de Constitucionalidad, son los siguientes”**.¹⁵

a. Rol exclutorio o represivo. En este ámbito, la Corte Interamericana exige que los jueces nacionales inapliquen, por inconvencionales, es decir que reputen como carentes de efectos jurídicos, a las leyes y normas internas (con lo que caen también bajo este control, las cláusulas constitucionales), opuestas al pacto de San

15 Sagües, Néstor Pedro. Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, p1.

José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **La doctrina discute si esta tarea debe realizarla todos los jueces, o solamente quienes están habilitados para efectivizar el control de constitucionalidad.**

- b. **Rol constructivo o positivo.** El control de Convencionalidad demanda aquí que los jueces nacionales apliquen el derecho local (incluido el Constitucional), en consonancia o de conformidad con el Pacto de San José de Costa Rica y la Jurisprudencia de la misma Corte. De hecho, tal función (que llamamos “constructiva”) del control de convencionalidad, es similar al papel, igualmente constructivo, que deben realizar los jueces en materia de control de constitucionalidad. Por lo demás esta tarea está a cargo de todos los jueces, aunque algunos no estén autorizados a realizar por sí mismo control exclutorio de constitucionalidad, puesto que no pueden hacer funcionar el derecho interno o doméstico ignorando la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la referida jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El Honorable Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, **Jerónimo Mejía**, aborda el tema del **Control de Convencionalidad en Panamá** y manifiesta que, **“De todo lo expresado se puede concluir que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todos los órganos del Estado, incluyendo a sus jueces, están sometidos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. En ese sentido, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están en la obligación de ejercer de oficio un control de**

convencionalidad entre las normas internas y la Convención, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En ese mismo orden y dirección, el artículo **206 de la Constitución Nacional de Panamá**, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en función del Control concentrado de la guarda de la integridad de la Constitución, tiene la competencia privativa para el conocimiento de las **Consultas y advertencias de Inconvencionalidad**. Consecuentemente, cuando un administrador de justicia observar que la norma aplicable a un caso concreto sea contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o a otro Instrumento Internacional de Derechos Humanos que forme parte del Bloque de la Convencionalidad, o a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede automáticamente inaplicar la norma de marras, **sino que debe someter la cuestión al conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante una Consulta de Inconvencionalidad.**

No obstante, lo supra expuesto, todos los tribunales de nuestro país están habilitados y obligados de ejercer **Control de Convencionalidad Constructivo Positivo**, reservándose la exclusividad del Control de **Convencionalidad Exclutorio o Represivo** al Pleno de la Corte Suprema de Justicia; **no en vano la página Web (en internet) del Órgano Judicial Panameño contiene un “item”, dentro de la Consulta de Fallos, denominado “Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)**.¹⁶

16 Mejía, Jerónimo, Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en Panamá, en anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, Colombia, 2013, p. 476.

IV. La constitucionalización del proceso, independencia judicial y control de convencionalidad

La constitucionalización del proceso se ha manifestado para establecer con precisión, en las constituciones, cuál es el valor que debe tener tanto la norma internacional como la norma de derecho interno en relación con los derechos humanos, determinando la que debe prevalecer en caso de conflicto. Debe prevalecer la norma que le otorgue un mayor catálogo de derechos a favor de la persona humana, es decir el principio pro homine o pro persona.

La constitucionalización del proceso establece la incorporación y aplicación directa de la Constitución Política, de los tratados de Derechos Humanos, la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al proceso judicial.

La independencia judicial se basa en la separación de poderes y que los magistrados y jueces solo estén sometidos a los tratados, convenios y protocolos en materia de derechos humanos, a la Constitución Política y a la ley, que no estén sometidos a ningún tipo de injerencia o presiones internas o externas en su función de administrar justicia, esto garantiza que todo ciudadano pueda tener acceso a tribunales imparciales y objetivos que aseguren una justicia igualitaria.

La Constitución de Panamá en su artículo 2 consagra la separación de los poderes del Estado: **El poder público solo emana del pueblo, lo ejerce el Estado conforme esta constitución lo establece, por medio de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración.**

La independencia judicial es fundamental para la efectiva vigencia del Estado de derecho y la democracia. En ese mismo orden de ideas, según la Carta Democrática Interamericana, la independencia judicial resulta esencial para la existencia de un Estado democrático de derecho, la división de poderes y la independencia de los jueces y juezas que resuelven las controversias entre el Estado y las personas respecto de eventuales amenazas o violaciones a los derechos fundamentales y a los derechos humanos.

A nivel constitucional, la independencia judicial está regulada en el artículo 210 del texto constitucional de Panamá.

Artículo 210: establece que los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que la constitución y la ley.

La constitucionalización del proceso implica la aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales en todos los procesos judiciales, asegurando que los mismos se desarrollen bajo los principios de justicia y respeto a los derechos fundamentales y humanos. Esto significa que las reglas, procedimientos y normativas procesales deben estar en consonancia con la constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos, con lo cual se resalta la relevancia de la aplicación del Derecho Convencional, como una nueva rama del Derecho, la cual tiene sus génesis en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la doctrina del control de convencionalidad.

La jurisprudencia interamericana sobre independencia judicial se ha construido a partir del diálogo con el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y más recién-

temente con el Comité de Derechos Humanos que forma parte del Sistema Universal de Derechos Humanos.

1. **Caso Tribunal Constitucional vs Perú (2001)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, construyó un estándar en el sentido que los jueces a diferencias de los demás funcionarios públicos deben contar con garantías específicas relacionadas con un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y las garantías contra presiones externas precisó que los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces.
2. **Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs Ecuador (2014) y el caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador (2013)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas y establecidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato.
3. **Caso Brewer Carías vs Venezuela (2014)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mantuvo una posición entre la alegada violación de la independencia judicial y el contexto específico de un país. La Corte Interamericana establece que fallar libremente en derecho por parte del juez, forma parte del principio de independencia judicial.
4. **Caso Arguelles y Otros vs Argentina (2014) y caso Acosta y otros vs Nicaragua (2017)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que uno de los objetivos principales que tiene la separación de

los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces.

5. **Caso Villaseñor Velarde y otros vs Guatemala (2019)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que la independencia judicial es un principio ampliamente reconocido, un objetivo principal de la separación de los poderes públicos y una garantía del debido proceso indispensable para la protección de los derechos fundamentales.
6. **Caso Palamara Iribarne vs Chile (2005)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del poder judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial.
7. **Caso Gutiérrez y familia vs Argentina (2013)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que para que una investigación sea efectiva, las personas encargadas de la misma deben ser independientes, tanto jerárquica e institucionalmente como en la práctica, de aquellas personas implicadas en los hechos que se investigan.
8. **Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile (2020)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el poder judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico.

9. **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela (2009).** La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que un proceso adecuado de nombramiento judicial debe sustentarse en principios básicos, entre los cuales destacan, como elementos preponderantes, la integridad, la idoneidad y la formación o calificaciones jurídicas apropiadas de los jueces. En el mismo sentido, las recomendaciones del Consejo de Europa aportan un marco de referencia útil para este análisis, al disponer que todas las decisiones relacionadas con la carrera profesional de los jueces deben basarse en criterios objetivos, considerando como elementos centrales el mérito personal, la calificación, la integridad, la capacidad y la eficiencia del juez.
10. **Caso Apitz Barbera y otros (“corte primera de lo contencioso administrativo”) vs. Venezuela (2008),** la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que los estados están obligados a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción. En similar sentido, la Corte considera que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables.

V. Replanteamiento del control concentrado de constitucionalidad en Panamá para la aplicación del control de convencionalidad

En **Panamá**, rige actualmente el **sistema concentrado en materia del Control de la Constitucionalidad de las leyes y de actos**, pues se atribuye a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, privativamente, dicha competencia,

tal como lo establece el Artículo 206 de la Constitución Política de Panamá.

ARTICULO 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona. Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir Justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

El profesor Allan Brewer Carías, plantea que **“La constitución de Panamá le otorga a la Corte Suprema de Justicia el poder exclusivo de proteger la integridad de la Constitución y controlar la Constitucionalidad de la legislación a través de dos métodos: mediante el ejercicio de una acción directa o mediante el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad de carácter incidental, formulada por un órgano estatal inferior que tenga competencia para impartir justicia. En ambos casos de control, la decisión de la**

Corte Suprema es de efectos generales y obligatoria, y no está sujeta a ningún tipo de control”.¹⁷

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el jurista Jorge Mora Méndez manifiesta que **“existe un cambio del control de constitucionalidad al control de convencionalidad, lo que implica la necesidad de estructurar un sistema de control de convencionalidad, toda vez que a partir de los avances jurisprudenciales que ha aportado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es evidente la vinculabilidad de este tipo de control supranacional”**.¹⁸

Lo anterior, conlleva a formular las siguientes preguntas realizadas por el profesor Jorge Andrés Mora Méndez.

1. **¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos, está autorizando a los jueces de cada uno de los Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a ejercer un control difuso de Convencionalidad?**
2. **¿Qué pasa si en un Estado determinado, como Panamá, los jueces no están autorizados para ejercer un control difuso de constitucionalidad desde el contexto del Rol Exclutorio o Represivo?**

Para dar respuesta a estas preguntas, iniciamos manifestando que los operadores de Justicia deben tratar con mucho cuidado y celo las relaciones entre el **Control de Constitucionalidad** y el **Control de Convencionalidad**. No se trata de teorías, sino de instrumentos vivos

17 Brewer-Carías, Allan R. Derecho Procesal Constitucional, Investigación Jurídica S.A., Primera edición, 2002, p. 103.

18 Mora Méndez, Jorge. Memoria del IX Congreso Panameño de Derecho Procesal, 2012, p. 101.

y, además, exigidos en un caso por las normas constitucionales internas de cada Estado, y en el otro por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **El Control de Constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de Convencionalidad, se debe partir de una Constitución convencionalizada, es decir, una Constitución acorde a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus opiniones consultivas.**

Es importante establecer que ya no se justifica que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional sigan siendo abordados de forma estática o separada. Por el momento se tiene claridad sobre la existencia de un control de convencionalidad que es ejercido de forma concentrada por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, pero aún hay varios interrogantes frente a la posibilidad de que un juez en sede nacional ejerza control de convencionalidad difuso. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que el Control de Convencionalidad procede de oficio** sin necesidad que las partes lo soliciten; y debe ejercerse dentro del **marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes**, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

El **Control de Convencionalidad** es complementario al **“control de constitucionalidad”**, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y; es de aplicación también en un eventual contexto de impedimentos normativos y prácticos, para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación

generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales.

Los criterios fijados por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, que el control de Convencionalidad debe ser ejercido por **los jueces, los órganos vinculados a la administración de justicia y cualquier autoridad pública, dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales**, para no resquebrajar los sistemas constitucionales de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en el caso de **Panamá** dicho **control de convencionalidad difuso** desde el punto de vista del **Rol Constructivo o positivo**, debe ser ejercido por todos los jueces que forman parte del Órgano Judicial o cualquier autoridad pública **y del punto de vista del Rol exclutorio**, debe ser ejercido por la **Corte Suprema de Justicia en Pleno**, quien es el órgano encargado de ejercer el control de Constitucionalidad de leyes y actos de manera concentrada.

Tal como lo explica el profesor Ernesto Rey Cantor **“Si es un tribunal en el que se concentra el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional y el monopolio del Control de Constitucionalidad de la Leyes, este sería el único juez constitucional llamado a activar oficiosamente el Control de convencionalidad de la Leyes, de manera exclutoria”**.¹⁹ Si omite la activación del control eventualmente podría violar la Convención Americana sobre Derechos Humanos generando responsabilidad internacional del Estado. Y lo grave es que dicho tribunal no sólo es guardián de la supremacía de la Constitución, sino también lo es de la supremacía de la Conven-

19 Rey Cantor, Ernesto. El Derecho Procesal Constitucional, un nuevo Concepto, Ediciones Doctrina y Ley, 2010, pág. 140.

ción, por ser Estado Parte en este Tratado Internacional de Derechos Humanos.

El control concentrado de constitucionalidad en Panamá, que ejerce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, debe replantearse a la luz del control de convencionalidad desde el punto de vista del rol exclutorio, ya que la Corte Suprema de Justicia, en pleno, no es un tribunal especializado e independiente en materia constitucional, derechos humanos y Sistema Interamericano. Es por ello que se hace necesaria la creación de una corte constitucional, un tribunal constitucional o, en su defecto, una sala de garantías constitucionales, con lo cual se contaría con un órgano especializado que ejerza el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad desde el contexto del rol exclutorio o represivo.

Finalmente, la imposición del control de **convencionalidad difuso que ordena la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los Estados** va a generar un cambio en el Derecho. Por lo tanto, en América Latina se está imponiendo **un modelo difuso de convencionalidad, en donde los jueces pueden ejercer incluso de manera oficiosa dicha potestad y en el que el órgano de cierre por excelencia es la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, abriéndose la posibilidad **para pensar en una nueva competencia de este tribunal, más allá de la competencia contenciosa y consultiva que actualmente tiene.**

VI. Hacia un derecho constitucional *commune* en las Américas

La interacción entre el **Derecho internacional** y el Derecho **constitucional** resulta ineludible y sus conductos se estrechan. Por una parte, la “**internacionalización**” de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los

Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los **tratados internacionales en materia de derechos humanos** y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales “**garantías constitucionales**” a las “**garantías convencionales**”, teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

La doctrina del “**control difuso de convencionalidad**” pareciera que fue adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un proceso evolutivo de la referida “**internacionalización**”, al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales. Por otra parte, el influjo que a partir del año 2006 imprime el Tribunal Interamericano para “**irradiar**” su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, produce una intensidad y profundidad de la “**nacionalización**” o “**constitucionalización**” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales.

En los últimos años, se ha reiterado dicha doctrina por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en varios casos contenciosos, lo que denota su consolidación. Sus elementos y rasgos distintivos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los **jueces interamericanos y nacionales**. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino **fomentar el diálogo jurisprudencial** creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales y derechos humanos.

Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar y adecuar la legislación nacional con los parámetros y estándares interamericanos.

En este orden de ideas, el **Magistrado de la Sala constitucional de Costa Rica Ernesto Jinesta Lobo**, concluye que **“El Control de Convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales contribuye, notablemente, al proceso de “armonización” de los Derechos Humanos en el entorno interamericano y al surgimiento de un Ius Commune Constitucional Interamericano”**²⁰

En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el **“control difuso de convencionalidad”** es de tal magnitud, que probablemente en ella descansen **el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados Miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.**

En ese mismo sentido el ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **Sergio García Ramírez** plantea que la adopción del sistema de control difuso, **“Permitiría trazar un sistema de control extenso –vertical y general– en materia de juridicidad de los actos de las autoridades –por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales**

20 Jinesta Lobo, Ernesto, *Revista Peruana de Derecho Público*, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, p. 67.

les de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** y en otros instrumentos del **Corpus Juris regional**. Me parece que ese control extenso –al que corresponde el “control de Convencionalidad”– se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**”²¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares, principios o lineamientos constitucionales que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el “**margen de apreciación nacional**” que deben contar los Estados nacionales para interpretar el **Corpus Juris Interamericano**. De los jueces interamericanos se espera mucho y “**en la medida en que más se auto exija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales**”.

Sobre las bases de las consideraciones anteriores el profesor **Néstor Pedro Sagüés**, ha dicho que “**la doctrina del Control de Convencionalidad bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un ius commune en tal materia, en el área interamericana**”²²

El derecho convencional y control de convencionalidad viene a crear un mayor catálogo de derechos

21 García Ramírez, Sergio, *Revista Peruana de Derecho Público*, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, p. 42.

22 Sagüés, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de Ius Commune Interamericano. www.juridicas.unam.mx, p. 467.

humanos a favor de la persona humana, los cuales permeen el derecho interno y los sistemas constitucionales de los Estados.

El juez nacional, así como todo aquel llamado a administrar justicia en el orden interno de los Estados, se erige como un verdadero guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de cualquier otro tratado que forme parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de este modo, el juez nacional debería controlar que las normas internas estén conformes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicando siempre el criterio de preferencia del estándar más alto de protección del ser humano.

La construcción de un auténtico “**diálogo jurisprudencial**” —entre los **jueces nacionales y los interamericanos**—, seguramente se convertirá en el **nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI**. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de **derechos humanos** para establecer un auténtico **Ius Constitutionale Commune en las Américas**.

VII. Conclusiones

1. **El Control de Convencionalidad** obliga a los Estados que forman parte del Sistema Interamericano a adecuar su derecho interno a los principios, lineamientos y estándares fijados por la Corte Interamericana **a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas**.
2. **El Control de Convencionalidad** obliga a las autoridades públicas, es decir al Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y especialmente al Poder Judicial a aplicar los precedentes jurisprudenciales y opiniones consultivas

fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Control de Convencionalidad plantea tres interrogantes para los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano, sobre la determinación del parámetro de control para enjuiciar la norma nacional, sobre el estándar de protección y sobre el órgano llamado a ejercer el control.
4. El desafío del **Control de Convencionalidad** es que los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano, en su derecho interno deben ir avanzando hacia la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
5. El **Control de Convencionalidad** contribuye al proceso de armonización de los derechos humanos en el entorno del Sistema Interamericano y al surgimiento de un *Ius Commune* Constitucional Interamericano.

VIII. Bibliografía

- Bazán, Víctor. Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 05, Primera Edición, 2013, p. 8.
- Brewer-Carías, Allan R. Derecho Procesal Constitucional, Investigación Jurídica S.A., Primera edición, 2002, p. 103.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinador). El control difuso de

- convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012.
- García Ramírez, Sergio, *Revista Peruana de Derecho Público*, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, p. 42.
- Isaza, Henry Eyner. *La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2018.
- Jinesta Lobo, Ernesto, *Revista Peruana de Derecho Público*, número 31, editorial Moreno, S.A, 2016, p. 67.
- Mejía, Jerónimo. Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en Panamá, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Colombia, Bogotá, 2013, p. 482.
- Rey Cantor, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, p. XLVII.
- Rey Cantor, Ernesto. Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008, p. 47.
- Sagües, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de Ius Commune Interamericano. www.juridicas.unam.mx, p. 467.
- Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, párrafo 124.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, párrafo 128.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo 225.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay, párrafo 239.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza vs. Venezuela, párrafo 226 y 227.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párrafo 284.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala, párrafo 330.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, párrafo 124.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párrafo 112.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel vs. Argentina, párrafo 78.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. México, *párrafo 143*.

Opinión consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración o necesidad de protección internacional.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS LÍMITES FRENTE AL ARTÍCULO 25 DEL ESTATUTO DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA

Diego Cuarezma Zapata¹

Sumario: Introducción; 2. La competencia jurisdiccional y el supranacionalismo. La naturaleza y alcance de la competencia jurisdiccional de la Corte; 3. El supranacionalismo y su impacto en la competencia jurisdiccional; 4. Los desafíos de la competencia jurisdiccional de la Corte; 5. La relación entre la Corte Centroamericana de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 6. Delimitación de competencias: la exclusión del artículo 25; 7. La función complementaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 8. El principio de complementariedad entre las Cortes; 9. Desafíos en la práctica: casos que implican ambas Cortes; 10. Posibilidades de mejora en

1 Diego Cuarezma Zapata. Máster en Derecho Internacional (LL.M.int) por la Ruprecht- Karls Universität Heidelberg, Alemania. Máster en Derecho Internacional Inversión, Comercio y Arbitraje por la Universidad de Chile. Máster en Educación Superior e Investigación por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Profesor y Miembro del Comité Académico y Científico de la Maestría en Derecho Internacional del INEJ, Nicaragua. Director de Investigación y Posgrado del el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

la colaboración entre las Cortes. A manera de conclusión.

Resumen

El capítulo examina de forma sistemática el alcance y los límites de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la competencia jurisdiccional de la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), a partir del artículo 25 de su Estatuto. Se parte de una distinción conceptual entre jurisdicción y competencia, entendida esta última como medida del ejercicio de aquella, tanto en el ámbito interno como supranacional. Se analizan los antecedentes y la evolución de la CCJ dentro del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), destacando su carácter permanente y obligatorio. Asimismo, se estudia su función jurisdiccional, el debido proceso en sede comunitaria y el contenido del artículo 22 del Estatuto como mecanismo de tutela de derechos fundamentales. Finalmente, se sostiene que la exclusión del artículo 25 no es absoluta, dada la convergencia material entre Derecho Comunitario Centroamericano y derechos humanos.

Palabras clave: Competencia jurisdiccional. Corte Centroamericana de Justicia. Derechos Humanos. Derecho comunitario. Supranacionalidad.

Abstract

The chapter systematically examines the scope and limits of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in relation to the jurisdictional competence of the Central American Court of Justice (CCJ), based on Article 25 of its Statute. It begins with a conceptual distinction between jurisdiction and competence, the latter understood as the measure of the exercise of the former, both at the domestic and supranational

levels. The chapter analyzes the background and evolution of the CCJ within the Central American Integration System (SICA), highlighting its permanent and mandatory nature. It also examines the Court's jurisdictional function, due process in the community legal order, and the content of Article 22 of the Statute as a mechanism for the protection of fundamental rights. Finally, it argues that the exclusion set out in Article 25 is not absolute, given the material convergence between Central American Community Law and human rights.

Keywords: Jurisdictional competence. Central American Court of Justice. Human Rights. Community law. Supranationality.

Introducción

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho de la Integración ha generado, en las últimas décadas, una transformación profunda de los sistemas jurídicos contemporáneos, particularmente en aquellos Estados que han optado por participar en procesos de integración regional con vocación supranacional. En este contexto, Centroamérica no ha sido ajena a tales dinámicas, sino que, por el contrario, ha construido un entramado normativo e institucional complejo, en el que convergen instrumentos de integración económica, política y social, junto con un sólido sistema regional de protección de los derechos humanos.

La coexistencia de estos dos grandes subsistemas jurídicos —el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, articulado en torno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), cuyo órgano jurisdiccional principal es la Corte Centroamericana de Justicia— plantea

interrogantes jurídicos de especial relevancia en torno a la delimitación, articulación y posible concurrencia de competencias entre ambos tribunales internacionales. Esta problemática adquiere particular importancia a partir de lo dispuesto en el artículo 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, norma que establece que la competencia de dicho tribunal “no se extiende a la materia de derechos humanos”, la cual correspondería de manera exclusiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lejos de constituir una cuestión meramente formal o semántica, la interpretación y aplicación de esta disposición incide directamente en la efectividad de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito centroamericano, así como en la coherencia interna del ordenamiento jurídico de la integración. La aparente exclusión absoluta de la competencia de la Corte Centroamericana de Justicia en materia de derechos humanos ha sido objeto de debates doctrinales, tensiones jurisprudenciales y controversias políticas, especialmente cuando se constata que una parte significativa del Derecho Comunitario Centroamericano incorpora, de forma explícita o implícita, contenidos materiales propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este escenario, el presente trabajo se propone analizar de manera crítica y sistemática el alcance y los límites de la competencia jurisdiccional de la Corte Centroamericana de Justicia, a la luz del artículo 25 de su Estatuto, partiendo de una comprensión integral del Derecho de la Integración como un orden jurídico autónomo, dotado de principios, normas e instituciones propias, pero estrechamente vinculado a la protección de los derechos fundamentales. El análisis se inscribe dentro de

una perspectiva jurídico-dogmática, apoyada en la teoría general del Derecho Procesal, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, con especial atención al fenómeno del supranacionalismo y a la jerarquía normativa de los tratados de integración.

Resulta imprescindible, como punto de partida, abordar la distinción conceptual entre jurisdicción y competencia, categorías que con frecuencia son utilizadas de manera indistinta tanto en la legislación como en la práctica judicial, generando confusión interpretativa. Mientras la jurisdicción constituye una potestad única e indivisible del Estado —o, en el plano supranacional, del ente comunitario—, la competencia representa la medida concreta en la que dicha potestad se ejerce, atendiendo a criterios materiales, territoriales, funcionales o de grado. Esta distinción cobra particular relevancia cuando se analiza el diseño institucional de tribunales supranacionales, cuyas competencias no solo derivan de normas convencionales, sino también de principios estructurales del sistema de integración al que pertenecen.

Desde esta perspectiva, la Corte Centroamericana de Justicia se configura como el órgano judicial principal y permanente del SICA, con competencia obligatoria para los Estados miembros, conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Tegucigalpa. Su función esencial es la de garantizar el respeto y la correcta aplicación del Derecho Comunitario Centroamericano, lo que implica, necesariamente, la resolución de conflictos jurídicos que pueden involucrar a Estados, órganos del sistema, personas naturales o jurídicas, e incluso a los poderes fundamentales de los Estados miembros. En el ejercicio de esta función, la Corte no solo imparte justicia en sentido estricto, sino que también desarrolla actividades consultivas,

normativas y administrativas, propias de un tribunal supranacional moderno.

No obstante, la inserción del Derecho Comunitario Centroamericano en un contexto regional caracterizado por la vigencia y primacía de los derechos humanos plantea un desafío adicional: determinar hasta qué punto la Corte Centroamericana de Justicia puede, o incluso debe, conocer de controversias que, si bien no se fundan directamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, afectan de manera sustancial derechos fundamentales reconocidos en tratados de integración, instrumentos derivados del SICA o incluso en las constituciones nacionales de los Estados centroamericanos. Este dilema se acentúa cuando se considera que varios Estados de la región han constitucionalizado los instrumentos internacionales de derechos humanos, otorgándoles rango constitucional o supraconstitucional, e integrándolos al denominado bloque de constitucionalidad.

El artículo 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia ha sido tradicionalmente interpretado como una cláusula de exclusión competencial, orientada a evitar conflictos institucionales entre la jurisdicción interamericana y la jurisdicción comunitaria centroamericana. Sin embargo, una lectura estrictamente literal de dicha norma resulta insuficiente para resolver los problemas jurídicos que se presentan en la práctica, especialmente cuando el propio Protocolo de Tegucigalpa—norma originaria del sistema— consagra como principios fundamentales del proceso de integración el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos. Esta aparente contradicción normativa obliga a realizar una interpretación sistemática, teleológica y conforme a los principios generales del Derecho Internacional y del Derecho de la Integración.

En este sentido, el trabajo sostiene que la exclusión prevista en el artículo 25 no puede entenderse como una prohibición absoluta para que la Corte Centroamericana de Justicia conozca de asuntos que involucren derechos humanos, sino más bien como una delimitación del ámbito específico de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Ello no impide que la Corte Centroamericana ejerza sus competencias cuando la vulneración de derechos fundamentales se produce en el marco de la aplicación del Derecho Comunitario Centroamericano o de los actos de los órganos del SICA, especialmente cuando dichos derechos forman parte del acervo comunitario o se encuentran estrechamente vinculados a los fines y objetivos del sistema de integración.

Asimismo, el análisis de las competencias atribuidas a la Corte Centroamericana de Justicia en el artículo 22 de su Estatuto revela la existencia de mecanismos jurídicos que permiten una tutela efectiva de derechos fundamentales, tales como el control de legalidad de los actos estatales que afectan el Derecho Comunitario, la resolución de conflictos entre poderes del Estado, la protección frente al incumplimiento de decisiones judiciales y el acceso directo de las personas al tribunal comunitario. Estas competencias, lejos de invadir el ámbito exclusivo de la jurisdicción interamericana, contribuyen a fortalecer la protección multinivel de los derechos humanos en la región, en consonancia con el principio pro persona y con la lógica de complementariedad entre sistemas jurídicos.

Finalmente, esta introducción pone de relieve la importancia de abordar la problemática desde una visión integradora, que supere los enfoques restrictivos y fragmentados, y reconozca que la protección efectiva de los derechos humanos en Centroamérica exige la articula-

ción armónica de los distintos niveles jurisdiccionales: nacional, comunitario e interamericano. En este marco, la Corte Centroamericana de Justicia no debe ser concebida como un órgano marginal o subordinado, sino como un actor jurídico relevante en la consolidación del Estado de Derecho regional, la seguridad jurídica y la realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas que integran la comunidad centroamericana.

2. La Competencia Jurisdiccional y el supranacionalismo. La naturaleza y alcance de la competencia jurisdiccional de la Corte.

La competencia jurisdiccional es uno de los pilares fundamentales en la estructura de cualquier sistema judicial, pues define la capacidad y los límites de los órganos jurisdiccionales para conocer los casos que les son presentados. En el contexto del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) actúa como el órgano principal y permanente encargado de interpretar y aplicar las normas de derecho comunitario en la región. No obstante, la competencia jurisdiccional de la CCJ está definida y limitada por el Protocolo de Tegucigalpa, particularmente en lo relativo a los derechos humanos, lo cual genera una serie de interrogantes sobre su alcance y aplicación efectiva dentro del sistema de integración.

La competencia jurisdiccional de la Corte Centroamericana de Justicia es obligatoria para los Estados miembros del SICA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º del Estatuto de la Corte. Esto implica que los Estados están obligados a someterse a las decisiones de la Corte, una vez que se inicia un proceso en su contra. Sin embargo, a pesar de la obligatoriedad de su jurisdicción, la Corte enfrenta limitaciones derivadas de su Estatu-

to, en especial en lo que respecta a la competencia sobre derechos humanos, la cual está exclusivamente reservada para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este principio de competencia está relacionado con la noción de “jurisdicción”, que en términos generales se refiere al poder del órgano judicial para ejercer su función de impartir justicia. La jurisdicción es única e indivisible, lo que significa que no puede ser subdividida entre diferentes órganos jurisdiccionales, como en el caso de la Corte Interamericana y la Corte Centroamericana de Justicia. A pesar de esta concepción general, la distinción entre jurisdicción y competencia es clave para entender las limitaciones y alcances de la actuación de la CCJ.

Mientras que la **jurisdicción** se refiere al poder general del órgano judicial, la **competencia** se refiere a los límites específicos dentro de los cuales ese poder puede ser ejercido. En otras palabras, la competencia de la CCJ está delimitada no solo por el tipo de casos que puede abordar (es decir, los asuntos relacionados con el Derecho Comunitario), sino también por el territorio y los sujetos sobre los cuales puede ejercer su jurisdicción.

3. El supranacionalismo y su impacto en la competencia jurisdiccional

El supranacionalismo es un fenómeno que implica la transferencia de competencias de los Estados hacia organismos internacionales, que tienen la capacidad de dictar normas y tomar decisiones vinculantes para los Estados miembros, sin necesidad de su consentimiento explícito en cada caso. Este fenómeno ha sido central en el desarrollo de sistemas de integración regional, como el SICA. El supranacionalismo se manifiesta en la creación de instituciones como la CCJ, que tiene la potestad de aplicar el derecho comunitario en todos los Estados

miembros del SICA, incluso si las decisiones contravienen normativas nacionales o constitucionales.

La creación de la CCJ, a través del Protocolo de Tegucigalpa, ha sido un paso hacia la integración jurídica de Centroamérica, pero también ha generado tensiones con la soberanía de los Estados miembros, ya que implica la delegación de parte de su autoridad a un órgano supranacional. Esta delegación de competencias se da en el marco de un sistema jurídico autónomo, el cual está estrechamente vinculado a la protección de los derechos fundamentales de las personas. Así, aunque la CCJ tiene competencia en áreas clave del derecho comunitario, como la resolución de conflictos entre Estados miembros y la interpretación de las normas del SICA, se enfrenta a desafíos cuando se trata de equilibrar los principios supranacionales con las normativas nacionales, en especial en lo referente a los derechos humanos.

4. Los desafíos de la competencia jurisdiccional de la Corte

Uno de los principales desafíos de la competencia jurisdiccional de la CCJ es el conflicto entre el derecho comunitario y las normas de derechos humanos que están presentes en la Constitución de los Estados miembros del SICA. En este sentido, si bien el artículo 25 del Estatuto de la CCJ establece que la Corte no tiene competencia en materia de derechos humanos, esta exclusión ha sido objeto de debate. A medida que el derecho comunitario en Centroamérica ha avanzado, muchos de los tratados del SICA han incorporado explícitamente derechos humanos, lo que genera un campo de intersección entre la competencia de la CCJ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este campo de intersección plantea la pregunta de si la Corte Centroamericana de Justicia puede, o debe, actuar cuando los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros están en juego, pero el caso no se encuentra directamente relacionado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La interpretación de la competencia de la CCJ debe considerar no solo la letra de los tratados, sino también el principio de la integración y la necesidad de que los sistemas de justicia regionales trabajen de manera complementaria, y no competitiva.

Además, otro desafío importante es el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene una competencia exclusiva en materia de derechos humanos, según la Convención Americana. Esta competencia exclusiva ha sido vista por algunos como una barrera para la intervención de la CCJ en casos de derechos humanos. Sin embargo, el principio de complementariedad entre ambos tribunales podría ofrecer una solución, permitiendo que la CCJ intervenga en aquellos casos donde los derechos fundamentales sean vulnerados dentro del contexto del derecho comunitario, sin que ello implique una invasión de las competencias de la Corte Interamericana.

5. La Relación entre la Corte Centroamericana de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La relación entre la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido objeto de análisis y debate en el contexto del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). A pesar de que ambas Cortes comparten el objetivo común de proteger los derechos humanos, sus competencias están claramente delimitadas, lo que genera tan-

to fricciones como oportunidades para una cooperación más efectiva en la región. Esta sección aborda cómo ambas instancias interactúan, los desafíos que surgen de la coexistencia de sus competencias, y las posibles soluciones para mejorar la protección de los derechos humanos en Centroamérica.

6. Delimitación de Competencias: la Exclusión del Artículo 25

El artículo 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia establece que la CCJ no tiene competencia en materia de derechos humanos, siendo esta una atribución exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta exclusión de la competencia de la CCJ en derechos humanos ha sido interpretada de manera estricta en algunos casos, lo que ha generado preocupación sobre la efectividad de la protección de los derechos fundamentales dentro del marco del SICA.

La razón de esta exclusión se encuentra en la necesidad de evitar conflictos institucionales entre la Corte Centroamericana de Justicia y la Corte Interamericana, ya que ambos tribunales operan en esferas jurídicas que se superponen en lo que respecta a los derechos humanos. El sistema interamericano, a través de la CIDH, es considerado el órgano principal para la protección de los derechos humanos en la región de las Américas, y el artículo 25 del Estatuto de la CCJ busca asegurar que no haya duplicación de funciones entre estos dos tribunales. No obstante, esta delimitación puede ser problemática en situaciones donde las violaciones de derechos humanos se vinculan estrechamente con el Derecho Comunitario Centroamericano.

7. La Función Complementaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una función crucial en la protección de los derechos humanos en el continente, estableciendo un sistema vinculante de justicia y supervisión. Sin embargo, su competencia se limita a los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no se extiende de manera directa a los derechos derivados del derecho comunitario o los instrumentos regionales del SICA.

Por otro lado, la Corte Centroamericana de Justicia, en su función jurisdiccional dentro del SICA, tiene competencia para conocer los casos relacionados con el Derecho Comunitario Centroamericano, incluyendo los aspectos relacionados con la protección de derechos fundamentales en el marco de los acuerdos e instrumentos del SICA. Aunque el artículo 25 establece una separación de competencias entre las dos Cortes, este tipo de separación no siempre es clara, ya que algunos derechos humanos están profundamente integrados en las normas del SICA, lo que genera la posibilidad de que ambos tribunales puedan verse involucrados en la resolución de ciertos conflictos.

8. El Principio de Complementariedad entre las Cortes

A pesar de la división formal de competencias, existe una noción importante que podría resolver parte de las tensiones entre ambas Cortes: el principio de complementariedad. Este principio establece que los sistemas jurídicos nacionales y regionales, incluyendo los sistemas interamericanos y comunitarios, deben cooperar entre sí para garantizar la protección más eficaz de los derechos humanos.

En el caso del SICA y las Cortes en cuestión, el principio de complementariedad implicaría que la Corte Centroamericana de Justicia podría intervenir en los casos que afectan derechos humanos, siempre que estos estén vinculados al Derecho Comunitario Centroamericano. En este sentido, la competencia de la CCJ no se vería como una competencia independiente, sino como una complementaria a la de la Corte Interamericana. Esto se traduciría en un enfoque de “protección multinivel”, en el que la CCJ actúa cuando la violación de derechos humanos está relacionada con la normativa de integración, mientras que la Corte Interamericana se ocupa de los casos en los que los derechos humanos son la cuestión central y no necesariamente vinculados al SICA.

9. Desafíos en la Práctica: Casos que Implican Ambas Cortes

Uno de los mayores desafíos que enfrenta la relación entre la CCJ y la Corte Interamericana es la coexistencia de competencias en casos que involucran tanto violaciones de derechos humanos como la aplicación de normas de integración regional. A menudo, los derechos fundamentales de los ciudadanos centroamericanos están garantizados no solo por instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también por el derecho comunitario del SICA, lo que puede generar un conflicto de jurisdicción.

Por ejemplo, en situaciones donde un Estado miembro del SICA incumple con los compromisos establecidos en los acuerdos regionales que afectan a los derechos fundamentales, la CCJ tiene la competencia para abordar estos casos dentro del marco del Derecho Comunitario. Sin embargo, si la violación implica una interpretación de los derechos humanos en el contexto de la Convención

Americana, la Corte Interamericana podría verse involucrada. En tales situaciones, se plantea la pregunta de cuál de las dos Cortes tiene la última palabra, especialmente cuando los Estados han aceptado la competencia de ambas Cortes en diferentes momentos o bajo diferentes circunstancias.

10. Posibilidades de Mejora en la Colaboración entre las Cortes

A fin de mejorar la protección de los derechos humanos en Centroamérica, es fundamental que se establezca un **mecanismo de cooperación entre las dos Cortes**. Este mecanismo podría incluir la creación de un sistema de consultas mutuas o la posibilidad de que la CCJ derive ciertos casos a la Corte Interamericana cuando se trate de violaciones claras de derechos humanos, mientras que la Corte Interamericana podría derivar casos de integración comunitaria a la CCJ cuando estos estén relacionados con el Derecho Comunitario.

Además, la interpretación más flexible del artículo 25 del Estatuto de la CCJ podría permitir que la Corte Centroamericana de Justicia participe en la resolución de conflictos de derechos humanos que se relacionen con la aplicación del Derecho Comunitario, sin invadir las competencias de la Corte Interamericana. Esto permitiría a ambos tribunales cumplir su función sin entrar en conflicto, garantizando al mismo tiempo que los derechos fundamentales de los ciudadanos sean adecuadamente protegidos.

A manera de conclusión

El análisis detallado del alcance y los límites de la competencia de la Corte Centroamericana de Justicia, en relación con la Corte Interamericana de Derechos Huma-

nos, revela una tensión inherente entre los principios de integración regional y la protección de los derechos humanos. A través del artículo 25 del Estatuto de la CCIJ, se establece una clara delimitación de competencias, donde la Corte Centroamericana se ve excluida de intervenir en cuestiones estrictamente relacionadas con los derechos humanos, reservando esta área para la Corte Interamericana. Sin embargo, esta exclusión no puede ser entendida como absoluta, pues la convergencia de ambos sistemas jurídicos —el Derecho Comunitario Centroamericano y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos— sugiere la necesidad de una interpretación flexible de los marcos competenciales.

La propuesta de complementariedad entre ambas Cortes no solo favorece la protección eficaz de los derechos humanos en Centroamérica, sino que también fortalece el sistema de integración regional. Al permitir que la Corte Centroamericana de Justicia intervenga en aquellos casos donde los derechos fundamentales sean vulnerados en el marco de la integración, sin invadir las competencias de la Corte Interamericana, se establece un sistema multi-nivel de protección, en el cual ambos tribunales actúan de manera complementaria para asegurar que los derechos de los ciudadanos sean efectivamente protegidos.

Asimismo, la relación entre la Corte Centroamericana de Justicia y la Corte Interamericana debe basarse en una **cooperación activa y constante**, que permita la resolución de casos en los que los derechos fundamentales estén en juego, ya sea dentro del marco del Derecho Comunitario o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es fundamental que, en el futuro, se promueva la creación de mecanismos de consulta y colaboración entre las dos Cortes para resolver las controversias de manera eficiente, respetando el principio de la **comple-**

mentariedad y garantizando la protección de los derechos humanos como un objetivo común.

En definitiva, el reto para ambos tribunales es superar las barreras competenciales de manera que se maximicen las oportunidades para la protección de los derechos fundamentales, en lugar de caer en interpretaciones estrictas que limiten la efectividad de la justicia regional. La Corte Centroamericana de Justicia, como órgano clave del Sistema de la Integración Centroamericana, no solo debe cumplir con su mandato jurisdiccional, sino también colaborar estrechamente con la Corte Interamericana para fortalecer la protección de los derechos humanos y el Estado de Derecho en la región.

El futuro del sistema de justicia en Centroamérica depende de una **interpretación innovadora y cooperativa** entre ambas Cortes, que asegure la armonización de sus competencias en beneficio de los ciudadanos centroamericanos. Solo a través de esta cooperación será posible garantizar un sistema jurídico robusto, coherente y justo, en el que los derechos fundamentales sean la base del desarrollo y la integración regional.

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO PENAL, PENAL INTERNACIONAL E INTERNACIONAL PENAL

Julia Sáenz González¹

Sumario: Introducción. 1. Marco conceptual. 2. Clasificación de la legítima defensa a. Enfoque del Derecho Penal b. Enfoque del Derecho Penal Internacional c. Enfoque del Derecho Internacional Penal. 3. La legítima defensa y el caso Venezuela. Consideraciones finales.

Resumen

La legítima defensa es una causa de justificación que elimina la antijuridicidad de una conducta cuando se actúa para proteger un bien jurídico frente a una agresión injusta, actual o inminente. En el Derecho Penal se aplica tanto a personas naturales como a personas jurídicas, incluido el Estado, siempre que exista proporcionalidad y necesidad en la respuesta. Se distingue entre legítima defensa propia, defensa de terceros y defensa colectiva. En el Derecho Penal Internacional, esta figura se reconoce para proteger bienes jurídicos colectivos como la paz, la seguridad y la dignidad humana, conforme al Estatuto de Roma. En el Derecho Internacional Penal, la legítima defensa colectiva permite a los Estados actuar ante

1 Profesora Titular III de la cátedra de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, Investigadora del Sistema Nacional de Investigación. SENACYT. ORCID: 0000-0003-0301-9527

agresiones que pongan en riesgo la seguridad regional o internacional. El artículo analiza además la violencia doméstica, destacando la situación de vulnerabilidad de la mujer y la necesidad de interpretar la legítima defensa con perspectiva de género. Finalmente, se aborda el caso de Venezuela, sosteniendo que la intervención internacional puede justificarse como legítima defensa colectiva para proteger la seguridad y los derechos humanos.

Palabras clave: legítima defensa, bien jurídico, proporcionalidad, derechos humanos, violencia doméstica.

Abstract

Legitimate defense is a justification cause that eliminates the unlawfulness of conduct when acting to protect a legal good against an unjust, current, or imminent aggression. In criminal law, it applies to both natural persons and legal entities, including the state, as long as there is proportionality and necessity in the response. It is distinguished between self-defense, defense of others, and collective defense. In international criminal law, this figure is recognized to protect collective legal goods such as peace, security, and human dignity, in accordance with the Rome Statute. In international criminal law, collective legitimate defense allows states to act against aggressions that threaten regional or international security. The article also analyzes domestic violence, highlighting the vulnerability of women and the need to interpret legitimate defense from a gender perspective. Finally, the case of Venezuela is addressed, arguing that international intervention can be justified as collective legitimate defense to protect security and human rights.

Keywords: Legitimate defense, Legal good, Proportionality, Human rights, Domestic violence

Introducción

El mundo entero está en crisis, se escucha todos los días en los diferentes medios de comunicación a nivel mundial. La población entera, en los cinco continentes, está presente en las calles, formando parte de toda clase de manifestaciones como un mecanismo de defensa ante bienes jurídicos y derechos humanos los cuales consideran han sido violentados. Algunas personas están de acuerdo con estas acciones y otras en contra. Sin embargo, considero que todas estas formas de exteriorizar una insatisfacción por problemas de naturaleza sistémica son de alguna manera positivas, ya que constituyen en sí una denuncia pública mediante la cual tratan de advertir el peligro y las transgresiones de la cual es objeto el sistema democrático en el cual viven.

Por otra parte, sería interesante analizar si esta clase de comportamientos afecta la seguridad colectiva y si con esto se estaría incurriendo en algún tipo de figura delictiva. Para dar respuesta a esta inquietud, debemos comenzar por estructurar el concepto de seguridad colectiva, para lo cual tomaremos como referente los artículos 28 y 29, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y señalaremos, que la misma constituye un conjunto de mecanismos jurídico-legales, sociales y políticos que establece un Estado para garantizar la seguridad jurídica, la paz, la soberanía e independencia de su nación con respecto al resto de los Estados que conforman la comunidad internacional y, con esto se garantiza la paz entre los pueblos, pero, sobre todo la paz interna a nivel de Estado con relación a su población.

De lo antes expuesto, se puede colegir que la seguridad colectiva son todas aquellas estrategias legales y de cualquier otra naturaleza, utilizadas por la estructura gubernamental del Estado para mantener el orden pú-

blico y lo que de este se deriva. En este caso, pudiese decirse, en primera instancia, cada vez que hay disturbios en las calles, como, por ejemplo: tranques de vías públicas, marchas que terminan en motines, constituyen una acción que atenta contra la seguridad colectiva. Pero, la Carta de Naciones Unidas en su artículo 51, contempla la legítima defensa colectiva y, aunque la misma se maneja en el Derecho Internacional, para los efectos de actos de agresión entre los Estados, también podemos considerar como acto de agresión, cuando un Estado carece de una Política Criminal definida y debidamente institucionalizada que determine, coordine y supervise políticas públicas de naturaleza social, a través de las cuales se satisfaga las necesidades primordiales de la población. En este caso, la población tiene el derecho a buscar todo tipo de medida, de naturaleza legal, que le garantice el restablecimiento de los derechos afectados.

En síntesis, en la medida en que las acciones de protestas legales, en una población, tengan como finalidad la búsqueda de mecanismos para restaurar los derechos humanos del pueblo en general; éstas son consideradas como una forma de legítima defensa colectiva que pretende lograr la defensa al ataque directo de los derechos de la sociedad, por parte del Estado y, con esto evita ser víctima de delitos del sistema, como delitos contra la administración pública, ejemplo: corrupción, peculado.

En este mismo orden de ideas es preciso señalar que la afectación interna a la seguridad colectiva de un Estado a través de la comisión de figuras delictivas de carácter transnacional puede llegar a vulnerar y poner en riesgo la seguridad colectiva de la comunidad internacional de la cual forma parte dicho Estado. Por ejemplo, si en un Estado no existen políticas públicas suficientes y necesarias para garantizarle a su población el óptimo

desarrollo de las necesidades básicas de todo ser humano y dichas condiciones se constituyen en la causa fundamental de movimientos migratorios externos, sin control, esto puede considerarse en una justificante para que la comunidad internacional intervenga.

Otro ejemplo, lo constituye el hecho de que los miembros quienes ejerzan el régimen gubernamental de un Estado realicen cualquier tipo de delito de orden transnacional como pueden ser: narcotráfico, blanqueo de capitales, terrorismo, entre otros, puede este tipo de conductas ilícitas convertirse en el fundamento de toma de decisiones intervencionistas por parte de la comunidad internacional con la finalidad exclusiva de poner fin a tales ilícitos ante tribunales de justicia imparciales de otros países.

En atención a lo expuesto en párrafos anteriores, hemos considerado importante y necesario hacer un breve análisis sobre cómo la legítima defensa es una causa de justificación que no solamente aplica como condición justificante de conductas que bajo otras circunstancias hubieran sido consideradas como ilícitas, llevadas a cabo por personas naturales; sino, también, en qué momento bajo qué circunstancias amparan y justifican las acciones realizadas por un Estado en calidad de persona jurídica. Por ello, hemos estructurado este artículo científico en las secciones siguientes: un marco conceptual, en el cual desarrollamos conceptos fundamentales de la legítima defensa y sus componentes; la clasificación de la legítima defensa en atención a enfoques jurídicos, tales como el Derecho Penal (aquí hacemos una revisión del Derecho Positivo Penal Panameño), el Derecho Penal Internacional (específicamente el Estatuto de Roma); y el Derecho Internacional Penal (tomamos en consideración la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Carta Democrática Interamericana, entre otras). Luego, conti-

nuamos con un breve análisis jurídico penal del caso Venezuela y la legítima defensa colectiva.

1. Marco conceptual

El Derecho Penal otorga responsabilidad penal a todo acto o conducta ilícita realizada por una persona natural o, por una persona jurídica. Entendiendo que esta última puede encontrarse al amparo del Derecho Privado (tenemos como ejemplo: sociedades, fundaciones, asociaciones, etc.) como aquellas propias del Derecho Público y dentro de las cuales se encuentra el Estado. Dicho esto, debemos entender entonces que un Estado es una persona jurídica que, a su vez, posee personalidad jurídica. Es decir, un Estado es un ente jurídico con capacidad para tener derechos y obligaciones, por lo cual toda conducta realizada por los miembros de su gobierno (sean estos funcionarios o servidores públicos) van a generar consecuencias jurídicas que deben asumir y del cual el Estado responderá solidariamente con ellos.

Lo anterior, se confirma con la opinión que el jurista colombiano Rosero² (2018) hace cuando considera que toda persona jurídica, independientemente de su naturaleza. Es decir, sea pública o privada, tiene una personalidad jurídica y con estos es poseedora de todos los elementos que la misma conlleva.

- 2 Rosero, 2018, pp. 28. "..., independientemente de las teorías que justifican la personalidad tanto para personas naturales, como para personas jurídicas –públicas o privadas–, puede decirse que para ambas las consecuencias de la noción de personalidad son prácticamente la misma. Incluso si se concentra en las personas jurídicas, a pesar de las posturas que tratan de explicar su naturaleza jurídica –derecho privado– o el sujeto de imputación –derecho público–, ambas son titulares de los atributos de la personalidad."

Es importante hacer esta explicación puesto que al igual que las personas naturales, para las personas jurídicas de naturaleza pública como el Estado también surte efecto al momento de realizar éste determinadas acciones el amparo de las llamadas causas de justificación.

Las causas de justificación constituyen formas atípicas de la conducta ilícita y que tienen como consecuencia eliminar el carácter ilícito de la acción realizada por el agente. Es decir, eliminan el carácter de injusto al tipo penal con relación a una acción ilícita determinada. Por consiguiente, van en contravención a la teoría del injusto jurídico, que implica que la conducta realizada por el agente debe corresponder a la tipicidad y antijuridicidad del delito.

De manera tal, que las causas de justificación o condiciones justificantes tienen como finalidad eliminar la naturaleza jurídica del injusto jurídico que es la norma penal, ya que si bien es cierto, que el legislador pretende a través de la ley penal proteger un bien jurídico, también considera situaciones en las cuales se puede ver inmerso un bien jurídico de mayor importancia y que debe salvaguardarse con acciones que en otras condiciones conformarían delito.

En principio, a través de la inclusión en el Derecho Penal de las causas de justificación, en realidad se hace la defensa de un bien jurídico con respecto a la agresión de otro bien jurídico. Encontrándose dos bienes jurídicos en conflicto y se está protegiendo uno con respecto al otro.

En cuanto a este tema, el jurista mexicano NINO (2000) manifiesta la importancia de tomar en cuenta al momento de valorar si estamos ante la presencia de una causa de justificación o no, la mayor jerarquía o valor del bien jurídico afectado o en riesgo y el cual se pretende

defender. Esto se debe a que este se encuentra vinculado a derechos humanos que pertenecen a cada miembro de la sociedad y, cuya salvaguarda permite una convivencia pacífica entre ellos. Sin embargo, dentro de estos bienes jurídicos hay unos que tienen prevalencia con respecto a otro, cuya importancia se determina tomando en cuenta los siguientes aspectos: **primero**, la disponibilidad del bien jurídico; es decir, los bienes indisponibles son aquellos cuya titularidad es compartida con el Estado, aunque el titular los proteja o no, el Estado interviene en su protección. Por ejemplo: la vida, en un delito de homicidio, aunque los parientes de la víctima perdonen al victimario, el proceso penal va a seguir en su contra, no se detiene, porque también es titular el Estado.

Por otra parte, están los bienes jurídicos disponibles que son aquellos cuya titularidad solamente es de una persona en particular; es decir, no interviene el Estado. Por ejemplo: el patrimonio económico, en el delito de apropiación indebida, si la víctima perdona al victimario, el proceso penal puede suspenderse, ya que la titularidad del bien es exclusiva del particular.

En síntesis, los bienes jurídicos indisponibles tendrán mayor trascendencia que los disponibles.

En cuanto a este **primer aspecto**, es importante destacar que podemos hacer la comparación en cuanto a la visión de los bienes jurídicos con relación al Estado con respecto a la comunidad internacional. De manera tal, que para un Estado podemos catalogar como bienes jurídicos indisponibles la democracia, la libertad, la vida, la seguridad colectiva, la soberanía. Esto nos lleva a la siguiente reflexión: cada vez que estos bienes jurídicos estén siendo vulnerados por un Estado en perjuicio de su población, la comunidad internacional puede tomar acciones para proteger tales bienes jurídicos y serán ampa-

rados por circunstancias justificantes siempre y cuando dichas acciones cumplan con los requisitos que la normativa jurídica internacional contempla.

Segundo aspecto, la magnitud del daño ocasionado e impacto social ocasionado con la transgresión del bien jurídico afectado en la comisión del hecho punible. **Tercero**, la punibilidad que se le asigne al delito que haya tenido como resultado la transgresión de un bien jurídico. Es decir, el delito que tenga una pena mayor con respecto a otro se entenderá que el bien jurídico que protege tiene mayor importancia. **Cuarto**, al grupo de bienes jurídicos que pertenezca. Esto es según el título en el cual haya quedado ubicado dentro del Derecho Penal.

2. Clasificación de la legítima defensa

Las escuelas penales a través de la evolución del Derecho Penal han tratado de justificar la importancia y necesidad de la existencia de la legítima defensa, indicando que la misma conlleva por una parte, el reconocimiento que el propio Estado hace de su falta de capacidad para poder brindarle siempre a sus ciudadanos la facultad de auto protegerse, convirtiendo lo injusto en justo, pero sin caer en extralimitaciones; y por otro lado, es un deber jurídico que anula la injusticia de la agresión sufrida y elimina la condición antijurídica de la reacción manifestada por quien ve agredido su interés jurídico.

En este mismo orden de ideas, podemos colegir que la legítima defensa es aquella circunstancia excluyente de antijuridicidad en la conducta ilícita realizada, debido a que el agente está defendiéndose de una agresión, no motivada, que atenta contra sus bienes jurídicos y, sobre todo que no existía ninguna otra forma de protegerse. Además, el medio utilizado para llevar a cabo este comportamiento no va más allá de los empleados para dañarle.

La dogmática penal hace diversos planteamientos con respecto a la clasificación o diferentes tipos de legítima defensa existentes. En términos generales, consideramos que la legítima defensa puede analizarse su clasificación en atención a diversos enfoques, tales como: el Derecho Penal Positivo, Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal, los cuales desarrollaremos a continuación:

A. ENFOQUE DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal, en términos generales, distingue la legítima defensa en dos categorías: la legítima defensa propia y la legítima defensa impropia.

i. Legítima Defensa Propia:

Como legítima defensa propia podemos entender aquella defensa que hace el agente con respecto a su vida, bienes o intereses jurídicos que son exclusivamente de su propiedad. Es decir, con la afectación de estos estaría recibiendo un daño o menoscabo directo a su persona, vida, integridad personal, o patrimonio, puesto que la agresión injusta o ilícita va dirigida directamente a él o ella. Esta clase de defensa propia o legítima defensa es la que se encuentra regulada en las legislaciones penales de los diferentes países. Por ejemplo, en Panamá, la legítima defensa se encuentra regulada en el art. 32.³ Código Penal [CP]. Ley 14 de 2007. 18 de mayo de 2007 (Panamá)

- 3 No comete delito quien actúe en legítima defensa de su persona, de sus derechos o de un tercero o sus bienes, siempre que las circunstancias así lo requieran. La defensa es legítima cuando concurren las siguientes condiciones: 1. Existencia de una agresión injusta, actual o inminente de la que resulte o pudiera resultar afectado por el hecho; 2. Utilización de un medio racional para impedir o repeler la agresión; y 3. Falta de pro-

En el texto legal antes citado establece con respecto a la legítima defensa propia los aspectos siguientes:

- (1) La legítima defensa implica una forma de causas de justificación mediante la cual el agente, al momento de llevarla a cabo, elimina en su totalidad el injusto jurídico de la conducta realizada. De tal manera, que la ley considera que no existe uno de los elementos fundamentales del delito como lo es la antijuridicidad y, por consiguiente, no existe figura delictiva y no hay responsabilidad penal del agente con respecto al sujeto pasivo.
- (2) Considera fundamental analizar el acto realizado por el agente para defenderse en contexto con las circunstancias que envuelven el hecho, situación que conlleva a pensar que se valorarían los mismos elementos que el juez analiza al momento de individualizar la pena, mismos que se encuentran contemplados en el art. 79⁴ [C.P]. Es decir, se debe tomar en cuenta con respecto a la conducta realizada por el agente, que esta se haya originado en atención a los factores siguientes:

vocación suficiente por parte de quien se defiende o es defendido. Se presume que actúa en legítima defensa quien razonablemente repele al que, sin su consentimiento, ha ingresado a su residencia, morada, casa o habitación.

- 4 El juez dosificará la pena tomando como fundamento los siguientes aspectos objetivos y subjetivos: 1. La magnitud de la lesión o del peligro y la mayor o menor voluntad de dañar. 2. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar. 3. La calidad de los motivos determinantes. 4. La conducta del agente inmediatamente anterior, simultánea y posterior al hecho. 5. El valor o importancia del bien. 6. La condición de inferioridad o superioridad y las ventajas o desventajas existentes entre el agente y la víctima. 7. Las demás condiciones personales del sujeto activo o pasivo, cuando la ley no las considere elementos del delito o circunstancias especiales.

- (a) La afectación haya sido ocasionada por una acción o agresión injusta. Esto implica que la misma sea de carácter ilícita. Es decir, no debe haber sido provocada por el agente. En otras palabras, quien se defiende no debió haber realizado algún acto que hubiese traído como respuesta la agresión de la que fue víctima. Ejemplo: el sujeto A, llega al restaurante donde se encuentra el sujeto B, se dirige hacia él y lo golpea, luego ese mismo sujeto A sale del restaurante y cuando está en el estacionamiento para subirse a su vehículo, llega el sujeto B, lo golpea fuertemente en el rostro y el sujeto A, le regresa los golpes y finalmente el sujeto B, fallece. En este ejemplo, podemos darnos cuenta de que la agresión sufrida fue provocada por el agente, en primera instancia.
- (b) Ahora, bien, en el Código Penal panameño pareciese que la agresión recibida por el agente debe ser intencional o con ánimo de ocasionarle un daño. Pues, de no ser así, la respuesta del agente sería de otra manera. Por ejemplo: solamente con asombro y sin temor, lo que no le implicaría devolverle la agresión recibida. Sin embargo, existen autores quienes opinan que no necesariamente debe existir algún tipo de dolo, ya fuese directo o eventual al momento de manifestar la agresión, inclusive puede ser una conducta bajo la modalidad de la culpa, bajo la forma de la imprudencia y, de igual manera, puede considerarse agresión (Jescheck; Weigend, 1996/2014)

De lo expuesto en el párrafo que antecede podemos colegir que la conducta realizada por el agente conlleva dos elementos fundamentales: primero, debe ser injusta. Esto implica que no ha sido provocada y que tiene la característica de ilícita o antijurídica. Segundo, debe ser intencional. Esto nos da a entender que si bien la persona a lo mejor tenía la intención directa de realizar la agresión

(dolo directo), si lo había contemplado como una posibilidad de que pudiese ocurrir (dolo eventual). Ejemplo: un asaltante que se dirige hacia un sujeto que se encuentra en la estación del metro con la intención de llevarle la billetera, pero el sujeto lo advierte, muestra resistencia, el asaltante lo golpea y saca una navaja para atacarlo, el sujeto ante esta situación saca una manopla, lo golpea y este cae al suelo, muerto. En principio, en el asaltante con respecto al robo había dolo directo, pero, con relación al ataque hacia la víctima había un dolo eventual.

(c) El momento en el cual se da lugar la agresión debe ser actual o inminente. Este apartado puede ser comentado en los términos siguientes:

- i) Es importante aclarar que las palabras actual o inminente involucran significados totalmente diferentes. En este caso, se explica en lo subsecuente así: cuando la norma penal se refiere a una agresión actual, está haciendo referencia a un suceso que ocurre en forma inmediata. Este a su vez, proviene del latín *immediātus*, el cual corresponde al adjetivo suceder enseguida, en el momento, no tarda (Real Academia Española, 2022). Por ejemplo, en el mismo instante en que el sujeto es atacado por el malhechor, aquel le responde la agresión en el acto.

Por otra parte, nos encontramos con el vocablo inminente, que se deriva del latín *imminens*, definiéndose como una amenaza o un suceso que está por suceder muy pronto (Real Academia Española, 2022).

Lo expuesto anteriormente, nos conduce a reflexionar lo siguiente: primero, la agresión que ocasiona un daño propinado por el agente a su agresor se proporciona al unísono o enseguida

que sufre la agresión. Como segunda opción, puede darse el hecho que el agente responde un tiempo después de ocurrida la agresión principal, pero, manteniéndose en el tiempo la posibilidad de una lesión o daño al agente. Con relación a este tema, existen penalistas quienes consideran que la diferencia entre actual (inmediata) o inminente consiste en que la primera, conlleva una agresión directa y en el acto pero, con la segunda, el agente o víctima se mantiene a la defensiva porque sabe y está consciente que en cualquier momento su agresor le va agredir porque está en condiciones para hacerlo pero, además, la situación de peligro continúa vigente aún después de haber sido dañado o lesionado físicamente con anterioridad. Esto es posible, según la dogmática penal, puesto que "...la legítima defensa es posible desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y tiene a su disposición los medios idóneos para hacerlo, o sea que puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato para los bienes jurídicos." (Zaffaroni et.al., 2006)

- (ii) El resultado de la agresión puede conducir a que el agente se proteja en el momento o, esté a la expectativa o alerta para protegerse ante la amenaza y daño que aún se mantiene, pero, está tratando de evitarlo con la respuesta en un momento distinto al que recibió la agresión.
- (3) El medio utilizado para defenderse de la agresión debe ser racional al utilizado por su atacante. Esta condición se refiere a que la víctima debe hacer uso de un medio o mecanismo de respuesta a la agresión sufrida igual, pero, no mayor. Es decir, hará uso a su necesidad de defenderse y protegerse de la agresión que está sufriendo,

pero, además, debe existir una proporcionalidad entre el medio que le ocasionó el daño y el empleado para defenderse. Por ejemplo: si A es atacado por B, utilizando solamente sus manos; A, no debe utilizar una metralleta para defenderse. Pero, es preciso aclarar que lo más importante es que quede claro en las implicaciones que acarrea la palabra proporcionalidad, ya que si A es una persona con discapacidad física que le obliga a utilizar una andadera y mide 1.50 m de estatura, mientras que su atacante mide 1.98 m y le está jaloneando la andadera y para defenderse la persona con discapacidad utiliza su andadera para defenderse, propinándole con la silla un golpe que lo deja inconsciente en el suelo y fallece con posterioridad como resultado del golpe. En este caso, podemos decir con seguridad que se da la proporcionalidad y, por ende, la racionalidad de la respuesta a la agresión. (Muñoz Conde; García Arán. 1995).

Una vez realizado el análisis jurídico de la legítima defensa propia, tal como se consagra en la legislación penal panameña, consideramos oportuno, para la mejor comprensión del tema que nos ocupa, hacer énfasis en la clasificación que se deriva de la legítima defensa propia, dentro de la cual indicamos lo siguiente:

- 1) **Legítima defensa directa:** aquí el agente protege directamente su vida, sus bienes, intereses jurídicos, su patrimonio, de la agresión injusta de un tercero. Eso quiere decir, nos encontramos ante el ejercicio del derecho y deber que tiene todo ser humano de defenderse ante los ataques a terceros, que pudiesen poner en peligro o dañar, su vida y todo aquello que le pertenece.
- 2) **Legítima defensa indirecta,** no tiene la acogida que debiera en países como el nuestro, Panamá y en la gran mayoría de los países que siguen un sistema jurídico continental. Esto obedece, entre otras cosas al aspec-

to del tiempo o momento de respuesta por parte de la víctima hacia su agresor. Es decir, gran parte de la doctrina penal no toma en consideración todo el período de tiempo inmediatamente después de la agresión, dentro del cual los efectos del daño o agresión se mantienen vigentes mientras persista el peligro del daño sufrido por la agresión.

La legítima defensa indirecta es una causa de justificación que consiste en ejercer la defensa propia durante el momento de tiempo posterior al ataque del agresor, pero, en el entendido que aún persiste el peligro de dañar el bien o interés jurídico que el agente pretende defender. Este aspecto pudiese ser explicado al señalar que la noción de peligro que representa la agresión implica advertir el daño, bajo dos premisas distintas. Por una parte, peligro actual e inminente en atención al daño ocasionado por el agresor a la víctima y, por otro lado, tratar de advertir la viabilidad de la presencia de un peligro o daño subsistente. Esto a su vez, hace referencia a que aún luego de realizada la agresión, por no haberse consumado el acto final de daño y encontrarse en la fase de riesgo; puede la víctima llegar a realizar cualquier tipo de conducta con la finalidad de lograr su protección, es viable a nivel de legítima defensa, pero indirecta. (Fian-daca; Muzco. 2006)

En otras palabras, la legítima defensa indirecta conlleva, entre otras cosas, prestar cuidado al hecho de que la agresión puede desarrollar sus efectos en dos momentos distintos. Primero, en el momento de actualidad, es decir, en el justo ahora, en el instante que se es víctima del daño o agresión. Mientras que el segundo, puede estar relacionado con la condición de inminente, el cual tiene como referente que puede llevarse a cabo de manera subsistente, esto nos indica que, aunque se haya llevado a cabo la agresión, aún la víctima está en riesgo de su-

frir el mismo daño, pero en un momento distinto y que de igual manera la persona no va a tener a su alrededor los mecanismos jurídicos para su protección y tendrá que recurrir a ella misma para protegerse.

La legítima defensa indirecta puede darse entre personas conocidas o personas desconocidas. Con relación a esta última, podemos explicarla a través del ejemplo siguiente: el señor Z es asaltado por el señor P, quien le lleva la billetera y el reloj marca Rolex, sale corriendo y detrás de él va el señor Z, correteándolo con la finalidad de recuperar sus pertenencias pero, a la vuelta de la esquina, el señor P, se voltea y le hace unas detonaciones con arma de fuego al señor Z, quien saca también su arma y le hace igualmente un disparo certero, logrando que la bala se le aloje en el cerebro causándole la muerte en el acto.

a) Diferencia entre la legítima defensa indirecta y el miedo como eximente de culpabilidad

La diferencia existente entre la legítima defensa indirecta y el miedo como eximente de culpabilidad implica que en aquellas situaciones en que el agente actúa como consecuencia del miedo, esta condición no elimina el injusto jurídico de su conducta; de manera tal, que la ley penal panameña considera que el agente incurrió en la comisión de una figura delictiva pero, se le exime lo que quiere decir: se le libera de la responsabilidad penal y debe resarcir la agresión o afectación a través de una indemnización por daños y perjuicio. Esto se colige del art. 42⁵ [CP] en el cual se le establecen varios requisitos con los cuales debe cumplir el miedo, para que este sea con-

5 No es culpable quien actúa bajo una de las siguientes circunstancias: ...2. Impulsado por miedo insuperable, serio, real e inminente de un mal mayor o igual al caudado.

siderado como un eximente de culpabilidad, siendo estos los siguientes:

- 1) Insuperable, esto nos dice que el miedo debe consistir en un sentimiento de terror lo que hace imposible que la persona pueda controlar sus impulsos en el momento en que está realizando la acción.
- 2) Serio, es necesario que la situación que trae como consecuencia el miedo sea verídica, no haya sido la simulación de peligro o, la creencia de que es probable que se encuentre en riesgo. La situación debe tener la connotación de poder ser verificada. Ejemplo: el sonido que se escuchó efectivamente fue una bomba y no fuegos artificiales.
- 3) Real e inminente, este hace referencia a que el miedo no sea producto de sensaciones aprendidas, como, por ejemplo, el temor a las alturas, a los espíritus o fantasmas, a las cucarachas o ratones, etc. Esto implica una condición que cualquier otra persona ante la misma circunstancia tendría la misma sensación de miedo. Además, esta sensación le está indicando que el daño o peligro podrá suceder en cualquier momento a partir del instante en que se tuvo ese sentimiento en el cuerpo del agente y que si no lo frena con la acción que va a realizar el daño sería mayor o igual al que ocasionó el miedo.

Por otra parte, la legítima defensa indirecta al ser considerada una causa de justificación, el legislador indica que se da una afectación de la condición de injusto de la conducta ilícita realizada por el agente; por consiguiente, la ley penal considera que no hay delito, ni culpabilidad y no debe responder civilmente por el daño ocasionado, todo esto debido a que se eliminó el elemento de antijuridicidad del delito y que forma parte de uno de los factores que conforman la culpabilidad del agente.

En lo referente a las diversas formas o clases de la legítima defensa indirecta se pueden ubicar las siguientes:

a) Legítima defensa indirecta entre desconocidos:

este hecho se da entre personas que no tienen ningún vínculo de parentesco o amistad. Por ejemplo: una joven de nombre Estrella se encuentra en la estación de metro, cuando es asaltada por un hombre de nombre Oscuridad. Ella como puede, se escapa, pero, el agresor la sigue dentro del metro, entra al mismo vagón al cual ella se subió, al llegar a la estación del metro que le correspondía, se baja, la estación está solitaria, ella advierte que el hombre continúa siguiéndola, él la adelanta en el paso y ella, al darse cuenta de esto, toma una varilla de hierro que ve tirada, se le abalanza, lo golpea y lo mata. En este caso, la joven Estrella advierte que va a ser víctima de un segundo atraco y lo más probable que de una agresión sexual, razón por la cual decide defenderse para evitar el ataque y perder su vida.

b) Legítima defensa indirecta entre conocidos: aquí corresponde incorporar a la legítima defensa con perspectiva de género, dentro de la cual podemos identificar a situaciones que se dan con la violencia doméstica y el feminicidio.

Para entrar en contexto señalaremos que hemos realizado un análisis jurídico en párrafos que anteceden tomando como punto de partida la dogmática penal y la legislación penal panameña, misma que refleja los aspectos básicos que sobre el mismo instituto jurídico se observa en las legislaciones del resto de América Latina y Europa, abarcando también tanto el Derecho Internacional Penal como el Derecho Penal Internacional, teniendo todos como denominador común el que son circunstancias que envuelven, principalmente, una situación que se sus-

cita de repente y entre extraños, principalmente. Sin embargo, dichos supuestos no se analizan para su aplicación en escenarios en los que los actores mantienen un vínculo de parentesco que los identifica como parientes cercanos –como el esposo y la esposa o cónyuges– y en los que los hechos son consecuencia de violencia doméstica, familiar o vicaria, o incluso de una tentativa de feminicidio, situaciones en las que la víctima (la mujer) termina convirtiéndose en victimaria de su agresor.

Con respecto a los comentarios expuestos con anterioridad, ya la doctrina penal se ha manifestado con relación a ello, haciendo énfasis en la importancia de que el juez haga un abordaje previo del concepto de violencia de género en atención a parámetros emitidos por Naciones Unidas a través de diferentes instrumentos internacionales. (Leonardi; Scafati. 2019)

El delito de violencia doméstica conlleva los elementos siguientes:

- 1) En el delito de violencia doméstica existe una forma de violencia de género en aquellos casos en que la víctima es la mujer, puesto que puede ser el resultado de un hostigamiento o de una violencia patrimonial.
- 2) El hostigamiento identificado como uno de los verbos tipos que puede llegar a configurar el delito de violencia doméstica, implica la existencia de molestias recurrentes e ininterrumpidas por parte del agresor a su víctima, cuyos efectos traen consigo el hacer sentir incómoda a la persona y pensar que es un ser inferior, en todos los aspectos, con respecto a su agresor. Esta condición trae dentro de sus múltiples consecuencias el hecho de que la víctima cambie su personalidad, convirtiéndose en una persona ensimismada, nerviosa, insegura, entre otras cosas. Además, crea en ella un sen-

timiento de pánico permanente hacia su agresor, porque sabe que en cualquier momento este le va a ocasionar algún tipo de daño físico o hasta la muerte.

- 3) En cuanto a la violencia patrimonial como otro de los verbos tipos a través del cual puede llegar a configurarse este delito, implica una forma de agresión hacia el patrimonio de la víctima, ya que su agresor pretende que su víctima hipoteque sus bienes y el dinero lo utilice para cubrir compromisos económicos que aquel (el agresor) ha adquirido o, simplemente para que le entregue el dinero.
- 4) Podemos observar que en ambas conductas, cualquiera que realice el agresor (puesto que no es necesario que el agente o sujeto activo lleve a cabo todas las acciones para que se pueda hablar de violencia doméstica, basta que se lleve a cabo una de ellas para darnos cuenta de que se ha consolidado el delito de violencia doméstica) lo coloca en una posición de dominio con relación a la víctima, haciendo de la relación doméstica o marital, un vínculo desigual en el que la posición de poder la desempeña el varón.
- 5) Se caracteriza la presencia de una relación desigual de poder entre los miembros de la familia, en este caso, el esposo y la esposa (novios que tengan un hijo en común, esposos, cónyuges, parejas separadas, pero con un hijo en común).

El fenómeno de la violencia doméstica puede tener su origen en aspectos culturales, en desórdenes en la salud psicológica o costumbres adquiridas en la educación tanto de la víctima como del agresor o agresora. Además, debemos tomar en cuenta que este tipo de conductas disfuncionales afecta uno de los pilares de la sociedad y por ende del Estado, como lo es la familia; entendiendo como tal, a aquel grupo de personas unidas por vínculos

tales como: el parentesco por consanguinidad, afinidad, jurídico y por la relación laboral entre personas que viven en un mismo lugar.

En esta clase de situaciones se puede observar una relación de poder o dominio entre el agresor y su víctima, en la que, además de dejar claro quién es la persona que está a la cabeza de la familia, también convence a la víctima de la codependencia que tiene con respecto a él.

Tomando en consideración los comentarios expuestos en los párrafos que anteceden hemos podido advertir, que en aquellos casos en que la violencia doméstica vaya dirigida hacia la mujer, esta se va a encontrar siempre en una posición de desventaja física y anímica, con respecto al varón, que implica el estar siempre en una posición que conlleva una agresión actual e inminente, debido al círculo vicioso de la violencia dentro del cual se desenvuelve.

Si bien es cierto, en Panamá, existen medidas especiales de protección a la víctima de violencia doméstica, entre las cuales podemos observar: solicitarle al agresor que abandone el domicilio conyugal mientras dure el proceso, pero esto tiene como plazo mínimo un mes y máximo hasta de seis meses y se puede prorrogar si lo solicita la parte ofendida. Art. 334. Código Procesal Penal [CPP]. Ley 63 de 2008. 28 de agosto de 2008. (Panamá). De igual manera, también hemos podido advertir que las mismas no son suficientes, puesto que generalmente el victimario le da seguimiento a la víctima y la mata. Esto sucede, aunque tenga orden de alejamiento hasta de 200 metros e inclusive en aquellos casos en que el juez le suspende, al agresor, el permiso para portar arma de fuego, según art.333, numerales 2 y 3. [CPP]

Las situaciones jurídicas planteadas mantienen a la mujer bajo una agresión injusta, actual o inminente per-

manentemente, aunque existan mecanismos legales de protección a la víctima, puesto que el agresor tiende a pasarlos por alto. Esto se debe a que ella se encuentra sumergida en la vorágine del círculo de la violencia, situación que la atterra a tal extremo que siente temor de salir de ella, para evitar que el agresor regrese o la busque con mayor violencia y que esta vez, además, la mate. Por estas razones, consideramos necesario que, para este tipo de delitos, la ley penal contemple la necesidad de reconocer a la mujer víctima de violencia doméstica una defensa en abstracto. Esto quiere decir, que independientemente de cualquier alternativa de defensa que ella tenga, llámese, por ejemplo: huir del domicilio conyugal, acudir a sus familiares o amistades, interponer una denuncia y querella, solicitar medidas de protección a la víctima; ella necesita estar preparada para utilizar cualquier otro medio de defensa legal o lícito para protegerse en aquellos momentos en que los anteriores mecanismos no le son suficientes. (Luzón Peña. 1995)

Somos de la opinión de que, dentro del apartado relativo a la legítima defensa o defensa necesaria, todos los códigos penales —comenzando por el de Panamá— deberían contemplar una sección específica que establezca la posibilidad de calificar como legítima defensa aquellos casos en los que la mujer se defiende de una agresión inminente por parte de su pareja, cuando existe un antecedente de violencia doméstica, haya sido denunciado o no, siempre y cuando el mismo pueda ser acreditado mediante los medios de prueba que la ley contempla.

Una mujer que ha sido víctima de tentativa de femicidio como resultado de violencia doméstica, figura delictiva que tiene como uno de sus requisitos la constancia e ininterrupción de los actos de violencia, siempre para estar bajo el peligro de la agresión de su victimario, y que

en algún momento él pueda concluir (matar a la mujer) lo que dejó inconcluso.

La norma penal panameña es clara (aparentemente) cuando menciona en su art. 32 [CP] que una de las condiciones para que la defensa sea legítima es que la agresión pueda ser inminente, es decir, se prolongue en el tiempo, independientemente que haya ocurrido una agresión, ésta puede tener efectos que surjan a través de la comisión de actos de agresión posterior a la agresión principal que puso en riesgo la vida de la mujer, hasta el punto de conducirla al hospital. Entrando esa agresión principal dentro de la gama de la tentativa del delito de feminicidio.

También es importante, considerar dentro de lo que implica la defensa en abstracto, precisar el concepto de medio racional, puesto que no es lo mismo dos varones en disputa, quienes están en, principio, en igualdad de condiciones para defenderse, que una mujer defendiéndose de un hombre, este último tiene más fuerza y velocidad en el golpe, así como también, experticia en el uso de algún tipo de arma, ya sea blanca o de fuego. No pensemos en aquellas mujeres que son boxeadoras profesionales, o que realizan algún tipo de deporte extremo o, debido a la profesión u oficio que realizan requieren tener un entrenamiento especial, puesto que estas son la excepción a la regla.

Por último, consideramos que en aquellos casos en que la mujer que ha sido víctima de una tentativa de feminicidio, el cual, a su vez, es el resultado de actos de violencia doméstica, se le debe considerar no culpable puesto que convergen varios aspectos:

- a) **La mujer** que es víctima de violencia doméstica ha sucumbido al círculo de la violencia, situación que la

torna vulnerable e incapaz de tomar acciones alternativas para defenderse.

- b) **Se encuentra** en una condición de vulnerabilidad que le impide reaccionar con inmediatez a la agresión sufrida.
- c) **Existe un riesgo permanente** a ser víctima nuevamente del mismo tipo de agresión o de una peor, que incluso quitarle la vida.
- d) **Debido a que el peligro o riesgo de daño** se mantiene en el tiempo, en el momento que encuentra puede defenderse de su agresor, para que no la dañe más, lo hará incluso hasta quitarle la vida. Esto se explica por la necesidad de defenderse.
- e) **La condición de vulnerabilidad de miedo permanente** le hace pensar que en la primera oportunidad que tenga para defenderse y finalizar con la agresión lo hará, aunque en el momento en que actúe sea con posterioridad a la agresión de la cual es objeto constantemente y de manera ininterrumpida.
- f) **En estos casos, en que la mujer es víctima de violencia de género** en forma extrema, no es posible que se le exija un contraataque de manera contemporánea a la agresión.

Quisiera concluir con este apartado emitiendo algunos comentarios al respecto de este tema, del jurista colombiano que equipara la condición de una mujer víctima de violencia doméstica con un hombre callejero, a quien otro hombre de una pandilla contraria a la que él pertenece, todos los días lo hostiga, hasta que llega un momento que la víctima le quita la vida. (Cure. 2010). Sin embargo, me parece que esta comparación no es viable, puesto que esos dos hombres no viven juntos como pareja, y esto hace más llevadera la situación. En cambio, la mujer víctima de violencia doméstica convive 24

horas, 7 días a la semana con su agresor, en esa guerra no hay tregua; pudiendo ser ese miedo el causante de un trastorno en su personalidad que impida incluso que ella pueda departir con otras personas, por el temor a sentir que su agresor no apruebe ese tipo de conducta o convivencia de carácter social. De manera tal, que esa condición de miedo se convierte en el resultado de una agresión actual e inminente que ejerce el victimario (esposo/ pareja sentimental) y su esposa.

ii) La Legítima Defensa Impropia

Este tipo de defensa involucra cumplir con los mismos requisitos que la legítima defensa propia, con respecto a la agresión y el medio de repelerla, art. 32 [C.P.]. Además, contempla como clases de legítima defensa impropia, las siguientes: legítima defensa de protección a terceros; y la legítima defensa colectiva la cual está relacionada a los Estados con relación a la comunidad internacional de la cual forma parte (esta última la abordaremos en acápite posteriores).

En cuanto a la legítima defensa de protección a terceros, se refiere a la defensa que hace un individuo, con respecto a la vida o bienes de un tercero, dicho de otra manera, asume la defensa física de una persona distinta a la personal o, la que lo caracteriza. Ejemplo: El señor Z defiende a la señora O, quien se encuentra embarazada, de un atacante que la sorprende mientras ella sube a su vehículo los comestibles que había comprado en el supermercado.

B) ENFOQUE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En cuanto al Derecho Penal Internacional debemos señalar que, para determinar la viabilidad del reconocimiento de las causas de justificación, los académicos dentro

del área del Derecho Penal, como, por ejemplo, el jurista alemán Ambos⁶ (2013) sienten la necesidad de corroborar la validez del propio Derecho Penal Internacional en cuanto al *ius puniendi*, puesto que este consiste en la facultad de castigar que tiene un Estado y que es ejercido a través de su Derecho Penal. Sin embargo, para los efectos del Derecho Penal Internacional estaríamos ante la presencia de un Supra Estado conformado por el consentimiento o aprobación de la comunidad internacional. En el entendido de que esta misma considera necesario establecer mecanismos de protección de bienes jurídicos sociales (medio ambiente, paz, humanidad, segu-

- 6 Ambos, K. (2013, 371) “..., el DPI tiene, como se explicó anteriormente en relación con la cuestión de *ius puniendi*, un alcance colectivo-individualista con respecto a la paz mundial/seguridad internacional y los derechos civiles/humanos fundamentales. La pretensión de existencia y validez del DPI se basa en este alcance colectivo-individualista y sirve como base normativa del *ius puniendi* supranacional. El enfoque colectivo-individualista también se aplica, en principio, a la función general del DPI y los bienes, valores o intereses protegidos por los crímenes internacionales, pero puede requerir de cierta calificación. Por un lado están los intereses colectivos o complejos, es decir, la paz, la seguridad y el bienestar mundial, deben estar protegidos. La violación de estos intereses afecta a la comunidad internacional en su conjunto y está dirigida contra la humanidad como tal. Este enfoque en el aspecto colectivo no sólo se desprende de los estatutos de los tribunales penales internacionales y su apelación al sistema colectivo de mantenimiento de la paz del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, sino que también se expresa en el elemento grupal propio del genocidio y los crímenes de lesa humanidad... Por otro lado, los crímenes internacionales también protegen intereses individuales, en la medida en que se relacionan con derechos fundamentales de la humanidad o derechos humanos fundamentales y por lo tanto a la subyacente dignidad humana. Para algunos autores, este lado individual tendrá incluso una clara prioridad sobre el lado colectivo.”

ridad colectiva, entre otros) que pueden verse afectados o en peligro por la comisión de crímenes internacionales y crímenes transnacionales los cuales por su nivel de peligrosidad, riesgo y daño afectan no solamente de manera individual a nivel de ser humano, sino de Estado y de Comunidad Internacional. Es por ello, que se requiere de tribunales de justicia supra estatales creados por voluntad manifiesta de cada Estado que conforma esta Comunidad Internacional, pudiendo entonces ser ellos quienes ejerzan ese ius puniendi, que, aunque internacional toma como fundamento los principios del Derecho Penal de cada Estado.

De lo expuesto en el párrafo que antecede con relación a las causas de justificación se colige lo siguiente:

- 1) Para que exista legalmente las causas de justificación es necesaria la existencia y reconocimiento del ius puniendi del Estado. Es decir, que el Estado posea una facultad sancionadora que le permita a través de la existencia de un Derecho Penal Positivo establecer parámetros de conducta de obligatorio cumplimiento y cuyo incumplimiento genera responsabilidad penal. Esto implica que estas son normas jurídicas que regulan la relación de los particulares entre sí y estos con el Estado.
- 2) En el Derecho Penal Internacional se reconoce el ius puniendi de un Supra Estado. Es decir, un nuevo orden mundial conformado por un Estado transnacional que ha surgido como resultado de la comunidad internacional con la finalidad de que se determine un ordenamiento jurídico que regule las relaciones jurídicas del Estado con respecto a sus nacionales en lo que se refiere a derechos y bienes jurídicos que guardan relación con los derechos humanos y la condición de respeto a la humanidad y dignidad humana. Pero, también,

para reglamentar aquellos bienes jurídicos colectivos que tienen los Estados con relación a los otros Estados miembros de la Comunidad Internacional.

- 3) Las causas de justificación para el Derecho Penal Internacional constituyen todas aquellas acciones a través de las cuales se puedan proteger los bienes jurídicos colectivos, como lo son: la paz, seguridad colectiva, la humanidad, la dignidad humana, el medio ambiente, el bienestar mundial, entre otros.
- 4) La protección de los bienes jurídicos colectivos abarca el daño o ataque directo como la condición de peligro o riesgo. Es decir, que en cualquiera de estas situaciones operan las causas de justificación en el ámbito del Derecho Penal Internacional.

Hemos podido observar a lo largo de este documento que una vez esclarecido el hecho de que el Derecho Penal Internacional se le reconoce su *ius puniendi*, podemos señalar que el mismo se ejerce a través de su Código Penal que sería el Estatuto de Roma el cual desarrolla el tema de las causas de justificación a través de dos artículos en específico como los son el 31 y el 21, respectivamente.

El Estatuto de Roma. Art. 31,⁷ literal c. 17 de julio de 1998, nos llama poderosamente la atención, puesto que no se habla de causa de justificación sino, de aquellas cir-

- 7 c) Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado.

cunstancias eximentes de responsabilidad penal. Es decir, se establece solamente que, ante una agresión, la cual específica como crímenes de guerra (no es viable esta condición invocarla ante otros eventos) pero, tomando en cuenta que la explicación de decidirse por esa acción solamente puede fundamentarse porque va a defender un bien del cual depende la supervivencia de otro más importante o, que sea indispensable para defenderse de un ataque. También se establece como requisito fundamental el hecho de la proporcionalidad del medio o acción de defensa y el grado de peligro en el cual se encuentran las víctimas y el Estado donde habitan esas víctimas.

En atención al texto legal citado, debemos entender que la causa de justificación validada como tal, es la legítima defensa en dos de sus condiciones:

- 1) La legítima defensa propia o directa, la cual se da ante la acción de dañar o de poner en riesgo un bien jurídico colectivo, pero que pertenece directamente al Estado afectado.
- 2) La legítima defensa colectiva, la cual puede invocarse ante la acción de riesgo o de dañar un bien jurídico colectivo que no solamente está afectando a un Estado en particular, sino también a toda la Comunidad Internacional de la cual éste forma parte.

El Derecho Penal Internacional hace hincapié en la importancia de verificar que se cumplan determinados requisitos para determinar si efectivamente la acción realizada por el agente se encontraba amparada por una legítima defensa propia o, la legítima defensa colectiva. Entre los requisitos hemos identificado los siguientes:

- 1) La existencia del principio del bien jurídico. Esto hace referencia al hecho de que el bien jurídico en discusión debe ser de naturaleza eminentemente colectivo,

para esto el mismo debe ubicarse entre alguno de los siguientes: medio ambiente, paz mundial, seguridad jurídica, dignidad humana, humanidad, entre otros. Es decir, este bien jurídico invocado debe estar reconocido y protegido por la ley.

- 2) Debe estar manifiesto el principio del daño o riesgo, esto implica que el bien jurídico colectivo debe haber sufrido un daño grave, el cual pueda ser determinado o valorado. Sin embargo, si no ha sufrido ningún daño el hecho de que esté en riesgo o peligro de sufrir algún tipo de daño.
- 3) Que como resultado o consecuencia del daño o riesgo al bien jurídico colectivo resulte o pueda resultar una afectación a la supervivencia humana, esto también puede entenderse como el sobrevenir de una condición permanente en el tiempo que vaya deteriorando de alguna manera la humanidad o desarrollo del ser humano como tal.
- 4) Debe existir una proporcionalidad entre el daño evitado y resultado ocasionado con la acción realizada por el agente.
- 5) El agente se defiende de un ataque. Es decir, no produce la acción que origina el ataque al cual +el con posterioridad le responde.

Además, con relación al artículo 21⁸ antes mencionado, el propio Estatuto de Roma establece que ante cualquier

8 Art. 21: Derecho aplicable. 1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Cor-

tipo de vacío, la Corte Penal Internacional como Derecho aplicable con relación a la legítima defensa colectiva puede aplicar las Reglas de Procedimiento y Prueba del propio Estatuto; en segundo lugar, los principios y normas jurídicas del Derecho Internacional; tercero, los principios generales del Derecho Penal, cuarto, el propio Derecho Positivo de los países involucrados; y, por último, la propia jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.

C. ENFOQUE DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

El Derecho Internacional Penal regula la legítima defensa colectiva la cual asocia a la legítima defensa que puede ejercer un Estado con respecto a otro, para repeler ataques de miembros de la comunidad internacional y cuyas acciones podrían afectar de manera directa o indirecta la personalidad jurídica de este.

Este tipo de legítima defensa se encuentra regulada en instrumentos internacionales, tales como:

te del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

- i. Carta de la Organización de los Estados Americanos. Artículo 29.⁹ 27 de febrero de 1967. En este documento se puede advertir un aspecto que la legítima defensa no contempla antes y el mismo hace referencia a esta como un principio. Es decir, se establece a la legítima defensa como un principio, el cual sería el de defensa. Todo estado puede tomar las acciones que sean necesarias para defender intereses jurídicos que le son propios, como, por ejemplo: su territorio, la soberanía y la independencia política. Pero, lo más interesante es que este principio identifica cuáles son las agresiones que pueden afectar sus bienes o intereses jurídicos, dentro de los cuales señala: ataque armado; agresión de ataque no armado; un conflicto extracontinental; un conflicto entre dos o más Estados americanos; o cualquier otra circunstancia que ponga en peligro la paz de América. Ante estas situaciones solamente el Estado puede tomar acciones legales para defenderse. De tal manera, que a diferencia de la legítima defensa personal, la relacionada a la seguridad colectiva de los Estados, determina previamente los actos que son considerados agresiones y las acciones de defensa también están previamente consagradas en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR). 2 de septiembre de 1967.

- 9 Art. 29: Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado americano fueren afectadas por un ataque armado o por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extracontinental o por un conflicto entre dos o más Estados americanos o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, los Estados americanos en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa colectiva, aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en los tratados especiales, existentes en la materia.

- ii. Carta de Naciones Unidas. Artículo 51.¹⁰ 26 de junio de 1945. Este texto legal incorpora el término de legítima defensa individual en aquellos casos en que el propio Estado agredido se defiende él mismo de la agresión sufrida. Pero, también contempla la legítima defensa colectiva, equiparada, a lo que se conoce como legítima defensa de protección a terceros. En esta situación en específico, se trata del o los Estados que salen a la ayuda o defensa del Estado que ha sido agredido.

Por otra parte, es interesante observar el hecho de que también se incluye la característica de inmanente el cual alude al hecho de encontrarse dentro de la posibilidad que aún ocurra. En este caso, el Estado agredido, puede volver a sufrir otro ataque de agresión próximamente, si no se toman las medidas correspondientes, como realizar una acción de contra ataque hacia el Estado que agredió primero. Me llama la atención dentro de este punto, el hecho de que el vocablo inmanente equivale al mismo que se utiliza con respecto a la defensa propia o legítima defensa de la persona natural. Es decir, se establece que la respuesta de defensa no necesariamente debe darse al unísono en que se manifiesta la agresión

- 10 Art. 51: Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

injusta sino, es válida aún, dentro del período de tiempo después de sufrida ésta, pero que aún se mantiene el peligro de ser dañado o dañada.

3. La legítima defensa colectiva y el caso Venezuela

He considerado pertinente luego de hacer un análisis jurídico de la legítima defensa expresar nuestra opinión jurídica con respecto al caso Venezuela y su intervención por parte de los Estados Unidos de Norteamérica el día 3 de enero de 2026. Cabe señalar que la misma constituye una forma de legítima defensa colectiva amparada por el Derecho Internacional Penal presente en normativas jurídicas internacionales, tales como: la Carta de Naciones Unidas o San Francisco, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

Lamentablemente, la tierra del admirado libertador Simón Bolívar ha sido víctima de varios períodos o momentos de dictadura militar, siendo uno de los más ague-rridos el que se inició con Hugo Chávez Frías y culminó con Nicolás Maduro Moro, siendo este en el cual se basará nuestro comentario jurídico, mismo que expondremos en los siguientes términos:

- a) El suceso acaecido el día 3 de enero de 2026 entre Estados Unidos de Norteamérica y Venezuela ha sido catalogado como una intervención. En principio, cabe señalar que toda intervención constituye una de las conductas ilícitas que conforman el delito o crimen de agresión, cuya competencia compete a la Corte Penal Internacional y se encuentra regulado en el Estatuto de Roma. Además, dicho acto vulnera el principio de no intervención, establecido por el Derecho Interna-

cional Penal, en normativas jurídicas internacionales como la Carta de Naciones Unidas o San Francisco, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

- b) Si bien es cierto la vulneración al principio de intervención constituye un delito contra la humanidad, por formar parte del crimen de agresión el cual lo pudiésemos explicar como un acto criminoso o hecho punible que se materializa a través de la realización de un conjunto de actos idóneos concatenados entre sí, cuya finalidad es el de someter a un Estado a actos que afectan su soberanía, integridad territorial o independencia por parte de un Estado que se encuentra en posición de liderazgo, esto implica que ese Estado tiene bajo su control el poder de decidir libremente si lleva o no a cabo este tipo de acciones. Esto no involucra el hecho de determinar si se está en guerra o no. (SAENZ, 2021)

Entendemos entonces que la comisión del delito de intervención afecta la soberanía e independencia de un Estado y, por lo tanto, su personalidad jurídica internacional, tal como lo señala el Estatuto de Roma mediante la Resolución RC/Res.6, que a través de su Anexo I, modifica dicho Estatuto, incorporando el artículo 8¹¹ bis,

- 11 Art. 8 bis: 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un '\crimen de agresión\' cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por '\acto de agresión\' se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra

del cual se identifica como una de sus conductas el bombardeo, el ataque por parte de las fuerzas armadas de un Estado a otro Estado, entre otros.

Además, si bien es cierto el art. 19.¹² Carta de la Organización de los Estados Americanos [COEA]. 30 de

forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos. (Artículo modificado por la enmienda al artículo 8 y las enmiendas relativas al crimen de agresión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptadas en Kampala el 10 y 11 de junio de 2010. BOE de 24 de diciembre de 2014 y puesta en vigor desde el 25 de septiembre de 2015.

12 Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los

abril de 1948 (Bogotá, Colombia) prohíbe la intervención de un Estado a otro, ya sea en forma directa o indirecta, la propia excerta legal en su art. 22¹³ permite bajo la causa de justificación identificada como legítima defensa, en este caso de naturaleza colectiva, que se lleve a cabo la intervención.

- a) Hemos podido observar que la prohibición al principio de intervención presenta una causa de justificación que es la legítima defensa colectiva. Sin embargo, al igual que para las personas naturales, al momento de aplicarla a una persona natural de Derecho Público como lo es el Estado, se deben verificar que esta haya cumplido con ciertos requisitos (los cuales consideramos que se cumplieron) siendo estos los siguientes: **primero**, denuncias ante el sistema interamericano de derechos humanos sobre violaciones graves a derechos humanos fundamentales; solamente por citar un ejemplo: durante la última jornada electoral, en la que sale electo el candidato de oposición Edmundo González Urrutia, se interpone una denuncia contra la operación “Tun Tun” que lleva a cabo el régimen de Maduro y la cual resultó en 25 muertos, más de dos mil detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas, etc. Esto trae como resultado una investigación y un informe por parte de la Comisión Inte-

asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen.

- 13 Los Estados americanos se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir al uso de la fuerza, salvo el caso de legítima defensa, de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de dichos tratados.

ramericana de Derechos Humanos sobre las “Graves violaciones a los Derechos Humanos en el contexto electoral” presentado el 27 de diciembre de 2024.

Segundo, en repetidas ocasiones se llevaron reuniones a nivel de la OEA, Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad; sin ningún resultado efectivo. Siendo este otro de los requisitos requeridos.

Tercero, un aspecto o requisito importante para determinar la legalidad de la legítima defensa colectiva por parte del Estado intervencionista se encuentra en la vulneración de la democracia interna, existente en Venezuela, lo que obliga a más de ocho millones de venezolanos a emigrar hacia otros países. Algunos de estos migrantes salían en condiciones legales, pero su gran mayoría lo hacía en condiciones de ilegalidad. Esta situación ocasionaba no solamente el movimiento migratorio de seres humanos con su cultura y costumbre, sino también la migración de nuevas formas delictivas que afectaban directamente el desarrollo político, social, religioso y cultural deseado por un Estado y su población. Constituyendo este tipo de migración en una afectación a un bien jurídico colectivo y fundamental como lo es la seguridad jurídica.

- b) Luego de haber identificado en el acápite anterior uno de los principales bienes jurídicos colectivos afectados, a saber, la seguridad colectiva, resulta necesario precisar que el daño a dicho bien, en el caso de Venezuela, era directo e inminente. Asimismo, en el ámbito del hemisferio americano existía un riesgo igualmente inminente de daño y afectación a la seguridad colectiva interna de cada uno de los países que integran la región, derivado de la comisión de delitos de naturaleza transnacional, tales como el narcotráfico, el blanqueo de capitales, el crimen organizado, entre

otros. Siendo estos estructurados desde Venezuela y teniendo como cabecilla principal su jefe de Estado.

- c) Cuando se hace referencia a delitos de carácter transnacional entra en aplicación jurídica los lineamientos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos mediante el cual se establece que los Estados Parte pueden, con respecto a la comisión de estos delitos, actuar en atención a su derecho interno. Art. 15.¹⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos [CNUCDOT]. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. (Palermo, Italia)

Concluimos nuestra opinión jurídica al caso Venezuela señalando lo siguiente: de la misma forma en que existen causas de justificación para garantizar la integridad de los derechos humanos de las personas naturales ante situaciones o momentos en que el Estado no ha podido cumplir con su función de protección de los mismos o, en aquellos casos en que la forma de realizar acciones de protección estas constituyan, en realidad, violaciones a sus derechos fundamentales; la comunidad internacional, también requiere de estas mismas condiciones, como es la legítima defensa colectiva para salvaguardar los bienes jurídicos colectivos. Consideramos que en realidad esta intervención a la hermana república de Venezuela se amparó en un Derecho Internacional Penal de protección, haciendo uso de las causas de justificación que el mismo contempla, como fue la legítima defensa colectiva.

14 ... 6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

Consideraciones finales

Dentro de las consideraciones finales de este artículo académico podemos acotar lo siguiente: todo Estado tiene dentro de sus obligaciones el compromiso de diseñar una Política Criminal a través de la cual le ofrezca a sus ciudadanos una estructura jurídica legal y de seguridad que le permita gozar no solamente de una convivencia pacífica dentro de los demás miembros de la población en momentos o circunstancias que son perfectamente predecibles, como, por ejemplo: tener acceso a servicios médicos dignos, una seguridad social eficiente, educación óptima. Si no, garantizar mecanismos jurídicos que le permitan auto defenderse ante situaciones que se presentan en casos extraordinarios que, a veces, es imposible prever. He aquí, la importancia de que un Estado regule a través de su Derecho Positivo las causas de justificación, siendo una de ellas fundamental como es el caso de la legítima defensa.

Por último, de igual manera en que el Estado debe proteger a cada uno de los miembros de su población para garantizar su seguridad y desarrollo óptimo del concepto de derechos humanos, esta misma obligación la tiene el Supra Estado o comúnmente llamada Comunidad Internacional con relación a cada uno de los Estados que la integra y, de igual manera, esto se logra incorporando las causas de justificación a la normativa jurídica internacional. Siendo esto, lo que hemos querido plantear a través del presente trabajo.

Bibliografía

Ambos, K. (2013). Bien jurídico y Harm Principle: Bases teóricas para determinar la función global del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho Penal Inter-

- nacional. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, n°10. Julio de 2013.
- Cure Márquez, Juan C. (2010). La ausencia de responsabilidad en el Derecho Penal. Leyer.
- Fiandaca, G.; Musco, E. (2006). Derecho Penal. Parte General. Temis.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. (1995). Curso de Derecho Penal. Parte General I. Hispamer.
- Leonardi, M.; Scafati, E. (13 de mayo de 2020). Legítima defensa en casos de violencia de género. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/95794>
- Muñoz Conde, F.; García A., Mercedes. (1996). Derecho Penal. Parte General. Tirant lo blanch.
- Jescheck, H.; Weigend, T. (2014) Tratado de Derecho Penal. Parte General. Instituto Pacífico.
- Sáenz, Julia. (2021). Diccionario de Derecho Penal. Mirzachi & Pujol.
- Rosero, S. (2018). La personalidad jurídica de las entidades públicas: una simple denominación técnica desde el derecho positivo [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Universidad Nacional de Colombia.
- Zaffaroni, E.; Alagia, A.; Slokar, A. (2006). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar.
- Código Procesal Penal [CPP]. Ley 63 de 2008. 28 de agosto de 2008. (Panamá).
- Código Penal [CP]. Ley 14 de 2007. 18 de mayo de 2007 (Panamá)
- Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR). 2 de septiembre de 1967
- Constitución Política de la República de Panamá [Const]. 24 de octubre de 1976. (Panamá).

Carta de la Organización de los Estados Americanos. 27 de febrero de 1967.

Carta de Naciones Unidas. 26 de junio de 1945.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos [CNUDOT]. 15 de noviembre de 2000. (Palermo, Italia)

Estatuto de Roma. 17 de julio de 1998.

ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS RELATIVAS AL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

*Carlos David Cáliz Vallecillo*¹

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento de dos cuestiones de interés dogmático relativas al delito de tráfico ilícito de drogas. A. El bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilícito de drogas. B. El elemento subjetivo en el delito de tráfico ilícito de drogas. C. Tratamiento jurídico penal al caso en que unos mismos hechos pueden subsumirse en el delito de asociación para delinquir y en la agravante específica del delito de tráfico de drogas cuando se comete en el ámbito de un grupo delictivo organizado. 1. Del delito de Asociación para Delinquir. 2. Del delito de tráfico de drogas cometido en el marco de una organización criminal. 3. De la concurrencia en los mismos hechos del delito de asociación para delinquir y la agravante

- 1 Abogado y Notario. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Ex Magistrado de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Honduras (2009-2016). Profesor Universitario. Coordinador de la Escuela de Formación del Ministerio Público Orlan Arturo Chávez. Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

específica del delito de tráfico de drogas por su realización en el marco de un grupo delictivo organizado. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El trabajo analiza el delito de tráfico ilícito de drogas desde una perspectiva dogmática, destacando su relación con la delincuencia organizada en América Latina. Señala que factores como la desigualdad social, la pobreza y la debilidad institucional favorecen la expansión del narcotráfico. Se explica que el bien jurídico protegido es la salud pública, configurándose estos delitos como de peligro abstracto. Un aspecto central es la determinación del elemento subjetivo del delito, especialmente para diferenciar la posesión para consumo personal –conducta atípica– de la posesión destinada al tráfico. Dicha finalidad debe probarse mediante indicios objetivos como cantidad, pureza y circunstancias de la tenencia. Asimismo, se examina la agravante del tráfico cometido en el marco de una organización criminal. El estudio concluye que, cuando coinciden el delito de asociación para delinquir y el tráfico agravado, debe aplicarse solo este último, para evitar la vulneración del principio del non bis in ídem y garantizar la proporcionalidad penal.

Palabras clave: tráfico ilícito de drogas, delincuencia organizada, desigualdad social, bien jurídico protegido, principio de proporcionalidad penal

Abstract

The paper analyzes the crime of illegal drug trafficking from a dogmatic perspective, highlighting its connection with organized crime in Latin America. It points out that factors such as social inequality, poverty, and institutional weakness contribute to the expansion of drug tra-

fficking. It explains that the legal asset being protected is public health, with these crimes being classified as abstract danger offenses. A central aspect is the determination of the subjective element of the crime, particularly in differentiating possession for personal use (an atypical act) from possession intended for trafficking. This purpose must be proven with objective evidence, such as quantity, purity, and circumstances of possession. The paper also examines the aggravating factor of trafficking committed within an organized criminal group. The study concludes that when the crime of association for criminal activity and aggravated trafficking coincide, only the latter should apply to avoid violating the principle of non bis in idem and to ensure criminal proportionality.

Keywords: Illegal drug trafficking, Organized crime, Social inequality, Protected legal asset, Principle of criminal proportionality

I. Introducción

Como lo apunta Morán Blanco, la apertura de las fronteras nacionales, la disminución de las restricciones comerciales y financieras, y la modernización de los sistemas de telecomunicaciones han facilitado el crecimiento de la delincuencia organizada a nivel transnacional.²

El narcotráfico constituye la expresión más particular y destacada de la delincuencia organizada en Améri-

2 Vid. Morán Blanco, Sagrario. «Lucha Contra el Narcotráfico en América Latina-Caribe, La Labor de la Organización de Estados Americanos (OEA)». Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 27

ca Latina y el Caribe, que tiene una estrecha vinculación con otras y variadas actividades criminales.³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha destacado que la desigualdad, la baja movilidad social, la precariedad en el empleo, los bajos niveles de desarrollo, la falta de oportunidades educativas y laborales para jóvenes y adolescentes, así como también la debilidad institucional y la impunidad, son factores que han propiciado escenarios de violencia y criminalidad en el continente americano.⁴

En América Latina, muchos campesinos se han incorporado a los cultivos ilícitos que demanda como materias primas el narcotráfico, y esta situación se mantiene debido a que la rentabilidad de los cultivos lícitos sigue siendo negativa, mientras que la producción de marihuana, coca y amapola permite mayores ingresos económicos.⁵

De esta manera, las diferentes actividades que se incluyen en el ciclo de producción de la droga hasta su con-

3 Tal vinculación se establece, por ejemplo, entre el narcotráfico con el tráfico de migrantes y de armas. En ese sentido, vid. Morán Blanco, Sagrario, "Lucha Contra el Narcotráfico...", op.cit, pág. 47.

4 Vid. Comisión Interamericana De Derechos Humanos (CIDH): *Contextos de exclusión, inseguridad y violencia*. Consultado en 29 de octubre de 2025 y disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2016/violencianinez/contexto-inseguridad-america.html>

5 Vid. Arriagada, Irma / Hopenhayn, Martín, *Producción, tráfico y consumo de drogas en América Latina*, Serie Políticas Sociales No.41, CEPAL, Santiago de Chile, octubre de 2000, pág. 13. Consultado en 30 de octubre de 2025 y disponible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/d9fb6959-e5f8-4e8a-b1f7-87d143dcd045/content>

sumo, es decir, desde el cultivo de las materias primas, elaboración, transporte y comercialización, así como la protección requerida hasta su lugar de destino, son realizadas, en la mayoría de las ocasiones, por individuos pertenecientes a los sectores más vulnerables de la población, que encuentran en este negocio una salida a la situación de pobreza y desempleo que sufren.⁶

II. Planteamiento de dos cuestiones de interés dogmático relativas al delito de tráfico ilícito de drogas

Es en el contexto antes descrito, que en este trabajo abordaremos dos cuestiones que en la práctica judicial revisiten un particular interés, la determinación del elemento subjetivo en los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y el tratamiento jurídico penal que debe darse a los casos en que unos mismos hechos se puedan subsumir al mismo tiempo, en el delito de asociación para delinquir y en la agravante específica del delito de trá-

6 Vid en ese sentido: Moran Blanco, Sagrario, *“Lucha Contra el Narcotráfico...”*, op.cit, pág. 54. Para el caso y como algunos estudios lo indican, en muchos países de América Latina, los delitos relacionados con drogas siguen siendo la principal causa para el encarcelamiento de las mujeres. Datos estadísticos demuestran que, en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, los delitos relacionados con drogas han constituido la imputación más común contra las mujeres encarceladas, vid en ese sentido, Youngers, Coletta / Garcia Castro, Teresa / Manzur, María, en *Mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas en América Latina, lo que los números evidencian*. Noviembre de 2020, consultado en 25 de octubre de 2025 y disponible en <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/11/Final-Spanish-Women-Behind-Bars-Report.pdf>

fico de drogas por realizarse en el marco de una organización criminal.

En algunos países, tal es el caso de Honduras, el consumo de drogas ilícitas ha pasado de ser una conducta penalmente relevante a un hecho atípico.

El artículo 26 de la Ley sobre uso indebido y tráfico ilícito de drogas contemplaba el internamiento coactivo hasta por noventa días y una multa en un monto máximo de diez mil lempiras, a la persona que fuera sorprendida en posesión de una cantidad mínima de droga que, conforme que los parámetros establecidos pericialmente, se considerara destinada al consumo personal inmediato.

Tal disposición ha sido derogada expresamente por el artículo 632 numeral 6) del Código Penal, texto punitivo que entró en vigor el 25 de junio de 2020.

De esta manera, cuando se trata de casos en que el imputado al momento de su detención posee pequeñas cantidades de droga, es necesario determinar si la misma estaba destinada al consumo personal o si la tenencia tenía como finalidad su posterior tráfico.

El resultado de esa valoración por parte del Juez, es de trascendental importancia, pues en el primero de los supuestos al tratarse de una conducta atípica, su comisión no acarreará ninguna sanción de naturaleza penal, en tanto que en el segundo será un comportamiento constitutivo de delito castigado con una pena privativa de libertad, con las consecuencias que la misma tiene para aquellas personas pertenecientes a sectores especialmente vulnerables que se dedican a las actividades de tráfico en pequeña escala.

Como antes lo expusimos en la breve introducción de este trabajo, el narcotráfico constituye la manifestación

más destacada de la delincuencia organizada en América Latina y el Caribe.

Sin duda que la política criminal dirigida a la represión del tráfico de drogas en la región se dirige a castigar no solamente a quienes cometen ese ilícito de manera individual y aislada sino también a los sujetos que lo realizan como integrantes de un grupo delictivo organizado.

En el caso de particular de Honduras, ello se pone de manifiesto con la agravante contemplada en el artículo 312 No. 3) del Código penal, donde se establece que se castigará con las penas de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de trescientos (300) a quinientos (500) días, a quienes cometan algunas modalidades del delito de tráfico ilícito de drogas en el ámbito de un grupo delictivo organizado.

Como antes lo expusimos, en algunas ocasiones unos mismos hechos se puedan subsumir al mismo tiempo, en el delito de asociación para delinquir y en la agravante específica del delito de tráfico de drogas por realizarse en el marco de una organización criminal.

En este ensayo propondremos una solución basada en una interpretación armónica con los principios de proporcionalidad y del *non bis ídem* que consagran respectivamente, los artículos 5 y 7 del Código Penal hondureño.⁷

7 El artículo 5 del Código penal hondureño establece que “La pena se debe fijar atendiendo a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del sujeto”. Por su parte, el artículo 7 del mismo texto punitivo expresa que “Un mismo hecho o circunstancia no debe ser utilizado más de una vez para la calificación jurídica de la conducta de un sujeto, siempre que responda a un mismo fundamento”.

El análisis de las dos cuestiones de orden dogmático que hemos planteado, se inicia en primer término con una breve referencia al bien jurídico protegido en los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas.

A. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Como lo expone Manjon-Cabeza Olmeda, es común en la doctrina y la jurisprudencia la afirmación de que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas es la salud pública.

Se trata de un bien jurídico colectivo que solamente puede ponerse en peligro cuando la conducta tiene capacidad para afectar, aunque efectivamente no lo haga, a diversos sujetos, aunque inconcretos.⁸

Los delitos contra el tráfico ilícito de drogas se configuran como delitos de peligro abstracto y de mera actividad, en tanto que no exigen ni la proximidad del peligro a la lesión ni un resultado lesivo, separado espacial y temporalmente de la acción del individuo.

De esta manera, por ejemplo, si a un individuo se le incauta un kilogramo de cocaína, se le impondrá la pena respectiva, aunque en su caso no se haya puesto en peligro concreto el bien jurídico, ni se haya causado un resultado lesivo para la salud de otros individuos.

Se le castiga porque la posesión de esa droga con la intención de difundir su consumo, potencialmente puede

8 Vid. en ese sentido: Manjon-Cabeza Olmeda en AAVV, *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*, Editorial Tirant lo Blanch, 1 de mayo de 2011, pp. 1258 y ss.

afectar la salud de otras personas, aunque estas no estén individualmente determinadas.

B. EL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

El Capítulo IV, Título XIV, del Código penal hondureño, contiene los delitos de tráfico de drogas y precursores, y dentro de dicho Capítulo, el artículo 311, bajo el epígrafe de tráfico de drogas, tipifica esa conducta como la acción de *quien realiza actos de siembra, cultivo, cosecha, elaboración, comercio, transporte, tráfico o de cualquier forma promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posee para aquellos fines*.

En el Código penal se pueden identificar varios ejemplos de elementos subjetivos del injusto, mismos que constituyen expresiones denotativas de un determinado ánimo o intención que guían la actuación del sujeto activo al momento de realizar una conducta penalmente típica, así tenemos el ánimo de lucro en los delitos contra el patrimonio; hurto, robo, estafa, defraudaciones de energía, fluidos y telecomunicaciones (arts. 357, 360, 365, 369 y 438 del Cód. Penal),

El fin de causar perjuicio, en los delitos de falsedad documental (art. 461 del Cód. Penal: “*Quien para perjudicar a otro comete en documento privado alguna de las falsedades previstas en el Artículo 456 del presente Código...*”).

En el delito de tráfico de precursores: art. 314 del Cód. Penal: “*Quién financia, fabrica, elabora, trafica o distribuye equipos, materiales o sustancias con destino al cultivo o elaboración ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o los posee con aquellas finalidades*.

Por otra parte, existen también algunos ejemplos de estos elementos subjetivos del «injusto» que, si bien no aparecen expresamente descritos en los tipos penales, se consideran tácitamente incluidos en ellos, como sucede con el *animus injuriandi* en los delitos contra el honor.

Y en lo que respecta al tema que ahora nos atañe: en los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas: (art. 311 del Cód. Penal: “Quien realiza actos de siembra, cultivo, cosecha, elaboración, comercio, transporte, tráfico o de cualquier forma promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas *o las posee para aquellos fines*”).

El artículo 311 del Código penal hondureño guarda una gran similitud con el artículo 368 del Código penal español, de ahí que los aportes de la doctrina y la jurisprudencia españolas pueden ser de utilidad en la interpretación del delito de posesión ilícita de drogas⁹.

Como lo explicamos anteriormente, el delito de posesión ilícita de drogas exige que esta debe llevarse a cabo “para aquellos fines”.

Dado que las actividades descritas en el tipo penal: siembra, cultivo, cosecha, elaboración, transporte y demás van dirigidas a promover, favorecer o facilitar el consumo

9 El artículo 311 del Código penal hondureño establece: “Quien realiza actos de siembra, cultivo, cosecha, elaboración, comercio, transporte, tráfico o de cualquier forma promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posee para aquellos fines, debe ser castigado..”, en tanto que el artículo 368 del Código penal español prevé que “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados..”

ilegal de las mismas, la posesión de drogas para ser punible debe estar preordenada al tráfico ilícito y por tanto al favorecimiento del consumo de drogas por parte de terceros.

Como lo explica Pedreira González, el principal problema práctico que plantea el elemento subjetivo del delito en estudio es su prueba, esto decir, en la necesidad de acreditar que la posesión de la droga tiene alguno de los fines expresados en el precepto, añadiendo que se trata obviamente de un elemento que no es susceptible de aprehensión directa, pues no podemos introducirnos en la mente de los demás, sino que ha de obtenerse de circunstancias exteriores y verificables.

En ese sentido, el autor antes citado indica que la jurisprudencia española suele apoyarse en una serie de indicios para afirmar la presencia de posesión típica, requiriéndose normalmente que sean plurales o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa.

Así, la cantidad de droga incompatible con el propio consumo y su pureza; la no condición de drogodependiente o, al menos, de consumidor del poseedor; la forma de distribución de la droga (por ejemplo, en papeletas); la tenencia de elevadas cantidades de dinero de procedencia no justificada; la distribución del dinero en billetes pequeños y moneda fraccionaria; la variedad de drogas poseídas; la ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje (como balanzas de precisión), cortado, distribución; el lugar en el que se encuentra la droga; el lugar y actitud en que el sujeto es sorprendido con esta sustancia e, incluso, la conducta evasiva mostrada por el mismo.¹⁰

10 Pedreira González, Felix María, en AAVV, *El delito de tráfico de drogas*, Director: Francisco Javier Álvarez García. Coordinado-

En el sentido antes apuntado, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, en sentencia del 10 de mayo de 2012 (Expediente de Casación Penal No. 239-2009) ha señalado que *“...uno de los problemas esenciales que en la práctica presenta el juzgamiento de los actos típicos de posesión ilícita de drogas se refiere a la prueba de la finalidad del tráfico o difusión de la misma. La determinación del destino al tráfico o consumo, exige la elaboración de un juicio de inferencia revisable en casación a partir de los datos objetivos acreditados en el juicio (cantidad, variedad y pureza de la droga incautada, condición de drogodependiente, consumidor ocasional o no consumidor del tenedor de la misma, circunstancia de la ocupación, tenencia de relevantes cantidades de dinero en metálico de procedencia no justificada, ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje, distribución, “cortado”, adulteración o empaquetado de la droga, etc., teniendo siempre en cuenta en primer lugar que siendo la finalidad del tráfico un elemento del tipo debe quedar acreditado como cualquier otro...”*¹¹

Uno de los alegatos frecuentemente utilizados por las personas a quienes se les sorprende en posesión de drogas es la de ser consumidores de la misma.

Sobre este punto resulta de interés lo razonado por la sentencia del Tribunal Supremo de España No. 853-2007 del 26 de octubre de 2007, al expresar que es *“..cierto que la prueba de cargo compete aportarla a la parte o partes acusadoras, pero cuando como contraprueba el recurrente redarguye que es consumidor, en cuanto hecho positivo, fácilmente demostrable, le obligaría a justificar su aseveración. Bastaría*

res: Francisco Javier Álvarez García / Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 41 y 42.

11 Vid. en ese sentido: Acale Sanchez, Maria, en “Salud Pública y Drogas Tóxicas”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 65-66.

con algún parte médico, algún documento de cualquier centro de rehabilitación, con testigos, solicitando prueba pericial de cabellos, etc. etc.; pero nada acredita, por lo que la actitud de pasividad procesal adoptada, permite al tribunal tomarla en consideración como elemento valorativo...” Igualmente lo dispuesto en la sentencia No. 639.-2007 del 6 de julio de 2007, en la cual se confirma la condena del acusado por un delito contra la salud pública determinado por la posesión de cocaína, en tanto que se estimó entre otros elementos, el no ser consumidor de cocaína, ya que según los resultados de las pruebas científicas realizadas un mes después de su detención, arrojaron su adicción, pero no a esa sustancia sino a otra, que en este caso lo fue el cannabis.

Conclusiones

- 1.- La expresión: “...o los posee para aquellos fines...”, descrita en el artículo 311 del Código Penal hondureño, significa que, la posesión de la droga incautada para ser punible debe tener por finalidad última el tráfico de las mismas y por tanto la de favorecer, promover o facilitar el consumo de terceros.
- 2.- La finalidad del poseedor de la droga para su ulterior tráfico, sea por este o un tercero, *debe probarse*, como elemento subjetivo del delito, lo cual se hará normalmente a través de la prueba indiciaria o circunstancial.
- 3.- Para acreditar la finalidad antes mencionada, el ente acusador puede valerse, de datos como la cantidad de droga encontrada o aprehendida al sujeto, así como también, de otros constatables, como son la condición de no consumidor de este (cuando la Defensa no acredite la condición de tal), los objetos, utensilios, aparatos, artefactos (balanza (s)) enseres, efectos en metálico sin justificación adecuada, distribución en bolsas pe-

queñas propias para la distribución, etc., que hubieran podido encontrarse producto de las investigaciones.¹²

C. TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL AL CASO EN QUE UNOS MISMOS HECHOS PUEDEN SUBSUMIRSE EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR Y EN LA AGRAVANTE ESPECÍFICA DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS CUANDO SE COMETE EN EL ÁMBITO DE UN GRUPO DELICTIVO ORGANIZADO

Del delito de Asociación para Delinquir.

El análisis de la figura de una asociación para delinquir, debe obligadamente partir del estudio de las garantías y derechos, reconocidos por la ley fundamental.

Así, el artículo 78 de la Constitución de la República, garantiza las libertades de asociación y de reunión siempre que no sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres. Del texto constitucional, se desprende que serán ilegales aquellas asociaciones que persigan fines ilícitos.

Como lo explica VIVES ANTÓN, las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente “asociaciones”, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictivas, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad.¹³

12 Vid. INSTRUCTIVO DGF-02-2018, emitido por la Dirección General de Fiscalía del Ministerio Público de Honduras en fecha 8 de octubre del 2018.

13 Vives Antón, Tomas Salvador / Carbonell Mateu, Juan Carlos, Derecho Penal Parte Especial. 3ª Edición, Actualizada de acuer-

En ese sentido la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (conocida como: Convención de Palermo) en su artículo 2.a) establece que: *“Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*.

Tal definición es la adoptada por el artículo 136 del Código penal hondureño al expresar que se considera *“grupo delictivo organizado”, “a cualquier grupo estructurado de tres (3) o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves tipificados conforme a lo dispuesto en la ley penal”*.

El artículo 554 del Código Penal tipifica el delito de asociación para delinquir, y en se definen como asociaciones ilícitas, *“las constituidas, sea de modo permanente o transitorio, por dos (2) o más personas con la finalidad de cometer ilícitos penales. Asimismo, se consideran asociaciones ilícitas las que después de constituidas lícitamente, dedican toda su actividad, en todo o en parte a la comisión de delitos”*.

La norma penal añade que también se consideran asociaciones ilícitas las que aun teniendo como objeto uno lícito, emplean como estrategia permanente y definida medios violentos, intimidatorios u otros ilícitos para el logro de aquel. Y refiere, además, *“que el delito se considere cometido con independencia de que la asociación haya sido*

constituida en el extranjero, siempre que se lleve a cabo algún acto con relevancia penal en el territorio de Honduras”.

Entre la descripción del tipo penal de la asociación para delinquir y el concepto de grupo delictivo organizado se advierten algunas diferencias: la norma penal al describir el delito de asociación para delinquir, define aquella como la constituida por dos (2) o más personas, en tanto el grupo criminal organizado, como lo define igualmente la Convención de Palermo, se conforma por tres (3) o más personas.

Asimismo, se advierte otra diferencia en cuanto a que, en la descripción del concepto de grupo delictivo organizado, exige que se constituya para la comisión de delitos graves, en tanto en el delito de asociación ilícita demanda sin más, que la asociación se constituya con la finalidad de cometer ilícitos penales.

Del Delito de Tráfico de Drogas cometido en el marco de una organización criminal

El artículo 312 numeral 3) del Código Penal hondureño ha incluido como agravante específica del tipo penal de tráfico ilícito de drogas, la circunstancia de que el delito se cometa en el ámbito de un grupo delictivo organizado.

En la actualidad, los delitos de tráfico de drogas, son cometidos frecuentemente en el marco de organizaciones criminales, no sólo nacionales, sino que también transnacionales.

Estas organizaciones o grupos estructurados con finalidades delictivas atentan contra el orden público del Estado, toda vez que el fenómeno de la criminalidad organizada socava directamente la base misma de la democracia.

Por otro lado, las actividades cometidas en el seno de las organizaciones criminales, facilitan la potenciación de

sus acciones, puesto que, dados los recursos de la organización, estas suelen influenciar a víctimas y testigos, facilitando el ocultamiento de pruebas materiales y en general influyendo en las fuentes de prueba, que puedan usarse en las investigaciones.

Este fenómeno delictivo es lo que ha justificado que, en un marco supra nacional, se conmine a los Estados Partes de los diferentes instrumentos internacionales, a agravar las conductas de tráfico de drogas, cuando éstas tengan relación directa con las actividades ilícitas de una organización o asociación criminal.

Una referencia particular a estas agravaciones se contiene en el artículo 3.5 literales a y b de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena en 1988.

En similar sentido la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), en el artículo 5 establece que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito el acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 312 No. 2) del Código Penal Hondureño constituye una circunstancia agravante específica del delito de tráfico de drogas: cuando este *“Se comete en el ámbito de un grupo delictivo organizado...”*. lo que implica sancionar la participación del sujeto activo de un delito de tráfico de drogas, en el ámbito de un grupo delictivo organizado dedicado a esa actividad ilícita en el cual actúa como miembro u organizador.

Tal agravación responde a los principios de lesividad y de proporcionalidad, puesto que tales actividades delictivas, al ser ejecutadas en el seno de un grupo criminal organizado, incrementa el riesgo de afectación o menoscabo de los bienes jurídicos protegidos.

Particularmente en los delitos relativos al tráfico de drogas, al ser ejecutados aprovechando los recursos personales y/o materiales que proporciona la organización, se propicia una mayor impunidad de estas actividades y se facilita su perpetración.

En ese sentido Acale Sánchez explica que la jurisprudencia española ha examinado el fundamento de la circunstancia agravante antes referida entendiendo que en estos casos existe un mayor desvalor, resaltando la superior capacidad de agresión al bien jurídico de la salud pública por la posibilidad de la supervivencia del propósito criminal que la organización representa.¹⁴

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo Español, en la sentencia del 19 de marzo de 2001,¹⁵ donde se establece que la organización permite la posibilidad de que los propósitos criminales permanezcan con lo cual se aumenta considerablemente la agresión o la puesta en peligro al bien jurídico.

En estos casos, el reproche penal ha de ir dirigido a sancionar las conductas relativas a los delitos de Tráfico de Drogas, agravando la respuesta penológica por haberse cometido las mismas en el marco de una organización

14 Acale Sánchez, María. *Salud Pública y Drogas Tóxicas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. Pág.180.

15 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo Español del 19 de marzo de 2001. RJ 2001/3559.

criminal, toda vez que los recursos humanos y materiales que provee la organización aseguran la consumación de los delitos y aumentan la puesta en peligro o lesión material de los bienes jurídicos protegidos.

De la concurrencia en los mismos hechos del delito de asociación para delinquir y la agravante específica del delito de Tráfico de Drogas por su realización en el marco de un grupo delictivo organizado

Como se ha expuesto con anterioridad, los conceptos de asociación ilícita y grupo delictivo organizado presentan algunas diferencias, sin embargo, es posible que en un caso determinado ambas figuras coincidan, cuando por ejemplo el tráfico ilícito de drogas que se juzga, se ha cometido en el ámbito de una agrupación o asociación de tres o más personas que se han concertado con la finalidad de cometer sistemáticamente ese delito grave.

En nuestra opinión, el artículo 312 No. 3) del Código penal hondureño al agravar las penas por el delito de tráfico de drogas por haber sido cometido en el seno de una organización criminal, absorbe el desvalor por la pertenencia a la asociación generada para delinquir, con lo cual, si coinciden esas conductas en los mismos hechos, no es posible realizar una doble imputación por el delito de asociación para delinquir y el tipo agravado de tráfico de Drogas, por realizarse en el marco de un grupo delictivo organizado, pues de otro modo se actuaría en contraposición al principio del *non bis in idem* contemplado en el artículo 7 del Código penal hondureño, donde se establece que *un mismo hecho o circunstancia no debe ser utilizado más de una vez para la calificación jurídica de la conducta de un sujeto siempre que responda a un mismo fundamento*.¹⁶

16 En nuestra opinión el artículo 7 del Código penal debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 96 de la

En este sentido y como lo explica Faraldo Cabana, la técnica de afrontar la delincuencia organizada previendo tipos agravados de los delitos-fin cometidos por la organización plantea numerosos problemas, entre ellos el de si es posible aplicar conjuntamente el tipo agravado con los delitos de asociación ilícita o de organización o grupo criminal.

Añade la citada autora que la doctrina española se decanta mayoritariamente a favor de la apreciación de un concurso aparente de leyes penales, en el entendimiento de que optar por el concurso de delitos supondría una infracción del principio «non bis in ídem».

El elemento distintivo entre los delitos de asociación ilícita o de organización o grupo criminal y las agravaciones por organización radica en que los primeros se sancionan sin necesidad de que efectivamente se haya cometido alguno de los delitos que integran el plan delictivo de la asociación, mientras que las segundas abarcan la pertenencia a la asociación, organización o grupo y la posterior comisión de uno de esos delitos.

De esta forma, una aplicación conjunta de los delitos de asociación ilícita o de organización o grupo criminal y del tipo agravado supondría una doble valoración del mismo sustrato fáctico, pues si en los delitos de asociación ilícita y de organización o grupo criminal se sanciona simplemente la integración en un ente de las características citadas (sea como miembro, activo o no, sea como promotor, director, fundador, presidente o coordi-

Constitución de la República donde se establece “Ninguna persona... podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos”.

nador), sin necesidad de que se realice delito alguno en ejecución del plan criminal de la organización o grupo.

En el tipo agravado se sanciona la realización de la conducta típica del delito de que se trate por parte de quien está integrado en la asociación, organización o grupo u ocupa una posición directiva en dicha agrupación¹⁷, de ahí que en estos casos debe considerarse un concurso de leyes a resolverse por el principio de especialidad, del artículo 29 No. 1 del Código penal hondureño, de tal manera que la norma especial, es decir, el tipo agravado del delito de tráfico ilícito de drogas por realizarse en el ámbito de un grupo delictivo organizado desplaza a la norma general, es decir, el tipo de asociación para delinquir.¹⁸

Conclusiones

- 1.- El tipo penal de Tráfico de Drogas agravado por haberse cometido en el ámbito de un grupo delictivo organizado, implica una agresión superior al bien jurídico protegido como es la salud pública, de tal manera que la sanción penal, tiene en cuenta no solo el reproche de las conductas propias del tráfico de drogas sino además la conducta de pertenencia a la organización y cometer delitos en el seno de la misma, con el conocimiento y voluntad de aprovechar los recursos

17 Vid. Faraldo, Cabana, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 365 y ss.

18 El artículo 29 No. 1 del Código penal hondureño establece que “Cuando una misma conducta está descrita en varias normas legales que se excluyen entre sí, sólo debe aplicarse una de ellas, conforme las reglas siguientes: 1) La norma especial prevalece sobre la general...”

que provee para asegurar la ejecución de las acciones y la impunidad de las mismas.

- 2.-** A consecuencia de lo anterior, cuando de unos mismos hechos se pueda subsumir el delito de asociación para delinquir y la agravante específica del delito de tráfico de drogas por cometerse en el ámbito de un grupo delictivo organizado, tal agravante absorbe el desvalor del primero de los delitos antes mencionados, con lo cual no cabe apreciar un concurso real de delitos, pues de ser así se vulneraría el principio del *non bis in* contemplado en artículo 7 del Código penal y el principio de proporcionalidad de las penas del artículo 5 del mismo texto punitivo, que a su vez deben interpretarse en armonía con la prohibición establecida en el artículo 96 de la Constitución en cuanto a que ninguna persona podrá ser juzgada otra vez por los mismos hechos punibles que motivaron anteriores enjuiciamientos y la proscripción de penas inhumanas contenida en el artículo 68 párrafo segundo de nuestro Texto Fundamental.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la observancia del principio-derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 89 la Constitución, exige que el elemento subjetivo de la posesión de drogas preordenada al tráfico, debe ser probado en juicio, lo que tratándose de pequeñas cantidades, se alcanzará en la mayoría de los casos a través de la denominada prueba indiciaria o circunstancial valorada con apego a las reglas de la sana crítica, es decir, siguiendo un razonamiento lógico y las máximas de la experiencia; en tanto que cuando de unos mismos hechos se puedan subsumir el delito de asociación ilícita y el delito de tráfico ilícito de drogas cuando se hubiera cometido en el ámbito de un grupo delictivo, esta última figura desplazará a la primera, en aplicación del principio de espe-

cialidad previsto para resolver los casos de concurso de leyes, dándose así observancia a la prohibición del *non bis in ídem* y a la garantía de la humanidad de las penas, reconocidos en los artículos 96 y 68 párrafo segundo, de nuestro Texto fundamental.

Bibliografía

Acale Sanchez, Maria, en “*Salud Pública y Drogas Tóxicas*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Arriagada, Irma / Hopenhayn, Martín, *Producción, tráfico y consumo de drogas en América Latina*, Serie Políticas Sociales No.41, CEPAL, Santiago de Chile, octubre de 2000, pág. 13. Disponible en:

<https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/d9fb6959-e5f8-4e8a-b1f7-87d143dcd045/content>

Comisión Interamericana De Derechos Humanos (CIDH): *Contextos de exclusión, inseguridad y violencia*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2016/violencianinez/contexto-inseguridad-america.html>

Faraldo, Cabana, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Instructivo DGF-02-2018, emitido por la Dirección General de Fiscalía del Ministerio Público de Honduras en fecha 8 de octubre de 2018.

Manjon-Cabeza Olmeda en AAVV, *Derecho Penal Español Parte Especial (II)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1 de mayo de 2011.

Morán Blanco, Sagrario. «*Lucha Contra el Narcotráfico en América Latina-Caribe, La Labor de la Organización*

de Estados Americanos (OEA)». Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Pedreira González, Felix María, en AAVV, *El delito de tráfico de drogas*, Director: Francisco Javier Álvarez García. Coordinadores: Francisco Javier Álvarez García / Araceli Manjón-Cabeza, Olmeda, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Vives Antón, Tomas Salvador / Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*. 3ª Edición, Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

Youngers, Coletta / Garcia Castro, Teresa / Manzur, María, en *Mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas en América Latina, lo que los números evidencian*. Noviembre de 2020. Disponible en:

<https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/11/Final-Spanish-Women-Behind-Bars-Report.pdf>

BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN CRÍTICA AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL¹

*Enzo Finocchiaro*²

Sumario: 1. Introducción, 2. Los orígenes del Derecho Penal Internacional, 3. Los paradigmas del Derecho Internacional en general, 4. El rol de la justicia penal internacional, 5. Las etapas históricas del Derecho Penal Internacional, A. La primera etapa, B. La segunda etapa, C. La tercera etapa, 6. Epílogo

Resumen

El texto ofrece una introducción crítica al Derecho Penal Internacional (DPI), destacando la persistente tensión entre Derecho y Justicia, condicionada por factores políticos, económicos e históricos. El autor señala que la justicia penal internacional se ha desarrollado a partir de la convergencia de distintas tradiciones jurídicas, aun-

- 1 La mayor parte de este trabajo se ha basado en un brillante trabajo del genial M. Cherif Bassiouni, quien ha autorizado al autor para su traducción y edición en Argentina. El artículo en cuestión se titula "*Perspectives on international criminal justice*", y fue publicado en el *Virginia Journal of International Law*, 2010, Vol.50, Iss.2, p.269.
- 2 Magister en Magistratura y Derecho, Universidad Austral, Argentina. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho Penal Internacional e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

que fuertemente influida por intereses estatales. Analiza el papel central del Consejo de Seguridad de la ONU, cuya intervención selectiva evidencia la politización del DPI y limita su eficacia. Se examinan los orígenes históricos de los crímenes internacionales y la evolución de sus paradigmas normativos, especialmente tras las guerras mundiales. Asimismo, se subraya el carácter fragmentario y selectivo de los mecanismos de persecución penal internacional, así como sus altos costos y escasa capacidad disuasoria comprobable. El trabajo concluye que, pese a sus limitaciones y contradicciones, el DPI representa un avance significativo contra la impunidad, cuyo fortalecimiento futuro depende principalmente de la articulación con los sistemas penales nacionales.

Palabras clave: Derecho penal internacional, justicia penal, Consejo de Seguridad de la ONU, crímenes internacionales, impunidad.

Abstract

The text offers a critical introduction to International Criminal Law (ICL), highlighting the persistent tension between Law and Justice, conditioned by political, economic, and historical factors. The author points out that international criminal justice has developed from the convergence of different legal traditions, although it is strongly influenced by state interests. It analyzes the central role of the UN Security Council, whose selective intervention evidences the politicization of ICL and limits its effectiveness. The historical origins of international crimes and the evolution of their normative paradigms are examined, especially after the world wars. It also emphasizes the fragmented and selective nature of international criminal prosecution mechanisms, as well as their high costs and limited proven deterrent capacity. The work concludes that, despite its limitations and

contradictions, ICL represents a significant advancement against impunity, with its future strengthening mainly depending on articulation with national criminal systems.

Keywords: International Criminal Law, Criminal justice, UN Security Council, International crimes, Impunity

1. Introducción

Es sabido que el derecho y los sistemas que se construyen a su alrededor se diferencian ampliamente del concepto de “Justicia”. Si bien en algún momento la filosofía jurídica nos hizo creer que ambos coincidían, hoy sabemos que, aunque puedan resultar cercanos e incluso similares en algún momento y lugar determinados, suelen estar bastante alejados. Dentro de las diferentes civilizaciones, la convergencia entre las leyes y los sistemas jurídicos, por un lado, y los valores de justicia moral y social, por el otro, han dependido de una variedad de factores sociales, políticos y económicos, y en las interacciones entre estos factores.

Dado que nos hemos ido absorbiendo los unos a los otros, las diferentes concepciones jurídicas antiguas han terminado por amalgamarse en dos grupos importantes, dentro del lado occidental del mundo. En el caso de la absorción del Derecho romano de ciertos conceptos filosóficos y legales de la antigua Grecia,³ ello fue luego reabsorbido a su vez por el Derecho romano y luego desperdigado en los sitios donde alguna vez reinó el Derecho romano o donde reinó alguna potencia que a su vez tenía en su ADN jurídico al derecho romano, como ser América Latina, derivada de españoles y portugueses. A su turno, el *Common Law* inglés, también derivado del

3 Ver en general Coleman Phillipson, 1 *The International Law And Custom Of Ancient Greece And Rome* (1911).

Derecho romano, aunque imbuido del espíritu oral de los pueblos normandos - luego de la conquista de 1066 -, tuvo impacto en los sistemas jurídicos de los países colonizados por Inglaterra. Además, el colonialismo europeo se encargó de la transferencia de los sistemas jurídicos continentales a los países asiáticos y africanos, en lo que hemos denominado en alguna otra obra como un genocidio jurídico-cultural. Como resultado de este complejo proceso histórico, la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo han pertenecido a unas pocas familias importantes del Derecho, generando de este modo una cierta armonización entre ellos.⁴

Este proceso histórico ha tenido a su vez un impacto en la justicia penal internacional, que toma prestado de estas familias jurídicas las formas de su Derecho sustantivo y procesal. Esto es evidente en la “parte general” del derecho penal como es aplicada por los tribunales penales internacionales, que se basa en técnicas de derecho comparado para deducir principios y normas comunes a las familias “mayores”.⁵ Del mismo modo, la armonización de las leyes procesales penales en muchos sistemas jurídicos contemporáneos refleja el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁶ A su vez, los aspectos procesales del Derecho Penal Internacional (DPI) como es aplicado por los tribunales pena-

4 Ver en general René David, *Major Legal Systems In The World Today* (John E.C. Brierley trans., Stevens & Sons 3d ed. 1985) (1964).

5 Ver M. Cherif Bassiouni, *Introduction To International Criminal Law* 259 (2003).

6 Ver Jean Pradel, *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes: Rapports de synthèse des colloques de l'ISIS*, 15 *Nouvelles Etudes Penales* (1998).

les internacionales reflejan los principios generales del Derecho procesal.⁷

Los procesos de la Justicia penal internacional han evidenciado históricamente una tensión entre los intereses del poder y riqueza, representada por los estados y los valores morales y sociales compartidos de la comunidad internacional.⁸ La mayoría de las veces, las consideraciones de los estados sobre sus intereses de poder y riqueza chocan con los valores sociales y morales que tratan de ser alcanzados por la Justicia penal internacional.⁹ A veces, sin embargo, estos valores e intereses divergentes también convergen. Siempre que se produce dicha convergencia, puede deberse a que los intereses de poder y la riqueza de los estados dan temporalmente vía libre a los imperativos de los valores morales y sociales compartidos por la comunidad internacional, o porque estos intereses se alcanzarán cuando se logre la aceptación de los Estados de los objetivos de la Justicia Penal interna-

7 Ver Bassiouni, *supra* nota 6, at 583 – 84.

8 Ver M. Cherif Bassiouni, Combating Impunity for International Crimes, 71 U. Colo. L. rev. 409 (2000); M. Cherif Bassiouni, The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik, 22 GA. ST. U. L. REV. 541 (2006). Para mas informacion sobre la *realpolitik* y las manifestaciones contemporáneas de imperialismo, ver Chalmers Johnson, The Sorrows Of Empire: Militarism, Secrecy, And The End Of The Republic (2004); Philippe Sands, Lawless World: America And The Making And Breaking Of Global Rules From Fdr'S Atlantic Charter To George W. Bush'S Illegal War (2005).

9 Ver M. Cherif Bassiouni, International Criminal Justice in Historical Perspective: The Tension Between States' Interests and the Pursuit of International Justice, en The Oxford Companion To International Criminal Justice 131 (Antonio Cassese ed., 2009).

cional. Esta incertidumbre se refleja en los procesos de la Justicia Penal internacional.

Así como las leyes y los sistemas jurídicos se han desarrollado tomando prestado de las experiencias de otras sociedades, también lo ha hecho la Justicia Penal Internacional. La Justicia Penal internacional, sin embargo y lamentablemente a nuestro entender, también ha sido moldeada en base a consideraciones políticas, como lo demuestra el establecimiento del Consejo de Seguridad de la ONU como “llave” o “grifo” que permite la derivación – o no – de casos a la Corte Penal Internacional. Hasta 1992, esto no había acontecido, pese a que, como es sabido, sí existieron suficientes motivos en el mundo como para que la Justicia intervenga. Una vez más, vemos que Derecho y Justicia, al menos en nuestro plano, no se identifican. Desde 1992 a la fecha, sin embargo, el Consejo de Seguridad ha establecido dos tribunales penales internacionales ad hoc para los conflictos en la ex Yugoslavia¹⁰ y Ruanda,¹¹ y tribunales modelo mixtos para Sie-

10 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827 (Mayo 25, 1993) [De aquí en más, Estatuto ICTY].

11 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453d mtg., U.N. Doc. S/RES/955 (Nov. 8, 1994) [De aquí en más, Estatuto ICTR].

rra Leona,¹² Kosovo,¹³ Timor-Leste,¹⁴ Camboya,¹⁵ Bosnia y Herzegovina,¹⁶ y Líbano.¹⁷ La inconsistencia de-

- 12 Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, ONU - Sierra Leona, Ene. 16, 2002, 2178 U.N.T.S. 138. El Tribunal Especial fue puesto en funciones por el Consejo de Seguridad en S.C. Res. 1400, U.N. Doc. S/RES/1400 (Mar. 28, 2002).
- 13 S.C. Res. 1244, U.N. Doc S/RES/1244 (Junio 10, 1999); Ver también ONU - Administración Interina de la Misión en Kosovo, Sobre la autoridad de la Administración Interina en Kosovo, U.N. Doc. UNMIK/REG/1999/1 (Julio 25, 1999).
- 14 S.C. Res. 1272, U.N. Doc. S/RES/1272 (Oct. 25, 1999); Ver también ONU Administración Transicional en Timor Este, Sobre la organización de los tribunales en Timor Este, U.N. Doc. UNTAET/REG/2000/11 (Mar. 6, 2000).
- 15 Ley sobre el establecimiento de Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Cambodia para la investigación de crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, Royal Decree No. NS/RKM/1004/006 (2004) (Cambodia), disponible en http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/law/4/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf.
- 16 La Cámara de Crímenes de Guerra fueron creadas en 2003 en el Encuentro de la Junta de Implementación de la Paz y sobre llevó extensas negociaciones hasta su adopción, el 6 de enero de 2005. El Tribunal está sujeto al Código Penal de 1977 de la Republica Federal Socialista de Yugoslavia en lugar de los nuevos códigos penal y procesal penal de Bosnia y Herzegovina. El Tribunal también aplica la Carta Europea de Derechos Humanos, ratificada por Bosnia y Herzegovina en 2002. Ver Param-Preet Singh, Human Rights Watch, Narrowing The Impunity Gap: Trials Before Bosnia'S War Crimes Chamber (2007).
- 17 S.C. Res. 1757, U.N. Doc. S/RES/1757 (May 30, 2007); ver también El Secretario General, Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Líbano, entregado al Consejo de Seguridad, U.N. Doc. S/2006/893 (Nov. 15, 2006).

mostrada incluso hoy –hay muchas más situaciones en la actualidad que las nombradas que requieren al menos la revisión de la Justicia internacional– evidencia que el Consejo de Seguridad tiene una intrínseca falta de comprensión de los mecanismos de la justicia postconflicto y esto deriva en su incapacidad para desarrollar políticas y prácticas coherentes. Lamentablemente, en el plano del Derecho Penal Internacional no existen medias tintas. Cuando se está en una posición de poder y decisión como para evitar o terminar la comisión de un crimen internacional, y no se hace nada, ello equivale a una participación omisiva.

En realidad, si uno examina detenidamente a la Justicia Penal internacional y a su evolución, se da cuenta que el progreso se debe, básicamente, a circunstancias imprevisas y a ciertos individuos –gobernantes, intelectuales reformistas, o activistas– que fueron capaces de llevar a cabo desarrollos progresivos, aun a pesar de férreas oposiciones sistémicas. Normalmente, lo que suele evidenciarse es la omisión culpable, que anteriormente señaláramos, o incluso períodos históricos donde los gobernantes han causado regresión en la Justicia Penal internacional.

El registro acumulativo de la historia es una guía indispensable para el futuro, pero a medida que pasa el tiempo, las brechas generacionales se expanden y lo que queda en la conciencia colectiva de las generaciones venideras es poco más que fragmentos del pasado. Estos son poco útiles para instruirnos sobre las lecciones del pasado, lo que ha llevado al filósofo George Santayana a observar que “los que no pueden recordar el pasado están condenados a repetirlo”.¹⁸ Y así que es por eso por

18 George Santayana, *The Life Of Reason: Reason Of Common Sense* 284 (1905).

lo que tantas de las tragedias humanas e injusticias del pasado continúan repitiéndose.

Algunas lecciones se han aprendido en la búsqueda de la Justicia Penal internacional, pero, como dice el dicho popular, la rueda tiene que ser reinventada periódicamente como si nunca había existido. Como Nicolás Maquiavelo observó en su obra fundamental del Siglo XVI, *El Príncipe*, lo más difícil de cambiar es el cambio en sí mismo.¹⁹

2. Los orígenes del Derecho Penal Internacional

Está comúnmente aceptado que los primeros crímenes internacionalmente reconocidos fueron la piratería, en el Siglo XVII, y la esclavitud, en el Siglo XIX. Pero las preocupaciones sobre los medios y los métodos de hacer la guerra vienen siendo estudiados desde el Siglo V a. C.²⁰ Bassiouni nos señala que entre 1815 y 2008, se adoptaron 267 convenciones aplicables a 28 diferentes categorías de crímenes internacionales.²¹

En términos históricos, lo que hoy está definido como “crímenes de guerra”, precedió a todos los otros delitos o crímenes internacionales. Inspirados en valores religiosos, como los códigos de caballería o las Leyes de Manu

19 Niccolò Machiavelli, *The Prince* (Luigi Ricci trans., Oxford Univ. Press 1935) (1532).

20 Véase M. Cherif Bassiouni, *The Evolution of International Humanitarian Law and Arms Control Agreements*, in *A Manual On International Humanitarian Law And Arms Control Agreements* 1 (M. Cherif Bassiouni ed., 2000).

21 1 *International Criminal Law* 134 (M. Cherif Bassiouni ed., 3d ed. 2008).

de la India del Siglo II a.C.,²² y luego los de la Europa cristiana de la Edad Media,²³ o inspirados en el pragmatismo, como el “Arte de la Guerra” de Sun Tzu, del Siglo VI a.C.,²⁴ los problemas derivados de la conducta durante la guerra se desarrollaron en tándem con el uso de la guerra en sí. Necesariamente, las exigencias para habilitarlos crecieron. Aquellos que hubieran violado aquellas normas debían ser castigados, si es que esas normas tenían algún sentido. Este fue el inicio de la justicia penal internacional, siendo su objetivo la prevención a través de la disuasión o lo que se conoce en teorías de la pena como “prevención general negativa”.

A su vez, el concepto de “crímenes contra las leyes de Dios y del Hombre” fue inicialmente desarrollado por teólogos y juristas entre los Siglos XII y XIV, sobre una base histórica. Se originaba en el Derecho natural, doctrina desarrollada por Santo Tomás de Aquino, un célebre teólogo francés, quien a su vez se había inspirado en San Agustín de Hipona, otro célebre teólogo, tunecino. Ambos estaban particularmente influidos por Aristóteles, un griego y sus estudios sobre qué constituye una guerra justa y sobre la ética. La doctrina tomista del Derecho natural se aplicó luego tanto al *Jus in Bello* como al *Jus ad bellum*, desarrollados entre los Siglos XIV y XVIII por juristas como Gentili, Da Legnano, Baldus, Ayala, Grocio, Vittoria, Puffendorf y De Vattel, la mayoría de los cuales tomaba las enseñanzas derivadas de las tres

22 The Laws Of Manu (Georg Bühler trans., Motilal Banarsidass 1964).

23 Véase M.h. Keen, The Laws Of War In The Late Middle Ages (1965); Peace And War In Antiquity, supra note 31.

24 Sun Tzu, The Art Of War 76 (Samuel B. Griffith trans., Oxford Univ. Press 1971).

Cruzadas (1095-1192) y las diferentes aventuras bélicas producidas entre los propios estados cristianos durante aquella época.²⁵ La Tercera Cruzada, particularmente, tuvo un efecto indeleble sobre los naturalistas cristianos europeos, ya que Salah el-Din el Ayoubi forzó la rendición de los cruzados sitiando Jerusalén, brindándoles un salvoconducto. En 1187, los cruzados derrotados fueron autorizados a abandonar Jerusalén llevando consigo todo lo que pudieran, incluso sus armas. Esto fue un contraste con lo que los cruzados les hicieron a los judíos y a los musulmanes cuando llegaron a aquellas tierras a ocuparlas. En más de una ocasión, los cruzados masacraron comunidades enteras, y robaron o quemaron todo.²⁶ Los gobernantes cristianos de entonces se consideraban protegidos por las “leyes de Dios y del Hombre”, las que sólo les eran aplicables a ellos y a sus súbditos, cuando en realidad no eran más que simples genocidas.

La combinación de sistemas judiciales internos con el sistema penal internacional, para lo que ha dado en llamar “delitos internacionales fundamentales” —a saber, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los

25 Véase Balthazar Ayala, *De Jure Et Officiis Bellicis Et Disciplina Militari Libri III* (1582), reprinted in 1 *Classics Of International Law* No. 2 (James Brown Scott & John Westlake eds., John Pawley Bate trans., 1912); Alberico Gentili, *De Jure Belli Libri Tres* (1612), reprinted in 2 *Classics Of International Law* No. 16 (James Brown Scott ed., John C. Rolfe trans., 1933); Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae Et Gentium Libri Octo* (1688), reprinted in 1 *Classics Of International Law* No. 17 (James Brown Scott ed., C. H. Oldfather & W.A. Oldfather trans., 1933); Francisco De Victoria, *De Indis Et De Ivre Belli Reflectiones* (1696), reprinted in 1 *Classics Of International Law* No. 7 (James Brown Scott ed., John Pawley Bate trans., 1917).

26 Véase Amin Maalouf, *Crusades Through Arab Eyes* (Jon Rothschild trans., Schocken Books 1985) (1984).

crímenes de guerra—, se refiere a lo que en el estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) se conoce como “complementariedad”.²⁷ La CPI complementa a los sistemas nacionales de justicia penal siempre que éstos no puedan o no quieran cumplir sus obligaciones.²⁸ Pero si estos supuestos no se materializan, entonces, ¿qué? Los Estados pueden no cumplir con sus obligaciones internacionales para enjuiciar o extraditar a otros estados dispuestos a enjuiciar, o simplemente pueden no cooperar con la CPI. Por otra parte, la Corte Penal Internacional puede ser incapaz de enfrentar las crecientes demandas que se le plantean. ¿Será el declive de la justicia penal internacional o incluso su final, tal como la hemos conocido hasta el momento? ¿Surgirá algo nuevo que refleje las nuevas realidades en una sociedad global?

3. Los paradigmas del Derecho Internacional en general

El Derecho internacional es esencialmente el producto de los actores estatales que actúan en nombre de los intereses de sus respectivos estados. El DI contemporáneo es la contrapartida del *Ius gentium* del Derecho romano, la ley de todos los pueblos. A diferencia de la ley romana, sin embargo, que reflejaba sólo los intereses de los romanos, el derecho internacional moderno tiene la intención de reflejar los intereses de la comunidad internacional de los Estados y sus pueblos. Incluso en esta época de la glo-

27 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de Julio de 1998, 2187 U.N.T.S. 90. Para una comparación entre la CPI y los sistemas legales nacionales, véase id. arts. 1, 17. Véase también M. Cherif Bassiouni, 1 *The Legislative History Of The International Criminal Court: Introduction, Analysis, And Integrated Text* 128–31 (2005).

28 Estatuto de Roma, supra note 63, art. 17.

balización, el derecho internacional continúa bajo la larga sombra del paradigma westfaliano, basado en la ficción legal de la co-igualdad soberana del Estado, lo que limitaba la penetración del derecho internacional en los sistemas jurídicos nacionales. Así, los estados quedaban con la potestad del unilateralismo.²⁹ Este modelo de orden mundial se caracteriza por lo que Thomas Hobbes describió en el Siglo XVII como un modelo caótico de relaciones entre estados, que se guían básicamente por intereses y están limitados por el prudente arbitrio unilateral, dejando las restricciones externas a la discrecionalidad de cada Estado.³⁰ Por lo tanto, el estado de los asuntos del mundo está marcado por el caos de los intereses que cada estado autoidentifica los que, con pocas excepciones, no están sujetos a restricciones colectivas. Este modelo de orden mundial se caracteriza por el recurso unilateral de la fuerza en la solución de diferencias entre Estados. Sin embargo, durante el siglo pasado se registró un progreso significativo, en cuanto a que los intereses de los estados y los valores que sus sociedades abrazan se han vuelto menos divergentes. Esta convergencia exigió una mayor conformidad de los Estados para cumplir ciertas aspiraciones humanas y también una mayor conformidad con las expectativas del bien superior de una comunidad internacional, que no sólo consiste en Estados, sino también en pueblos e individuos. Esta es la premisa del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, confiada a la autoridad del Consejo de Seguridad y al poder de veto de

29 Ver *The Age Of Enlightenment*, supra nota 27; Durant & Durant, supra nota 27.

30 Ver HOBBS, supra nota 44. Ver *Keystones Of Democracy* (2005) (compilando las ideas de John Locke, Jean Jacques Rousseau, y Thomas Paine sobre el estado de naturaleza, la guerra y el gobierno civil).

sus cinco miembros permanentes lo que, como ya hemos dicho, entendemos que no hace sino dificultar el trabajo del sistema jurídico penal internacional.

Ahora bien, estimulada por la globalización económica contemporánea, la cooperación estatal internacional en casi todos los campos, incluyendo la justicia penal internacional, ha aumentado. En algunas áreas, se ha dado preponderancia a los procesos de toma colectiva de decisiones, como se evidencia en muchas organizaciones intergubernamentales. Entre los desarrollos en los que la soberanía del Estado ha dado paso a los intereses y valores colectivos, están aquellos producidos en economía y finanzas, así como en los ámbitos de los derechos humanos y justicia penal internacional. Todos estos campos han sido impulsados por las ideas que reflejan ciertos valores que con el tiempo han adquirido un nivel progresivamente más elevado de reconocimiento por diversos procesos constituyentes de la comunidad internacional. El progreso en el campo de los Derechos Humanos y en la justicia penal internacional es el resultado de un proceso de crecimiento que ha fortalecido ideas sobre los valores humanos derivados de las experiencias de muchas civilizaciones. Es cierto que el progreso en estos campos ha sido más lento y laborioso que en lo económico y financiero, que ofrecen incentivos tangibles, mientras que la justicia penal internacional sólo ofrece productos intangibles.

La historia también muestra que este proceso evolutivo de la justicia penal internacional y los derechos humanos por lo general comienza con la aparición de una idea, que luego crece en su aceptación por diferentes grupos, seguida por una etapa de articulación prescriptiva que eventualmente conduce a una etapa de formulación normativa, logrando el establecimiento de mecanismos de aplicación. La evolución de una idea de su creación intelectual, sus etapas prescriptivas y de aplicación, pasa a

través de etapas intermedias y pueden incluso transformarse o modificarse de su propósito original. Por encima de las razones de transformación o alteración de ideas, existe una mezcla de valores e intereses cuya interacción de vez en cuando favorece al uno por sobre el otro. Igualmente significativas son, sin embargo, las huellas de los acontecimientos históricos y sus circunstancias y de aquellos individuos cuyas contribuciones han afectado el curso de los acontecimientos humanos. Durante el curso de esta evolución, se ven varios procesos que implican a diversos participantes, que operan en diferentes ámbitos, que emplean múltiples estrategias y tácticas, y persiguen diferentes objetivos. En los tiempos posmodernos, la comunidad internacional, que consiste en estados, organizaciones intergubernamentales y la sociedad civil internacional, ha jugado un creciente papel en el terreno de la justicia penal internacional mediante la articulación de valores e intereses compartidos, el desarrollo de normas y el establecimiento de instituciones internacionales destinadas a lograr metas determinadas.

Es de destacar, que una y otra vez a lo largo de la historia, los individuos han desafiado a los paradigmas de poder y han sido capaces de producir resultados inesperados. Por lo tanto, a pesar de la potencia inexorable de los eventos históricos, que como ríos turbulentos son capaces de barrer todo, los individuos han sido, en ocasiones, capaces de detener e incluso revertir el curso de las corrientes poderosas. Cómo los individuos pueden producir esos cambios no sólo es un misterio, sino que es sobre todo un gran símbolo de esperanza de que aun el más imposible de los paradigmas pueda ser trastocado por los individuos. Esto es evidencia de que no existe tal cosa como la inevitabilidad de que los intereses del Estado siempre prevalezcan, y que la justicia siempre será sacrificada en el altar de los intereses del Estado.

4. El rol de la justicia penal internacional

Previamente, corresponde que señalemos que no hay nada inherentemente incompatible entre los objetivos de orientación política y el logro del alto valor de la justicia penal internacional a los efectos de promover el bien común y, en casos particulares, el avance de las metas relativas a otros resultados positivos, tales como la paz y la reconciliación. Como en todos los asuntos relacionados con diferentes –y a veces difíciles– metas, el equilibrio entre la justicia y los valores políticos positivos es difícil de lograr, dado que, mientras que la anterior se basa en ciertos valores que no pueden ser comprometidos, la última se basa en ciertos intereses que sólo pueden lograrse sobre la base del compromiso. Reconciliarlos a ambos es imposible, pero conciliar entre ellos sí es posible. Si las exigencias de paz son lo primero, entonces las exigencias de justicia le siguen. Estas últimas no se ven comprometidas, sino simplemente diferidas. Esto es conciliación. La contradicción surge cuando la imposición política elimina las opciones de la justicia post-conflicto y niega la posibilidad de revisión o reversión judicial de hechos que notoriamente lo requieren. La consecuencia de ello es la ausencia de una verdadera paz o la reanudación del conflicto. La justicia es por lo tanto, un componente esencial de la paz.

Los objetivos de la justicia penal internacional incluyen: la prevención mediante la persuasión; la retribución a través de la persecución penal selectiva, que se presume que tienen algún efecto general disuasorio; y asistir a las víctimas con un sentido de justicia y cesura. Sin embargo, estos objetivos son casi imposibles de evaluar. Lo que queda es el simbolismo de los enjuiciamientos y su presunto impacto en la paz, o un retorno a la normalidad en las sociedades desgarradas por la guerra. La asunción que los procesos penales internacionales son suscepti-

bles de producir un efecto disuasorio, y por lo tanto evitar más acciones criminales, no se ha probado. Se basa en los supuestos de prevención general que existen en los sistemas de justicia penal nacionales. Hay, sin embargo, datos anecdóticos, que permiten creer en los efectos disuasorios de los procesos penales internacionales, como fue el caso del conflicto en la ex Yugoslavia entre 1991 y 1995, e incluso de los históricos Nuremberg y Tokio. En todas las demás situaciones de enjuiciamientos internacionales, sin embargo, el efecto disuasorio fue inexistente debido a que estos juicios se produjeron después de que el conflicto dado llegó a su fin. Presumiblemente, la experiencia acumulada de juicios postconflicto produzca un efecto disuasorio en relación con los futuros conflictos. Esto, sin embargo, aún no se ha establecido científicamente ni evidenciado en la realidad. Quizás las muy recientes crisis de Ucrania y Venezuela hayan servido para evidenciar que la Justicia Penal Internacional tiene que efectuar un análisis crítico de sí misma, para poder avanzar a la etapa ulterior.

Uno de los objetivos más importantes y sin embargo, pasado por alto de la justicia penal internacional, es traer alivio a las víctimas y proporcionarles una reparación. Sin embargo, no fue sino hasta el año 2006 que la Asamblea General aprobó la resolución 60/147 “Principios y Directrices Básicas sobre el derecho a remedio y reparación para víctimas de graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario”,³¹

31 Principios Básicos y Directivas sobre el Derecho a un Remedio y la Reparación para Víctimas de Graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Serias Violaciones al Derecho Internacional Humanitario, A.G.. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (Mar. 21, 2006) [de aquí en más,

donde se receptó finalmente aquel valor. Debido a que estos principios y directrices son nuevos y aun no obligatorios, todavía están pendientes de aplicación a nivel local e internacional. La aprobación de los Principios y directrices es, sin embargo, un signo de progreso. Lo notable es que proporcionan a la justicia penal internacional el derecho de la víctima; sin embargo, en la historia reciente de la justicia penal internacional, los derechos de las víctimas apenas han sido abordados.³²

Otros elementos de la justicia penal internacional incluyen la inscripción de las consecuencias dañosas de los conflictos y el desarrollo de medidas destinadas a prevenir futuros conflictos. Esta es la razón por la que la justicia penal internacional tiene que ser vista de una manera más integral; a saber, la justicia penal internacional debe integrar a la totalidad o a la mayor parte de los mecanismos de justicia postconflicto desarrollados en las últimas décadas. Por otra parte, la justicia penal internacional debe integrarse con las modalidades de establecimiento de la paz, y la asistencia humanitaria, y hasta ahora ese no ha sido el caso. Las consideraciones políticas han mantenido separado lo que necesita ser integrado.

Los resultados jurídicos derivados de los paradigmas cambiantes como se describieron anteriormente pueden ser evaluados mediante el uso de diferentes herramientas, tales como desarrollos normativos. Por ejemplo, con

Principios y Directivas]; Ver M. Cherif Bassiouni, *International Recognition of Victims' Rights*, 6 HUM. RTS. L. REV. 203 (2006) (trazando la historia de la adopción de la Resolución 2006 de las Naciones Unidas, explorando los efectos de la resolución, y resaltando las deficiencias de la Resolución en las víctimas para ofrecerles una reparación significativa).

32 Principios y Directivas, *supra* nota 80.

lo que ya hemos mencionado que entre 1815 y 2008 se han firmado 267 convenios, que pueden entrar dentro del significado de justicia penal internacional. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, hoy en día, no existe una convención internacional para los crímenes contra la humanidad, desde que el concepto surgiera en 1899 con la “Cláusula Martens”, en la Convención de La Haya desde ese mismo año y fuera luego plasmado por el Militar Internacional Tribunal de Nuremberg primero, y en el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente de Tokio después. Asimismo, hasta la fecha no existe una definición universalmente aceptada de terrorismo ni un convenio general sobre la materia, como el que fue desarrollado en el ámbito de la Sociedad de Naciones en 1937 y posteriormente retomado por las Naciones Unidas en 1969.³³ Por último, tampoco existe a la fecha un código penal internacional, desde que se debatiera un proyecto de Código de Delitos de la ONU contra la paz y la seguridad de la humanidad, allá por 1947.³⁴ En su lugar, tenemos una mezcolanza de 281 convenciones desde 1815 a la fecha, que abordan veintiocho categorías de crímenes internacionales con muchas superposiciones, lagunas, incoherencias y ambigüedades.³⁵

33 Ver *International Terrorism: Multilateral Conventions, 1937–2001*, at xxv, 5–6 (M. Cherif Bassiouni ed., 2001) (argumentando que las Naciones Unidas adoptaron un enfoque gradual con el terrorismo y abordando actos específicos, tales como el uso de armas químicas, en lugar de formular una definición global y coherente del terrorismo).

34 Ver Bassiouni, *supra* nota 64, at 30 (señalando que los esfuerzos para codificar grandes crímenes internacionales se inició en 1947 y “terminó de forma poco concluyente” en 1996 como resultado de los fracasos políticos).

35 Ver M. Cherif Bassiouni, *The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambigui-*

Por el contrario, la justicia penal internacional ha logrado avances significativos desde 1994 con el establecimiento de instituciones de justicia penal internacionales, en sus modelos internacional y mixto en la ex Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Kosovo, Timor-Leste, Camboya, Bosnia y Herzegovina, Líbano y con el establecimiento de la CPI. Nunca antes en la historia se ha logrado tanto en tan poco tiempo.

5. Las etapas históricas del Derecho Penal Internacional

La justicia penal internacional hizo su camino en la práctica internacional en dos períodos históricos y está por entrar en el tercero. El primer período abarca desde 1268 a 1815, el segundo va desde 1919 hasta 2012 y el tercero arrancarí­a a partir de este último año.

A. LA PRIMERA ETAPA

El primer período, que podría llamarse prosaicamente como el período temprano, se caracteriza por tres eventos salientes ocurridos en 1268, 1474 y 1815.

En 1268, tuvo lugar en Italia el juicio de Konradin von Hohenstaufen, un noble alemán que tenía por entonces 16 años.³⁶ Fue juzgado y ejecutado por transgredir los

ties, 8 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 199, 202 (1998) (argumentando que “ambigüedades y lagunas” en las normas de los crímenes internacionales son el resultado de la “evolución irregular de la ley penal” y la vacilación de los estados miembros de la ONU para arriesgarse a criminalizar la conducta interna de sus propios gobiernos).

36 Ver Steven Runciman, *The Sicilian Vespers: A History Of The Mediterranean World In The Later Thirteenth Century* 115–16 (1958).

decretos del Papa, al atacar a un compañero noble gobernante francés, donde asimismo saqueó y mató civiles italianos en Tagliacozzo, cerca de Nápoles. Esto último se consideró constitutivo de un crimen “contra las leyes de Dios y el hombre.” El juicio fue esencialmente de carácter político. De hecho, era una perversión de justicia penal internacional, demostrativa de cómo la justicia podría ser utilizada para fines políticos. El crimen —suponiendo que se puede llamar así—, estaba en la naturaleza de lo que es un “crimen contra la paz”, tal como llegó a ser llamado en el Art. 6 de la Carta de Núremberg, más tarde denominado “agresión” por la Carta de la ONU.

El segundo juicio de este período histórico fue el de Peter von Hagenbach en 1474 en Breisach, Alemania.³⁷ Hagenbach era un condotiero holandés contratado por el Duque de Borgoña para armar un ejército y ocupar la ciudad de Breisach y cobrarle impuestos a su población. El duque había adquirido la ciudad a cambio de los servicios prestados al Sacro Imperio Romano Germánico. Desinteresado del destino de los distantes pobladores alemanes, el Duque francés ordenó a Hagenbach cobrar impuestos masivamente. Cuando los pobladores se rebelaron, el Duque ordenó a Hagenbach saquear, pillar, violar y quemar la ciudad. Hagenbach obedeció las órdenes de su superior, como era de esperar en aquel momento.³⁸ El

37 Ver Howard S. Levie, *The Rise and Fall of an Internationally Codified Denial of the Defense of Superior Orders*, 30 *Revue De Droit Militaire Et De Droit De La Guerre* 183, 185, 193 (1991). Ver Amable-Guillaume-Prosper Bruguiere De Barante, *Histoire Des Ducs De Bourgogne De La Maison De Valois, 1364-1477* (1854).

38 Fue solo bajo el Art. 8 de la Carta de Núremberg en 1945 que la excusa de la obediencia a órdenes superiores fue eliminada del Derecho Penal Internacional. Ver Yoram Dinstein, *The De-*

ataque a Breisach fue tan horrible que las noticias se difundieron en todo el imperio, dando lugar a un consenso fuera de lo común, sobre que éste era un “crimen contra las leyes de Dios y del hombre.” Los líderes de los veintiséis estados miembros del Sacro Imperio Romano, ya sea en persona o por medio de representantes, actuaron como jueces internacionales para procesar a Hagenbach, un holandés, por delitos cometidos en Alemania bajo la orden de un jefe de Estado francés. Para todos los propósitos prácticos, y de acuerdo con los estándares contemporáneos, este fue el primer tribunal penal internacional. En el juicio, Hagenbach exhibió las órdenes escritas del Duque de Borgoña, pero los jueces le negaron valor probatorio, que no recuperó sino 471 años después, cuando la Carta del TMI fue adoptada en Londres en 1945 y admitió al seguimiento de órdenes como una defensa posible. En consecuencia, la negativa del tribunal a aceptar la defensa de Hagenbach, protegió al duque de responsabilidad. Hagenbach fue condenado a ser descuartizado, un particularmente brutal método de infligir la muerte. El juicio y la pena de Hagenbach sirvieron para múltiples propósitos. El castigo de Hagenbach fue merecido, ya que debió haber conocido los límites de las “leyes de Dios y el Hombre”. Ser, en efecto, “un empleado” para cometer tales hechos no era excusa, bajo cualquier estándar moral. ¿Fue la defensa de seguir órdenes superiores una excusa legal válida? Moralmente, no, pero ese era el concepto jurídico dominante en aquella época. Sopesando estas consideraciones, los jueces de Breisach quizás habrían intentado elevar la moral por sobre la Ley, ya que la moral, en ciertas situaciones, se encuentra por

fence Of ‘Obedience To Superior Orders’ In International Law (1965); Ekkehart Muller-Rappard, *L’ordre Supérieur Militaire Et La Responsabilité Pénale Du Subordonné* (1965).

encima del concepto humano de legalidad.³⁹ Su decisión también sirvió a otros fines.

- 39 En 1947, casi 473 años después del juicio de Peter, la misma dicotomía surgió en los juicios de EE.UU. llevados adelante en Nuremberg siguiendo a la Ley del Consejo de Control n° 10. Los dos casos, *United States v. Alstötter and United States v. Brandt*, son comúnmente denominados el Juicio de los Jueces y el Juicio de los Médicos, respectivamente. Ver *3 Trials Of War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, at 3* (1948). Un total de seis jueces norteamericanos hallaron culpables a los operadores del sistema judicial nazi, mediante la justificación de la discriminación a los judíos, y encontraron culpables a los médicos nazis que habían realizado experimentos humanos con judíos, gitanos e incapaces, de crímenes contra la humanidad. Ver *The Nazi Doctors And The Nuremberg Code: Human Rights In Human Experimentation 4* (George J. Annas & Michael A. Grodin eds., 1992). La base de sus condenas fue que los juristas y los médicos no podían violar sus leyes éticas más elevadas bajo la cobertura de la ley positiva. Ver *3 Trials Of War Criminals Before The Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Supra, At 979*; *The Nazi Doctors And The Nuremberg Code: Human Rights In Human Experimentation, supra, at 104*. Los médicos que toman el juramento hipocrático van a salvar vidas, no a destruirlas. Los abogados también toman un juramento para defender la ley, es decir, los fines superiores de la ley. Estos juristas estiraron la interpretación de las leyes nazis a tales extremos que hicieron lícito lo que tenían que saber era ilegal. Por lo tanto, violaron la esencia misma de la ley, los principios generales del derecho y las normas legales que existían en Alemania hasta que el régimen nazi llegó. En ningún caso, desde entonces, las leyes éticas más elevadas de las profesiones jurídicas y médicas han considerado superior al derecho positivo. Sin embargo, estos principios superiores también podrían aplicarse a los abogados del gobierno de Bush cuyo consejo dio lugar a la violación de la Constitución, los tratados internacionales y las leyes de los Estados Unidos, al justificar la tortura y la “rendición extraordinaria” practicada por la Agencia Central de Inteligencia.

En 1474, el objetivo político de preservar al Sacro Imperio Romano mediante el rechazo a denunciar a un jefe de Estado, se logró en Breisach. Al hacerlo, los jueces de Breisach también respetaron ciertos valores denunciando que lo que se hizo fue para bien de la población civil indefensa, enjuiciando a su autor principal. De este modo, se logró un objetivo de justicia.⁴⁰

- 40 Los valores defendidos en 1474 se hallan actualmente incorporados al Derecho Internacional Humanitario, que se desarrolló después de que Henri Dunant lanzara la Cruz Roja en Ginebra en 1864. Este movimiento, a su vez, nos dio los convenios más universalmente reconocidos de todos los instrumentos: Los Cuatro de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 (que son menos conocidos universalmente). Ver Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña, Ago. 12, 1949, art. 2, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31 [Convenio de Ginebra I]; Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos, enfermos o náufragos en las fuerzas armadas en el mar, Ago. 12, 1949, art. 2, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85 [Convenio de Ginebra II]; Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, Ago. 12, 1949, art. 2, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135 [Convenio de Ginebra III]; Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, Ago. 12, 1949, art. 2, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287 [Convención de Ginebra IV]; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, and relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Junio 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 3 [Protocolo I]; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Junio 8, 1977, 1125 U.N.T.S. 609 [Protocolo II]. Antes, sin embargo, estos valores humanitarios se habían reflejado en la Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra en Tierra de 1899, modificada en 1907. Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra en Tierra, Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277, 207 Consol. T.S. 277. La última permanece, hasta la fecha, como el

No fue sino hasta 1814 que otra manifestación politizada de justicia penal internacional tuvo lugar. En 1813 y 1814, los aliados europeos victoriosos de Austria, Inglaterra, Prusia y Rusia derrotaron a las fuerzas de Napoleón en Leipzig y unos meses más tarde capturaron París. Los jefes de estado victoriosos eran monarcas. Mientras estaban resentidos con el advenedizo y populista Napoleón, que usurpó el título de Emperador, nunca le rindieron homenaje al título. Por otra parte, Napoleón se había casado con la hija del Emperador de Austria, que era uno de los aliados. En consecuencia, los monarcas no podían tener para con Napoleón el de un criminal común; en lugar de ello decidieron, sin convocarlo, exiliarlo en la isla de Elba, en el Mediterráneo. Unos meses más tarde, Napoleón escapó, intentó hacer una reaparición, y fue derrotado de nuevo. Esta vez, fue exiliado a Santa Elena bajo la guarda de Inglaterra, donde murió unos pocos años más tarde, supuestamente envenenado

fundamento del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Henry Dunant es una de esas personas que han hecho la diferencia en los asuntos de la humanidad. Lo que él y otros abogaron maduró en un concepto universal único que se transformó en normativa legal internacional vinculantes. Los progresos realizados desde entonces no deben ser subestimados. Aunque su aplicación universal está aún lejos de ser una realidad, no hay ninguna señal de que estos triunfos normativos corran peligro de quedar sin efecto. Lamentablemente, solo EE.UU. bajo la administración Bush intentó esto, sosteniendo que los “combatientes enemigos” en la “guerra contra el terror” no estaban sujetos a las Convenciones de Ginebra. La Corte Suprema de EE.UU. en el caso *in Hamdan v. Rumsfeld* rechazó este argumento. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); *Ver también* *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008) (sosteniendo que los prisioneros detenidos en Guantánamo tienen el derecho de hábeas corpus en virtud de la Constitución de los EE.UU.).

por sus captores.⁴¹ Napoleón fue juzgado políticamente por los monarcas victoriosos y se dictó una sentencia política, a pesar de que había ordenado a muchos actos que hoy se llamarían agresión, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

B. LA SEGUNDA ETAPA

La segunda era histórica comenzó luego de la I Guerra Mundial. El juicio del káiser alemán Wilhelm Von Hohenzollern tuvo una continuidad casi perfecta con el juicio político y la sentencia de Napoleón en 1814. Sin embargo, algunas cosas cambiaron, y un paso adelante fue dado. El Tratado de Versalles de 1919 preveía en el artículo 227 por primera vez en la historia que un jefe de Estado, el káiser de Alemania Wilhelm von Hohenzollern, fuese juzgado por lo que ahora llamamos crimen de agresión.⁴² La similitud entre las posiciones de Napoleón y del káiser Wilhelm es llamativa. El káiser Wilhelm era el nieto de la reina Victoria y el primo del emperador ruso Nicolás, así como Napoleón era el hijo político del emperador de Austria. ¿estarían los aliados dispuestos a procesar a un jefe de Estado? La respuesta fue no, pero los tiempos habían cambiado. Ya no fue posible para los jefes de Estado discutir ni decidir sobre resultados políticos, como fue el caso con respecto al exilio de Napoleón, porque los Jefes de Estado se habían convertido en responsables ante la opinión pública. Sin em-

41 Ver Robert Asprey, *The Rise Of Napoleon Bonaparte* 405, 439-41 (2001). Ver Bell, *supra* nota 32; Chandler, *supra* nota 32; Herold, *supra* nota 32; Mclynn, *supra* nota 32.

42 Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Centrales (Treaty of Versailles) art. 227, Junio 28, 1919, 2 Bevans 43, 225 Consol. T.S. 188.

bargo, la *realpolitik* se adaptó. El concepto utilizado en 1919 para redactar el Artículo 227 se hizo de una manera tan ingeniosa que no se podía considerar legalmente exigible, y sin embargo, al mismo tiempo, convenció a la opinión pública de las serias intenciones de los aliados. El crimen fue definido en el artículo 227 como “la ofensa suprema contra...la santidad de los tratados”.⁴³ Para la opinión pública europea, sonaba a la perfección. Cuando los aliados trataron de extraditar al Káiser desde los Países Bajos, sin embargo, el gobierno holandés afirmó que no existía tal delito en el derecho internacional, ni en cualquier sistema jurídico nacional. A pesar de que el vacío holandés fue ferozmente criticado por los franceses y belgas, era jurídicamente correcto.

El Tratado de Versalles también disponía, en los artículos 228 y 229, el enjuiciamiento de los criminales de guerra alemanes ante tribunales aliados; ahora bien, estos tribunales nunca fueron establecidos.⁴⁴ En cambio, en 1920, los aliados acordaron no efectivizar las disposiciones de los artículos 228 y 229 de establecer un tribunal aliado de crímenes de guerra y se derivó la tarea a Alemania. El tribunal elegido fue el Tribunal Supremo alemán, que actuó como mero verificador de los hechos en Leipzig, en 1923.⁴⁵ La historia política de este tribunal es conocida.

En 1919, la Comisión Aliada para investigar la responsabilidad de los autores de la guerra y la observancia de las sanciones había elaborado una lista de unos vein-

43 Id.

44 Ver Maogoto, *supra* nota 107; Bassiouni, *supra* nota 107, at 266–68.

45 Ver Willis, *supra* nota 110, at 174. Ver Gerd Hankel, *Die Leipziger Prozesse* (2003); Claud Mullins, *The Leipzig Trials* (1921).

te mil alemanes a ser juzgados por crímenes de guerra.⁴⁶ La lista fue posteriormente reducida a 875, pero Alemania también se opuso a este número. Al final, los aliados acordaron llevar ese número a cuarenta y cinco. Aun así, la Fiscalía General alemana acusó únicamente a veintidós personas, y la sentencia más alta del Tribunal fue de tres años de prisión para uno de los acusados.⁴⁷

De un modo más significativo, la Comisión de 1919 instó a la persecución de los funcionarios turcos en lo que se llamó “Delitos contra las leyes de la Humanidad”, por el asesinato masivo de armenios en 1915.⁴⁸ Estados Unidos y Japón, ambos miembros de la Comisión, se opusieron con el argumento de que no existía tal delito en el Derecho internacional positivo, y que el presunto delito derivaba del Derecho natural, que rechazaban.

La base de la Comisión para postular los “Delitos contra las leyes de Humanidad” era el preámbulo de la Convención de La Haya de 1907, que decía: “Hasta que se haya emitido un código más completo de las leyes de la

46 Ver Div. de Derecho Internacional, Fundación Carnegie para la Paz Internacional, Comisión sobre la Responsabilidad de los autores de la Guerra y sobre la efectividad de las sanciones: Reporte Presentado a la Conferencia Preliminar de Paz (Panfleto No. 32, 1919), reimpreso en 14 AM. J. INT’L L. 95, 112–15 (1920).

47 Bassiouni, *supra* nota 107, at 281–82.

48 “Crímenes contra la Humanidad” como se cita en el Memorando Armenio presentado por la delegación griega a la Comisión de 1919, el 14 de Marzo, 1919. Ver Schwelb, *supra* nota 85, at 181. Ver Vahakn N. Dadrian, *German Responsibility In The Armenian Genocide* (1997); Vahakn N. Dadrian, *The History Of The Armenian Genocide* (1995). Para una perspectiva turca, ver Ctr. For Strategic Research, *The Armenian “Genocide”: Facts And Figures* (2007).

guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en los reglamentos adoptados por ellos, los habitantes y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, que es fruto de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.⁴⁹ Esta cláusula, redactada por el enviado ruso a la Conferencia, Fiodor Martens, es la primera introducción del concepto de “infracción a las leyes de la Humanidad” en un texto positivo.

En el corto período que va de 1919 a 1945, cuando la Carta de Londres fue firmada, los aliados victoriosos de la Segunda Guerra Mundial, liderados por EE.UU, formularon en el Artículo 6 (c) de la Carta, la categoría internacional de delitos denominados “crímenes contra la humanidad”.⁵⁰ El fracasado precedente de la Primera Guerra Mundial se convirtió en el fundamento jurídico de la nueva definición típica. Lo que había cambiado eran los tiempos y los hechos. Frente al Holocausto y a otras atrocidades cometidas por el régimen nazi, los Aliados no tuvieron más remedio que establecer los “crímenes contra la humanidad” como un crimen internacional del Derecho Penal internacional positivo. Para ello, tuvieron que reunirse varias veces, desde 1943 (Teherán, Moscú y Londres), hasta lograr univocidad y donde jugaron un papel clave el Secretario de Estado norteamericano, Henry Stimson, el Justice de la Corte Suprema de EE.UU. Robert Jackson —que luego sería el Fiscal Ge-

49 Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, *supra* nota 103 (énfasis agregado).

50 Carta del Tribunal Militar Internacional en Nuremberg art. 6(c), Ago. 8, 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279.

neral en Nüremberg-, Churchill y Raphael Lemkin, el creador del concepto de genocidio y uno de los hacedores de nuestra materia. El mismo concepto típico de crímenes contra la humanidad fue incluido en la Carta de Tokio, el estatuto del IMTFE,⁵¹ así como en la Ley 10, del Consejo de Control Aliado, aplicable en Alemania, por los tribunales de los aliados.⁵² 48 años después, en 1993 y 1994, este mismo tipo penal fue incluido por el Consejo de Seguridad en los estatutos del TPIY y del TPIR - artículos 3 y 5, respectivamente-; y en 1998, también fue incluido en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

A pesar de estos precedentes, no existe a la fecha una convención internacional sobre los crímenes contra la humanidad. La explicación es simplemente que los estados no están dispuestos a tener una convención que pondría a sus jefes de Estado y otros actores estatales en un alto nivel en peligro. Aunque el crimen esté establecido en el derecho internacional consuetudinario, la base normativa existente en el Derecho Penal internacional convencional para los crímenes contra la humanidad es insuficiente. Ciertamente es que, sin embargo, el Derecho Internacional consuetudinario tiene una base no tan cierta, en comparación al Derecho Penal internacional, en relación a la especificidad legal de los tipos penales y sus elementos y contenido. Si no es por otra cosa, la situación revela que los estados tienen un interés en la preservación de

51 Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente art. 5(c), Ene. 19, 1946, T.I.A.S. No. 1589, 4 Bevans 20.

52 Ley n°10 del Consejo de Control Aliado, Penas a personas culpables de crímenes de Guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad, § II(2)(e), Dic. 20, 1945, reimpresso en Telford Taylor, Final Report To The Secretary Of The Army On The Nuremberg War Crimes Trials Under Control Council Law No. 10, at 250 (1949).

las lagunas jurídicas y las ambigüedades que les permiten la flexibilidad para argumentar en contra de la obligación de procesar a los actores estatales que cometen este tipo de delitos, a pesar del daño humano que sigue causándose por estas violaciones al Derecho internacional consuetudinario. Una vez más, la *realpolitik* prevalece sobre los valores e intereses de la justicia, evidenciando aquella separación con la que iniciamos este trabajo.

La evaluación objetiva de las experiencias de la justicia penal internacional es una tarea pendiente. Cuando eso ocurra, es probable que se echen por tierra muchos mitos que la justicia penal internacional necesita preservar. Sin embargo, el haber enviado a los infractores al *Ius in bello* y al *Ius ad bellum* a procesos de justicia fue un hecho en sí extraordinario. Este fue un logro importante en la historia de la humanidad. Parafraseando al citado Jackson, en su alegato de apertura ante el IMT: *“envalentonados por la victoria, los aliados se apartaron de la venganza y llevaron a sus enemigos ante la justicia. Haciéndolo, hicieron suyos los reclamos de Themis y Iustitia”*.

Desde 1948, muchas cosas han ocurrido para corregir las deficiencias del IMT y del IMTFE. a nivel normativo, el genocidio, el crimen de lesa humanidad, el crimen de agresión y los crímenes de guerra fueron codificados, aunque lamentablemente en forma muy rudimentaria y a veces hasta confusa. El Estatuto de Roma satisface los requisitos del “principio de legalidad”, que fue tan cuestionado en la Carta del IMT y en el Estatuto del IMTFE. El procedimiento ante la CPI está a la altura de los mejores estándares de la imparcialidad, el juicio justo y el debido proceso, contrariamente a la práctica del IMTFE y, en cierta medida, del IMT. Los principios de responsabilidad penal y otros aspectos de la “parte general” del Derecho penal han sido positivizados en el estatuto de es-

tos tribunales internacionales post-1994 y fueron extendidos por su jurisprudencia y hoy goza de buena salud. No importa cuántos expertos en Derecho penal comparado critiquen estas normas y aquella jurisprudencia: la justicia que éstos representan es exactamente igual que los mejores de los mejores sistemas nacionales del mundo – lo que es un progreso enorme para la justicia penal internacional -. Señalar las debilidades legales y procesales de la justicia penal internacional, así como evidenciar sus manipulaciones políticas, es necesario para aquellos que buscamos mejorar el futuro de la justicia penal internacional. Sin embargo, en este momento histórico, la justicia penal internacional no puede arriesgarse a ser socavada por la crítica y debe sostenerse.

A pesar de los errores iniciales o de los costos, el TPIY y TPIR han dejado una marca indeleble en la justicia penal internacional. Lo mismo puede decirse del Tribunal para Sierra Leona, que merece ser colocado en el mismo pedestal de honor, seguido por el menos conocido e insuficientemente financiado y sin apoyo Tribunal para Bosnia y Herzegovina Corte. No así del Tribunal para Camboya, una mera pretensión de justicia. Los Tribunales para Timor-Leste y para Kosovo oscilan entre estos dos extremos. En cuanto al Tribunal de Líbano, Bassiouni sostiene que era y sigue siendo un instrumento de la política exterior de EE.UU. y, como tal, una mancha en la historia de la justicia penal internacional, por más neutrales y profesionales que sean sus miembros y su personal. Cuál será el legado de estas instituciones, y particularmente de la CPI, es algo meramente especulativo, aunque las recientes decisiones, como en el caso “Bemba”, nos presagien buenos vientos.

En 1948, pocos años después del IMT y del IMTFE, la Guerra Fría detuvo a la justicia penal internacional,

que no se reinició sino hasta 1992, cuando el Consejo de Seguridad estableció, de conformidad con la Resolución 780, la Comisión de Expertos encargada de investigar las violaciones al Derecho Internacional Humanitario en la ex Yugoslavia entre 1991 y 1994. Desde entonces, la justicia penal internacional ha progresado más de lo que lo hizo entre 1919 y 1994; sin embargo, este progreso se debe en gran medida a los eventos producidos entre 1945 y 1948, no habiéndose aportado mucha “originalidad” desde entonces.

C. LA TERCERA ETAPA

La tercera etapa comenzó en 2013, cuando el TPIY y el TPIR finalizaron con su trabajo, sin perjuicio de algunas apelaciones pendientes y que quedaban varios procesos truncos debido a la ausencia de los imputados, no habiendo nuevos casos.

En esta etapa aun persisten algunos tribunales penales híbridos que buscan resarcirse de sus malos augurios iniciales, como el Tribunal de Camboya o el de Líbano, y predominantemente está marcado por el protagonismo de la CPI. En esta etapa es donde también se analiza la etapa pasada y se visualiza un análisis de costo-beneficio del “precio” que la justicia insume a la Humanidad. Tal vez esa sea una de las formas pertinentes para abordar el análisis cuantitativo de la justicia penal internacional. Por ejemplo, entre 1994 y 2009, el TPIY, el TPIR y la CPI procesaron a 252 personas (161, 79, y 12 respectivamente). De ellos, 105 han sido llevadas a juicio (120, 41, y 4 respectivamente). Hay siempre veintisiete jueces en el TPIY (quince permanentes y doce *ad litem*), veinticuatro jueces para el Tribunal Internacional para Ruanda (trece permanentes y once *ad litem*), y dieciocho en la CPI. En 2008 y 2009, los tres tribunales emplearon a más

de 3.200 fiscales, investigadores, secretarios, empleados y personal de seguridad. Los costos acumulados son los siguientes: para el TPIY, \$ 1400 millones; para el TPIR, \$ 1200 millones; y para la CPI, \$ 700 millones. El costo promedio por caso para el TPIY es de \$ 12 millones de dólares; para el TPIR, \$ 11 millones; y para la Corte Penal Internacional, más de \$ 160 millones.

Los costos de los procesos judiciales en los sistemas nacionales de justicia penal son por lo general una pequeña proporción en relación al presupuesto nacional, no superando generalmente al cinco por ciento. Incluso para los países como el Reino Unido, los costos de los juicios son relativamente bajos. En ocasiones, hay casos excepcionales, como el caso de atentado de Oklahoma de 1995 —y que terminó con la ejecución de Timothy Mc Veigh el 11 de junio de 2001—, que tuvo un costo estimado de 82 millones de dólares; y los costos de la fiscalía especializada para presentar cargos de acusación contra el presidente Clinton por el “affaire Lewinsky”, que costó 45 millones de dólares. Pero a través de los cincuenta estados, así como en el sistema penal federal, los casos de crímenes violentos complejos no promedian los \$ 10 millones de dólares por caso, que promediaban el TPIY, TPIR, y en sus inicios la propia CPI. Los gobiernos y los órganos legislativos de la mayoría de los países no perciben los méritos de tener un sistema de justicia penal internacional caro, particularmente en relación a los resultados positivos en la paz y en la seguridad. En otras palabras, un análisis costo-beneficio es inevitable, como lo es una comparación entre costos nacionales e internacionales, y esto no le es favorable a la justicia penal internacional. Este es un análisis que también debemos hacer si queremos fortalecer al Derecho Penal Internacional y coadyuvar para su mejoramiento. Si no lo hacemos nosotros, otros no tan partidarios seguramente lo harán.

El TPIY, el TPIR y la CPI emplearon entre 2008 y 2009 cincuenta y seis jueces y poco más de tres mil doscientos empleados.⁵³ En conjunto, se estima que cinco mil empleados y 130 jueces han trabajado en estas instituciones. Conforman un grupo de personas que poseen conocimientos de justicia penal internacional y de funcionamiento de las instituciones de justicia penal internacional. Asimismo, estas instituciones prevén un programa internacional de entrenamiento bastante caro. Sus ventajas incluyen el hecho de que ahora hay, más que nunca, una circunscripción para la justicia penal internacional. Esto hará una diferencia en el futuro porque se ha generado una nueva carrera profesional que ofrece oportunidades. Más importante aún, no dejará que nadie subestime la supervivencia del poder de la burocracia una vez que están establecidas las instituciones.

Sin embargo, seguramente habrá más. ¿Cómo podemos evaluar objetivamente el verdadero y simbólico significado y el impacto de ver a veintidós principales líderes nazis en el banquillo en Núremberg,⁵⁴ y a veintiocho importantes criminales de clase A de pie en el muelle en

53 Estadísticas sobre estos tribunales se pueden encontrar en sus respectivos sitios web: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, <http://www.icty.org/> (last visited Dec. 17, 2009); Tribunal Penal Internacional para Rwanda, <http://www.ict.rw.org/> (last visited Dec. 17, 2009); Corte Penal Internacional, <http://www.icc-cpi.int/> (last visited Dec. 17, 2009).

54 Ver Eugene Davidson, *The Trial Of The Germans: An Account Of The Twenty-Two Defendants Before The International Military Tribunal At Nuremberg* (Univ. of Missouri Press 1997) (1966); *Perspectives On The Nuremberg Trial* (Guénaël Mettraux ed., 2008).

Tokio⁵⁵? ¿Cómo podemos evaluar el impacto de lo que probablemente sea una de las manifestaciones más directas de justicia penal internacional, cuando el helicóptero que transportaba a Charles Taylor el 29 de marzo 2006 voló de Freetown, Sierra Leona, sobre la ciudad, a la sede del Tribunal Especial para Sierra Leona, con una multitud de personas que habían sufrido la guerra de Taylor, a pie, en el camino y cantando bajo su helicóptero? Cuando el helicóptero aterrizó en la sede del Tribunal hubo un breve momento de silencio seguido por una explosión de aplausos. Para el pueblo de Sierra Leona, ése fue un signo palpable de justicia penal internacional. ¿Cómo podemos medir el impacto en una población víctima, en los juicios de los jefes de estado, como Jean Kambanda, de Ruanda; Slobodan Milošević, de Serbia, y Taylor, de Liberia? Si en 1950, uno hubiera preguntado cuánto hubiese costado para establecer la responsabilidad penal internacional y llevar a tres brutales jefes de estado a juicio, ¿Cuál sería la respuesta? Sería difícil poner un precio a ello. En esto también debemos pensar.

Los procesamientos internacionales han sido esporádicos, limitados en número, elevados en el costo, y selectivos. Más significativamente, ninguno de los cinco Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad ha tenido alguna vez que enfrentar un juicio penal internacional. La inferencia, si no es presunción, del excepcionalismo es evidente. Hoy, en 2017, de las diez situaciones bajo investigación, nueve son países africanos –Uganda, Congo, Sudán, República Centro Africana I y

55 Ver Neil Boister & Robert Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (2008); Tim Maga, *Judgment At Tokyo: The Japanese War Crimes Trials* (2001); Yuma Totani, *The Tokyo War Crimes Trial: The Pursuit Of Justice In The Wake Of World War II* (2008).

II, Kenya, Libia, Costa de Marfil y Malí— y la restante es Georgia, una ex república soviética desairada por Moscú. ¿Qué lectura debe hacerse? ¿Sólo en África se cometen genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra? Si luego uno entiende el rol que juega la política al seleccionar y/o desestimar los casos, el círculo cierra.

Para peor, el excepcionalismo va más lejos aún. Incluye, en ocasiones, hacer caso a los deseos de estas potencias respecto a quién investigar, por qué cargos y cuándo. Así, se convierte en un ejercicio de hegemonía política. Por supuesto, no hay evidencia de la existencia de dicha excepcionalidad o influencia hegemónica. No hay huellas digitales, pero aquellos que trabajan en la cocina de la justicia penal internacional entienden el mensaje. Si no, se encuentran con que inesperadamente su trabajo se desaceleró por enredos burocráticos, su financiación se reseco y observan publicidad negativa en los medios, seguido de ataques personales, y la amenaza de destitución de un modo u otro.

Para los que nunca han estado en el sistema, es difícil ver por qué y cómo ciertas cosas suceden. Se producen en la justicia penal internacional porque no hay transparencia o rendición de cuentas. No existen controles institucionales y financieros para evitar la influencia política, y mucho menos para corregir o morigerar sus excesos. En el ámbito de la justicia penal internacional, los estados abusan de su poder interno y externo, y con expectativas muy altas de salirse con la suya. El único factor que puede ser compensatorio son los medios de comunicación masiva y las reacciones que pueden engendrar en la opinión pública mundial. Sin embargo, esto es una solución temporal. Los que abusan del poder en la arena de la justicia penal internacional sólo deben esperar a que cualquier tormenta mediática ponga a funcionar todo

de nuevo. A menos que los hechos descritos sean indignantes, los abusos suelen retroceder rápidamente y salir de la atención pública, o alguien deberá rendir cuentas como chivo expiatorio. La conclusión es que los que cumplen los deseos de los poderosos de la política son recompensados, y los que no lo hacen, se ven subrepticamente castigados. No hay recompensa por la virtud. Aquellos que cumplen con su deber pueden, como mucho, ser recordados brevemente o alabados en su caída hacia abajo y hacia fuera, después de lo cual, pasan pronto al olvido.

6. Epílogo

Tanto desde una perspectiva ética y moral, no hay precio para hacer lo que es correcto; no existe una prueba utilitaria que pueda medir los resultados objetivos de hacer lo correcto. Haber reducido la impunidad de los crímenes internacionales nucleares y haber mejorado la contabilidad, no importa por qué margen, es un logro que la comunidad internacional debe festejar.

A veces, incluso lo que parece ser un fracaso aún puede tener algún resultado exitoso. Pinochet no fue extraditado a España y no fue juzgado en Chile, pero el grito en el cielo finalmente resultó en la detención ordenada por el Fiscal General chileno en septiembre de 2009 de 129 funcionarios que participaron en la guerra sucia de ese país. El rechazo por parte de Estados africanos y árabes de la orden de arresto de la CPI para el presidente sudanés al-Bashir causó que todos esos Estados y sus poblaciones sean más conscientes de la CPI y de los crímenes que investiga. En septiembre de 2009, el parlamento sudanés aprobó una revisión del capítulo 18 de su Código Penal, con la adición de los tres crímenes de jurisdicción de la CPI, a fin de utilizar esa ley para los procesamiento nacionales eventuales. Es poco probable que el obje-

tivo del régimen sudanés sea llevar a cabo una investigación penal en virtud del régimen de complementariedad de la CPI, sino más bien usarlo como escudo para evitar la entrega de sus altos funcionarios. No importa lo que el actual objetivo manipulador pueda ser, pues, sin embargo, esta ley podría algún día convertirse en efectiva y justa. Después de todo, los fracasos de la justicia penal internacional en las postrimerías de la Primera Guerra Mundial maduraron en lo que se desarrolló después de la Segunda Guerra Mundial. Estas son las formas en que la justicia penal internacional progresa, aunque nos parezca difícil visualizarlo.

Esta reciente fase de la historia de la justicia penal internacional vio nacer nuevas instituciones y desarrollarse normas y jurisprudencia. Sobre todo, esta fase fue testigo de la normalización (en el sentido francés de *normalité*) de la justicia penal internacional. Ya no es excepcional, y se ve cada vez más simplemente como otra dimensión de la justicia penal ordinaria practicada en el nivel internacional.

Otro resultado importante de las experiencias recientes de la justicia penal internacional es el hecho de que ahora hay una circunscripción experimentada de jueces, fiscales, investigadores y empleados, que pueden formar parte de nuevas instituciones e incluso formar parte de las suyas nacionales. Este grupo experimentado de operadores de justicia penal internacional hará realidad la “complementariedad” entre la justicia penal internacional y las nacionales. Otro importante proceso constitutivo es la generación de jóvenes juristas que estudian derecho penal internacional, un tema que se enseña en las escuelas de derecho en todo el mundo. Generaciones de juristas de todos los países no sólo se han convertido en fuente de conocimiento de la justicia penal internacio-

nal, sino también de apoyo a ella. Los académicos y sus escritos le han dado mayor reconocimiento y aceptación a la materia. La justicia penal internacional ya no es un tópico utópico de tan solo 40 años, cuando este autor comenzó a enseñar derecho penal internacional, en 1971.

Nuevos grupos también han desarrollado, como las más de 1200 organizaciones no gubernamentales (ONG) que forman parte de la Coalición para la CPI, y las más de 5000 ONG registradas en el Consejo Social de la ONU, que representan a grupos de Derechos Humanos. Será a través de estos procesos constitutivos que continuará el crecimiento. Su efectividad, sin embargo, dependerá de cuán rápido los sistemas penales nacionales asuman investigaciones sobre delitos internacionales. El futuro del Derecho Penal internacional no está con la CPI, sino con los sistemas local de justicia penal. Por eso estas líneas, en la creencia que exponiendo los problemas y denunciando en dónde radican sus núcleos es que realmente avanzaremos, en lugar de ser meros repetidores de otros, de textos, y de nada.

BREVES APUNTES SOBRE EL ECOCIDIO JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE

Enzo Finocchiaro¹

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de ecocidio. III. Los esfuerzos. IV. Problemas y propuestas. V. Conclusión.

Resumen

El texto analiza el ecocidio como un fenómeno que aún no ha sido incorporado formalmente al Derecho Penal Internacional, pese a su gravedad y alcance global. Se explica que el Estatuto de Roma solo contempla cuatro crímenes internacionales y ha excluido históricamente los daños ambientales de gran escala. El concepto de ecocidio surge a partir de desastres como la guerra de Vietnam y grandes catástrofes ambientales industriales. Diversos autores y organizaciones han propuesto definirlo como la destrucción grave, extensa y duradera de ecosistemas, causada con conocimiento del daño. Aunque algunos países ya lo han incorporado en sus legislaciones internas, persisten dificultades técnicas y políticas para

1 Abogado (UBA), Especialista en Derecho Penal (UBA), Magister en Derecho (Univ. Austral), Doctorando en Derecho Penal (UCA), Docente en Derecho Penal (UNNE, UMSA, UNR, Univ. San Carlos de Guatemala), Director de la Diplomatura en Derecho Penal Juvenil (UMSA), Profesor de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho Penal Internacional e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

su reconocimiento internacional. Entre los principales problemas se destacan la prueba de la intencionalidad y la atribución de responsabilidad a Estados o grandes empresas. El texto concluye que la tipificación del ecocidio es necesaria para proteger el medio ambiente y a la humanidad, pero requiere voluntad política y un enfoque preventivo global.

Palabras clave: ecocidio, Derecho penal internacional, daños ambientales, responsabilidad, voluntad política.

Abstract

The text analyzes ecocide as a phenomenon that has not yet been formally incorporated into International Criminal Law, despite its severity and global reach. It explains that the Rome Statute only contemplates four international crimes and has historically excluded large-scale environmental damage. The concept of ecocide emerged from disasters such as the Vietnam War and major industrial environmental catastrophes. Various authors and organizations have proposed defining it as the severe, extensive, and lasting destruction of ecosystems, caused with knowledge of the damage. Although some countries have already incorporated it into their domestic laws, technical and political difficulties persist for its international recognition. Among the main problems are proving intent and attributing responsibility to states or large companies. The text concludes that the criminalization of ecocide is necessary to protect the environment and humanity, but it requires political will and a global preventive approach.

Keywords: Ecocide, International Criminal Law, Environmental damage, Responsibility, Political will

1. Introducción

Con un movimiento iniciado a partir de la serie de procesos llevados adelante contra el nazismo en la célebre ciudad alemana de Nuremberg, entre 1946 y 1947 y solidificado luego de la entrada en vigencia, en julio de 2002, del Estatuto de Roma (en adelante, “ER”) –sancionado en julio de 1998–, la moderna Justicia Penal Internacional viene intentando investigar, perseguir y sancionar los crímenes más terribles que pueda cometer un ser humano y que hoy en día están contenidos en este último instrumento normativo señalado, y que resultan ser cuatro: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Como todo catálogo normativo positivizado, no estuvo – ni está, ni estará - exento de críticas y aplausos. Entre las críticas, se lo ha tildado de muy estrecho, de muy extenso (sobre todo en lo atinente a crímenes de guerra), que a veces era contradictorio y confuso y que en algunos puntos llegaba a ser inaplicable (como sucedió y aun sucede en el caso del crimen de agresión, presente en la ley internacional desde 1943 pero sin sanciones al día de hoy, pese a que, casi cotidianamente, vemos estados agrediendo a otros estados).

En la estrechez que hemos referido que se le achaca al ER –la “ley penal internacional primaria”² hoy en día–

- 2 Muchos consideramos que existen también “leyes penales internacionales” derivadas, como la que surge de los estatutos de los tribunales penales internacionales ad hoc y de los tribunales penales especiales para crímenes internacionales, de los tratados temáticos (tortura, genocidio, apartheid, CEDAW, Convención de los Derechos del Niño, etc.) e incluso de la legislación interna de países que han decidido positivizar los crímenes internacionales descriptos en el ER (Guatemala, Alemania, Vietnam, por citar algunos casos entre decenas).

está sin dudas no contener algunos fenómenos criminales que exceden a una nación, país, etnia, credo o ideología determinada y que, dada la escala y modo comisivo, hierren gravemente a la humanidad toda, a la paz, a la tranquilidad y al bienestar de todo el Mundo, que resultan ser el norte a la hora de “elaborar” un tipo penal internacional. El ecocidio ha sido, desde hace más de cuarenta años, uno de ellos. Esto ha resultado particularmente evidente en la Guerra de Vietnam y los horrores allí desplegados (el uso desmedido, por ejemplo, del “agente naranja”) y, posteriormente, en los daños medioambientales causados por la codicia y el desmanejo empresario (p.e., el desastre del Exxon Valdez de marzo de 1989). De esto, hablaremos en este brevísimo artículo, recomendándole al lector que, de ser de su interés, no agote aquí su curiosidad, sino que recurra a las fuentes y notas que hemos de apuntar.

Cabe destacar que ya en la década del '70 del Siglo XX y en los veinte años posteriores, se desarrolló la idea de expandir el ámbito de la Convención contra el Genocidio de 1948 hacia los crímenes ambientales, motivado ello por los desastres ocasionados por el fósforo blanco y el ya mencionado agente naranja. En este sentido, se discutieron tres opciones para incorporar al ecocidio dentro del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad —que fuera precursor del ER—. La primera opción lo consideraba como un crimen *per se*; una segunda, como un crimen contra la humanidad, y la última, como un crimen de guerra. A la postre, se quitó al crimen ambiental del proyecto de Estatuto de Roma —que había sido incluido dentro del genocidio— y la única alusión al respecto fue su inclusión como una muy específica clase de crimen de guerra (ver Art. 8.2.b.iv), que terminó por hacerlo tan débil, que a la fecha nadie ha sido siquiera acusado por este crimen. Tomus-

chat, un experto del Grupo de Trabajo sobre Crímenes Ambientales de Naciones Unidas sostuvo en algún momento que aquellos guardianes de las armas nucleares jugaron un rol clave a la hora del debilitamiento del crimen, viéndose como potenciales acusados.³

2. El concepto de ecocidio

Si bien se suele citar para el profesor Arthur Galston –el científico cuya investigación derivó en la invención del Agente Naranja que devastó Vietnam –como la primera persona que mencionó el ecocidio en la Conferencia sobre Guerra y Responsabilidad Nacional de 1970,⁴ justamente como “un crimen que debía quitarse a fin de evitar futuras condenas”,⁵ no fue sino el Primer Ministro sueco Olof Palme, quien, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente de 1972 –celebrada en Estocolmo–, describió a la guerra de Vietnam como “*un ultraje llamado ecocidio*”.⁶ En esa misma conferencia participaron más de siete mil asistentes y al año siguiente se publicó un proyecto de Convención contra el Ecocidio, buscando su reconocimiento como un crimen internacional, que nunca llegó a ser sancionado,⁷ pero que sí derivó en la Declaración de Estocolmo, en la que se re-

3 Mehta, Sailesh – Merz, Prisca – *Ecocide, a new crime against peace?*, en *Environmental Law Review*, 2015, Vol. 17 (i) pp.3/7.

4 Ver *The New York Times*, edición del 26 de febrero de 1970.

5 Zierler, D., *The invention of ecocide*, Univ. of Georgia Press, Athens, 2011.

6 Tord, B., *The emergence of popular participation in world politics: United Nations Conference on Human Environment 1972* (1996).

7 Falk, R.A., “Environmental Warfare and Ecocide” (1973), 4 *Security Dialogue*, págs.80-96.

conoció que *ambos aspectos del medio ambiente humano, natural y el artificial, son esenciales para su bienestar y para el disfrute de los derechos humanos más básicos, como el derecho a la vida en sí mismo.*⁸

En abril de 2010, la profesora británica Polly Higgins –fallecida a temprana edad– presentó una propuesta para una ley internacional contra el ecocidio ante la Comisión de Derecho de Naciones Unidas. Higgins definió al ecocidio como *el daño significativo, la destrucción o la pérdida del ecosistema de un determinado territorio, sea causado por la mano del hombre o por otras causas, a tal punto que disfrute pacífico de los habitantes de ese territorio pueda ser o sea de hecho gravemente disminuido.*⁹

En su obra, Higgins identifica dos tipos de ecocidio: el Ecocidio causado por el ser humano y el Ecocidio que obedece a causas naturales. En el segundo,¹⁰ se intenta crear un deber legal de cuidado que prevenga a las naciones, antes de que se cometa el daño masivo, la destrucción o el colapso del ecosistema y que, en caso de ocurrir, pueda imponérsele a dichas naciones ese deber legal de cuidado, a fin de proveer asistencia a aquellos países que estén en riesgo o que sufran el colapso ecosistémico como un resultado del crecimiento de los niveles oceá-

8 Ver informe de Ksentini, en el Informe de la Sub Comisión sobre Medio Ambiente, Comisión sobre Derechos Humanos, ONU, 1994.

9 Higgins, Polly, *Eradicating Ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet*, Shephard-Walwyn Publishers, 2010, Londres. Recomendamos la lectura de esta obra, que resulta ser la más completa al respecto.

10 Entre los que podemos encontrar los tsunamis, el crecimiento de los niveles oceánicos, terremotos, inundaciones y colapso ecosistémico.

nicos o eventos catastróficos como tsunamis e inundaciones. De esta forma, el ecocidio de causas naturales – esté relacionado o no al cambio climático –, se convierte en una responsabilidad de los gobiernos.¹¹

No es menor recordar que ya resulta ser un crimen en tiempos de guerra el “Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea” (Art. 8.2.b.iv del ER). A pesar de ello, durante tiempos de paz, tal daño ocurre diariamente a nuestros suelos y a nuestros mares, como una consecuencia directa de la explotación indiscriminada de las compañías agroquímicas y de la industria extractiva pesada. de llegar a crearse el crimen de ecocidio, dicho daño tiene debería de ser legal, lo cual implica ponerse de bruces con todo un ámbito económico que lleva decenios de existencia y solidificación económica política.

Finalmente, en junio de 2021, la ONG *Stop Ecocide Foundation*, que había convocado a un panel de expertos independientes para lograr una definición legal sobre el ecocidio, presentó, como texto principal, una propuesta de reforma al ER que introduce, al Art.5.1 –que es el que contiene a los crímenes internacionales vigentes– al crimen de ecocidio, al que luego, en el Art.8 ter define como *actos ilegítimos o injustificados cometidos con el co-*

11 Higgins, P., Ob. Cit., p.64.

*nocimiento de la existencia de una alta probabilidad de grave y extenso daño al medioambiente, causado por dichos actos.*¹²

Como se observa, este Panel se centra sólo en un tipo de ecocidio —siguiendo la categorización de Higgins— y propone una definición que quizás tiene cierta estrechez y podría pecar de naif, al centrarse en un tipo de intencionalidad poco probable, como veremos en el punto 4.

3. Los esfuerzos

Aunque no forme parte del ER, muchos países han incluido al crimen de ecocidio dentro de su legislación punitiva nacional, como Vietnam —quizás el país que más lo sufrió— (1990), Rusia (1996), Armenia (2003), Bielorrusia (1999), Ucrania (2001), y muchas otras ex repúblicas soviéticas. En febrero de 2024, Bélgica incluyó al delito de ecocidio en su nuevo Código Penal. El artículo creado define al ecocidio como “aquellos actos ilícitos deliberados que causan “daño grave, extenso y duradero” con conocimiento de tal daño”. En lo particular, las penas previstas son severas. Por su parte Chile, a través de la Ley 21.595 de 2023 de reforma del Código Penal, previó delitos contra el medio ambiente e incorporó elementos similares a la definición internacional de ecocidio; también ha habido denuncias y acciones (tribunales ciudadanos) que califican algunos daños como “ecocidio”.

Como complemento, muchos Estados han comenzado a reconocer los derechos a un medio ambiente sano, a un ecosistema pleno e incluso sancionando derecho pe-

12 Para mayor detalle, ver la iniciativa, los expertos y el texto en <https://566259-1829772-1-raikfcquaxqncofqfm.stackpathdns.com/wp-content/uploads/2021/06/SEFoundationCommentaryandcoretextrev6.pdf> (accedido el 28/2/2022).

nal contra el medio ambiente y los animales. como ejemplo, Ecuador dedica todo un capítulo que su Constitución (2008) a los derechos de la madre tierra (*Pachamama*), garantizando el derecho a la vida, la biodiversidad, el agua, el aire limpio, el equilibrio, la restauración y la libertad de la polución.

En 2013 una ONG llamada “Movimiento Ciudadano para terminar con el Ecocidio” organizó una iniciativa para solicitar a la Unión Europea que sancione normativa para punir este crimen, algo que a la fecha aún está pendiente.

En diciembre de 2019 el Embajador de Vanuatu ante la Unión Europea, aprovechó una reunión de la Corte Penal Internacional para sugerir que la destrucción del medio ambiente sea un crimen internacional perseguible ante dicho Tribunal.¹³ Varios Estados isleños han tratado de persuadir a muchas de las potencias mundiales para que voluntariamente reduzcan sus emisiones de gases, pero el cambio ha sido lento y muchas veces, inexistente.

Aquí también cabe recordar la existencia de procesos normativos internacionales, como el Acuerdo de París so-

13 Vanuatu es un país cuyo territorio lo constituye una pequeña isla en el Pacífico sur, que se ve gravemente amenazada por el crecimiento de los niveles marítimos. Para este país, el cambio climático se ha convertido en una crisis inminente y existencial, y se horrorizan al ver crecer el volumen de acciones humanas que han causado el alza de las temperaturas mundiales (como la quema de combustibles fósiles), que coadyuvan al derretimiento de hielos permanentes y glaciares y la consecuente mayor presencia de agua oceánica en el planeta. El horror parte de ver que muchas de estas acciones deliberadas son toleradas, festejadas e incluso auspiciadas por otras naciones.

bre Cambio Climático¹⁴—que a su vez se enmarca dentro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹⁵ que establece medidas para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y que busca mantener el aumento de la temperatura global promedio por debajo de los 2°C por encima de los niveles pre-industriales y perseguir esfuerzos para limitar el aumento a 1,5°C, reconociendo que esto reduciría significativamente los riesgos y efectos del cambio climático. Claro que para que esto ocurra, muchas industrias multimillonarias deberían dejar de existir prácticamente, y ello afectaría sin lugar a dudas la economía de varias naciones que basan su poderío en esa economía de explotación antiambientalista.

Un esfuerzo que ha sido mencionado, pero no desarrollado previamente, es el proyecto de Convención Internacional contra el Crimen del Ecocidio formulado por el profesor Richard A. Falk. En realidad, este proyecto formó parte de un amplio proceso revisor de la Convención contra el Genocidio de 1948, que se proponía establecer una ley que pueda amparar tanto a los crímenes ecológicos como a los crímenes culturales que afecten a poblaciones enteras.¹⁶ Cabe recordar que desde antaño

14 PACC, firmado en New York, en abril de 2016 y vigente desde noviembre de ese mismo año.

15 Firmada en Nueva York el 9 de mayo de 1992 y vigente desde el 21 de marzo de 1994. Hoy la han firmado 198 naciones, consideradas “Estados Parte”, y obligados a seguir sus principios y obligaciones.

16 No es menor recordar aquí que un grupo particularmente vulnerable en el ecocidio resulta ser el compuesto por los pueblos originarios e indígenas, cuya cultura y sobrevivencia dependen, en gran medida, del ecosistema en el cual se ubican, y por ello es que muchos autores se refieren al “ecocidio cultural”. Así,

existía en el seno de las Naciones Unidas la preocupación por aquellos fenómenos destructivos que la CG no alcanzaba a amparar. Falk elaboró su propuesta a partir de un artículo publicado en 1973 –y que se encuentra citado como nota al pie en este libelo–, que a su vez incluía un estudio elaborado por la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías de las Naciones Unidas, sobre la efectividad de la Convención de 1948. En dicho artículo, el citado experto llamaba la atención sobre el desarrollo actual de un período humano de un creciente peligro de colapso ecosistémico, y la colaboración que, consciente o inconscientemente, el propio ser humano estaba prestando para que ello suceda, generando consecuencias irreparables.

Particularmente entre 1984 y 1986, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) llevó adelante una serie de consultas sobre la inclusión del daño ambiental y el ecocidio dentro de la lista de los crímenes contra la paz y se suscitó un arduo debate entre sus expertos, ya que por entonces se hallaba en pleno desarrollo el proyecto de código penal internacional que luego fue dejado de lado ante la inminente puesta en vigencia del Estatuto de Roma. Más aún, en el apartado de la responsabilidad de los Estados, se había incluido a los crímenes contra el ambiente en el Artículo 19 de la primera parte, que se refería al “daño grave e indiscriminado contra el medio ambiente”, Y allí se desató de

la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 establece su derecho –entre otros– a la conservación y protección del medioambiente y a la capacidad productiva de sus tierras y territorios y de los recursos que derivan de ellos. Esto refuerza su derecho a ser tenidos en cuenta en cualquier proyecto que pueda afectarlos, tal como se establece desde el Convenio OIT n° 169, de 1989.

discusión central que atañe a este crimen y que se relaciona con 2 aspectos —más allá del político— y que tienen que ver con la intencionalidad pretendida para lograr su configuración y con a quien imputarle la autoría del mismo, temas ambos que trataremos en el siguiente capítulo.

En junio de 2021, la ONG *Stop Ecocide Foundation*, que había convocado a un panel de expertos independientes para lograr una definición legal sobre el ecocidio, presentó, como texto principal, una propuesta de reforma al ER que introducía, al Art.5.1 —que es el que contiene a los crímenes internacionales vigentes— al crimen de ecocidio, al que luego, en el Art.8 ter define como “actos ilegítimos o injustificados cometidos con el conocimiento de la existencia de una alta probabilidad de grave y extenso daño al medioambiente, causado por dichos actos”.

Como otro dato que es necesario aportar, el 20 de mayo de 2024 entró en vigor la Directiva de la UE sobre delitos ambientales (Directive (EU) 2024/1203), que obliga a los Estados miembro a transponerla (adoptarla internamente) en un plazo de dos años. Introduce una “ofensa cualificada” comparable al concepto de ecocidio (daño generalizado, duradero o irreversible a ecosistemas/aire/suelo/agua) y aumenta los montos de las multas y las penas.

4. Problemas y propuestas

El ecocidio, como crimen internacional pretendido, presenta una serie de inconvenientes que es preciso sortear si se quiere que prospere como figura típica y que tenga algún tipo de utilidad para la comunidad internacional. Los inconvenientes que se han detectado y que expone-mos en este pequeño trabajo son tanto propios del concepto como de la realidad que lo circunda.

A) ÁMBITO INTERNO - TÉCNICO

En el ámbito de los primeros, surgen varios problemas: En primer lugar, está el problema de la intencionalidad directa de cometer el ecocidio; esto es, si el daño ambiental causado no resulta ser sino un “efecto colateral” de una actividad industrial o explotación comercial determinada, que tiene otro fin “lícito”, o si resulta ser causado “directamente y con intencionalidad manifiesta”.

Mucho se ha discutido en torno a los conceptos del *intent* (algo asimilable a la intención o dolo que por estas tierras tanto se usa) y del *mens rea* (lo que el autor tiene en la mente al momento de desplegar su conducta en forma externa), propios del Derecho Penal Internacional, y gran parte del naufragio del crimen medioambiental como parte del Derecho Internacional se ha dado por la imposibilidad política del lograr un consenso al respecto.

Desde nuestra postura, observamos que, en la realidad, sería muy difícil achacar o visualizar una intencionalidad directa en un autor, a excepción del ya mencionado crimen de guerra. Sería más esperable el daño medioambiental como parte de una estrategia y/o empresarial o que por negligencia, impericia o imprudencia –aspectos que suelen formar parte de la “culpa”– derivara en tal desastre. Y esto se da en gran parte por el amplio desarrollo normativo que viene teniendo la protección contra el medio ambiente, y por ello difícilmente alguien se arriesgue “voluntariamente” a llevarse por delante dicho bagaje y cometer un ecocidio como voluntad final de realización del crimen. Nos parece más probable la segunda posibilidad y, sin dejar de lado a la primera (que sí debe positivizarse), entendemos la academia y la diplomacia especializada deben apuntar los cañones contra la segunda, poniendo especial énfasis en la creación y vigencia de obligaciones estatales de prevención

y morigeración y en pensar una sustitución o reposición de las industrias extractivas de amplio espectro por otras menos dañosas para el medioambiente.

Así, una norma deseable podría poner el foco en evaluar los riesgos y las probabilidades de producir un ecocidio antes de que la explotación peligrosa se desarrolle (Y allí podría recurrirse a la Convención sobre el Cambio Climático o al propio Acuerdo de París). Claramente, muchos sostienen que esto es muy amplio, y muchos otros refieren que de no adoptarse un enfoque preventivo el daño al planeta sería irremediable.

Un segundo problema técnico que surge a la hora de pensar el ecocidio consiste en la autoría; esto es, ¿a quien se le imputa la comisión del crimen? Aquí cabe tener en cuenta que la gran parte de los desastres medioambientales ocasionados por el hombre han sido producto del acometimiento empresarial y han sido empresas muy poderosas las que han estado detrás de la mayoría de estos, y si bien no haremos aquí un desarrollo de los problemas de autoría en criminalidad económica empresarial sí debemos tener en cuenta que probablemente un presidente de directorio, un CEO o un grupo de empresarios no sean responsables penalmente de todo el suceso criminal y bien puedan recurrir a estrategias defensivas tales como el seguimiento de una estrategia empresarial, la decisión trazada por los accionistas, el cumplimiento de órdenes, la no ubicación física en el lugar de los hechos, y demás cuestiones que se han planteado a la hora de querer llevar adelante investigaciones penales internacionales contra individuos que forman parte de corporaciones o procesos colectivos muy amplios.

Sin lugar a duda, la persecución penal de un directorio de una empresa minera o petrolera que haya generado un desastre medioambiental tendría consecuencias preventi-

vo generales sobre la población, aunque descreemos que ese grupo de individuos pueda resultar en forma total y directa responsable del crimen perseguido ni tampoco nos resulta cómoda la posición de utilizar individuos y su castigo como instrumento de miedo o ejemplo para impedir la comisión de crímenes. Preferimos más bien antes desarrollar deberes legales de hacer y de no hacer tanto en empresas como en individuos que forman parte de ellas tanto en gobiernos como en individuos que forman parte de ellos y dejar las penas para autores de criminalidad directa como una forma residual y muy poco probable de comisión.

B) ÁMBITO EXTERNO - POLÍTICO

El primer grupo de problemas que hemos enunciado, interno y técnico, quizás pueda ser solucionado en forma más inmediata, aunque el segundo implica redefinir el rol de la ONU, del Consejo de Seguridad y de la injerencia que tienen en la Corte Penal Internacional. No es menor señalar que, a modo de ejemplo, los jueces de la CPI se eligen de forma política, a petición de los estados parte (al igual que sucede con el Fiscal Penal Internacional o con el propio Secretario General de la ONU) y con voto de las respectivas Asambleas Generales, y que incluso el propio Estatuto de Roma prevé que ante el pedido del Consejo de Seguridad, una investigación puede ser suspendida e incluso cancelada.¹⁷ Así, si el Fiscal Penal Internacional es valiente y decide iniciar una investigación por un crimen internacional –recuérdese que el sistema penal internacional es eminentemente acusatorio–, e incluso una Sala Preliminar le acepte la investigación, lue-

¹⁷ Art.16 ER.

go el caso puede terminarse por decisión del Consejo de Seguridad, en forma explícita o implícita.

El problema externo que enfrenta el ecocidio tiene un tinte político y es el mismo que enfrentan otros crímenes internacionales a la hora de ser perseguibles, como el propio genocidio o el crimen de agresión, que a la fecha y a pesar de las incontables agresiones que podemos ver de un país poderoso contra otro de menos recursos, no tiene sanción penal a nivel internacional alguna. En esta línea, teniendo en cuenta la conformación actual de la comunidad internacional organizada (ONU) y del rol clave que tiene el Consejo de Seguridad –integrado en forma permanente por países que tienen alta capacidad nuclear, armamentística, económica, política e incluso mediática– resulta poco probable que quienes lo conforman vayan a ser perseguidos o condenados por la CPI, siendo que justamente, por el tipo de crímenes que se investigan allí, no pueden sino ser naciones con amplios poderes las que puedan llevar adelante un genocidio, una agresión o, como en nuestro caso, un ecocidio.

En cuanto al camino que debería seguirse, una vez que un estado parte del ER solicita una enmienda, debe convocarse a una Conferencia (tal cual sucedió en Kampala, en 2010), y allí se abre un proceso en el cual podría incluirse el ecocidio. Al hacer esto, podría sancionarse una ley internacional que imponga deberes y responsabilidades sobre las jefaturas de los Estados así como a las cabezas de las empresas, lo cual sin dudas va a generar una gran resistencia político-empresaria, aunque impulsaría una economía “verde” y pondría en su lugar un mecanismo poderoso de gobierno global.

5. Conclusión

No hemos pretendido en estas muy breves líneas agotar discusión alguna sino todo lo contrario; hemos procurado llevar al lector algunos disparadores que es necesario visibilizar si se desea una normativa ágil, útil y eficaz, que prevenga los crímenes medioambientales de gran escala y que tenga en cuenta los grandes fracasos por los que han transitado otros crímenes internacionales, muchos de los cuales aun se sienten, en gran parte por las cuestiones políticas que les son, aun, ínsitas. Son varios los aspectos que deben trabajarse y la Humanidad toda necesita de ese trabajo y su visibilización es quizás un primer puntapié para lograrlo.

CAPÍTULO III

ESTÁNDARES DE IMPUTACIÓN Y CONTROL DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO

TATVERDACHT Y MOTIVOS FUNDADOS. APUNTES PARA UNA COMPARACIÓN PROCESAL PENAL

John Zuluaga^{1*}

Sumario: 1. Introducción, 2. La noción de sospecha (Tatverdacht). 2.1. Aproximación a su significado, 2.2. La probabilidad como criterio de definición, 2.3. ¿Es posible una definición objetiva de sospecha?, 3. Los motivos fundados en el CPP y su relación con la sospecha en el StPO, 3.1. Relevancia de la comparación, 3.2. Grados de motivos fundados. 3.3. Los juicios de probabilidad vinculados a los motivos fundados. 4. A manera de conclusión. Bibliografía

Resumen

El trabajo realiza un análisis comparado entre la noción de **sospecha penal (Tatverdacht)** desarrollada en el proceso penal alemán y el concepto de **motivos fundados** previsto en el Código de Procedimiento Penal colombiano. Se expone que la sospecha constituye un **umbral probatorio mínimo** que habilita la adopción de medidas procesales coactivas y, al mismo tiempo, opera como garantía frente a injerencias arbitrarias en los derechos fundamentales del investigado. En el sistema alemán se identifican tres niveles de sospecha –inicial, vehemente

1 * Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia (sede Bogotá). Abogado de la Universidad Antioquia (Medellín-Colombia). Doctor en Derecho (Dr. iur.) y Master of Laws (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania).

y suficiente—estructurados a partir de **juicios de probabilidad retrospectivos** sobre la autoría o participación en un hecho punible. El autor destaca que, a diferencia del StPO, el CPP colombiano carece de una **sistematización expresa** de los motivos fundados, pese a que estos cumplen una función análoga. A partir del análisis comparado, se propone una **gradación de los motivos fundados** conforme a la intensidad de la medida investigativa y al momento procesal, vinculándolos a distintos niveles de probabilidad. Finalmente, se concluye que la incorporación de una estructura gradual de los motivos fundados fortalecería el **control judicial**, la racionalidad del sistema penal y la **protección efectiva de los derechos fundamentales** del investigado.

Palabras clave: sospecha penal, motivos fundados, proceso penal, garantía, derechos fundamentales.

Abstract

This work presents a comparative analysis between the concept of criminal suspicion (Tatverdacht) developed in German criminal proceedings and the concept of reasonable grounds provided in the Colombian Code of Criminal Procedure. It is explained that suspicion constitutes a minimum evidentiary threshold that enables the adoption of coercive procedural measures while simultaneously serving as a guarantee against arbitrary interference with the fundamental rights of the investigated person. In the German system, three levels of suspicion are identified—initial, strong, and sufficient—structured based on retrospective probability judgments about the authorship or participation in a criminal act. The author highlights that, unlike the StPO, the Colombian CPP lacks an explicit systematization of reasonable grounds, even though they fulfill an analogous function. Based on the comparative analysis, a gradation of reaso-

nable grounds is proposed in accordance with the intensity of the investigative measure and the procedural moment, linking them to different levels of probability. Finally, it is concluded that the incorporation of a graduated structure of reasonable grounds would strengthen judicial control, the rationality of the criminal system, and the effective protection of the fundamental rights of the investigated person.

Keywords: Criminal suspicion, Reasonable grounds, Criminal proceedings, Guarantee, Fundamental rights

1. Introducción

La motivación de las autorizaciones a medidas coactivas tendientes a injerir en los derechos fundamentales del investigado es un tema central del proceso penal. Un rastreo comparativo enseña que el mandato de fundamentación es acogido en diferentes ordenamientos procesales penales por medio de expresiones equivalentes a la de “motivos fundados” del Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004, en adelante CPP).² Especialmente relevante para el análisis de la problemática de los motivos fundados en Colombia resulta la comparación con la doctrina de la sospecha (*Tatverdacht*) desarrollada desde la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO por sus siglas en alemán).³ El concepto de sospecha es

2 Sobre los términos equivalentes a nivel comparativo véase Zuluaga, John, *Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen. Eine rechtsvergleichende Analyse*, Berlín, Duncker & Humblot, Schriften zum Strafrechtsvergleich (SRV), Band 19, 2023, p. 219 s.

3 En detalle sobre la noción de sospecha como parámetro comparativo frente a la noción de motivos fundados en el Código de procedimiento penal colombiano véase Zuluaga (supra nota 1), pp. 249 ss.

el parámetro de discusión que prevé el StPO para la autorización de algunas medidas de investigación.⁴ Con el *Tatverdacht* se hace alusión a un umbral o nivel probatorio al que se debe llegar para que la Fiscalía pueda iniciar a ejecutar medidas procesales coactivas en la fase de investigación, lo cual es a la vez una barrera protectora para el ciudadano frente a intervenciones estatales.⁵ En

4 En general véase Volk, Klaus/Engländer, Armin, *Grundkurs StPO* 8° ed., München, Beck, 2013, § 8 nm. 3; Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 28° ed., München, Beck, 2014, § 39 nm. 15 ss; Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts* 8° ed., Heidelberg, Müller, 2010, nm. 322 ss.; sobre la historia de la sospecha como concepto jurídico Schulz, Lorenz, *Normiertes Misstrauen: der Verdacht im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2001, p. 23 ss.; sobre la noción, una visión general de la estructura jurídica y la prueba de la infracción en el procedimiento abreviado sancionador véase Ebert, Andreas, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbegehrensverfahren*, Frankfurt am Main [u.a.], Lang, 2000, p. 17 ss.; respecto al manejo práctico y el control utilizando el ejemplo de la determinación de la sospecha por parte de la policía véase Lohner, Erwin, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren: Begriff, rechtliche Ausgestaltung, praktische Handhabung und Kontrolle am Beispiel der polizeilichen Verdachtsfeststellung*, Frankfurt am Main, Lang, 1994, p. 125 ss.

5 Véase entre otros Zabel, Benno, “Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts”, en *ZIS* 7-8/2014, p. 340, que entiende la esquematización de los grados de sospecha como „reciprocidad entre la intensidad de la injerencia y el umbral de sospecha” [„Reziprozität von Eingriffsschwere und Verdachtsschwelle“]; Kühne (*supra* nota 3), nm. 321; Ebert (*supra* nota 3), p. 70, que califica la sospecha como el “fundamento del ejercicio de soberanía” [„Grundlage hoheitlicher Inanspruchnahme“]; Lohner (*supra* nota 3), p. 17, para quien los grados de sospecha representan una especie de “llave mágica” para injerir en los derechos de terceros [„Zauberschlüssel“ für Eingriffe in Rechte

esa medida, esta institución es considerada una noción central del proceso penal. El StPO la incorpora en distintas instancias y la doctrina procesal penal la ha sistematizado en tres categorías: sospecha inicial (*Anfangsverdacht*), sospecha suficiente (*hinreichender Tatverdacht*) y sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*).⁶

Así como la noción de sospecha en el StPO, el concepto de motivos fundados recogido por el CPP habilita el impulso de actos procesales y competencias de investigación por medio de las cuales se puede injerir en derechos fundamentales. En esa medida, los motivos fundados satisfacen una función de protección judicial del perseguido penalmente y representan uno de los principales pilares de la construcción de la verdad en el proceso penal. A pesar de ello, esta figura no goza de un nivel de definición y estructuración como el que tiene el concepto de sospecha, aunque es una figura nuclear en el sistema de protección judicial de derechos del perseguido

Dritter]; sobre la función de protección judicial de la sospecha véase Schulz (*supra* nota 3), p. 251 s. y 476 s.

- 6 Acerca de los grados de sospecha véase, entre otros, Steinberg, Georg, „Verdacht als quantifizierbare Prognose?“, en *JZ* 21/2006, p. 1048 s.; Ebert (*supra* nota 3), p. 101 ss.; Lohner (*supra* nota 3), p. 61 ss.; Fincke, Martin, „Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden“, en *ZStW* 95 (1983), p. 924; Kühne, Hans Heiner, „Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen“, en *NJW* 1979, p. 618 ss.

penalmente. Ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial se ha confrontado el tratamiento terminológico heterogéneo y el deficiente abordaje procesal penal de la figura de los motivos fundados. Es por la falta de un abordaje teórico constitucional y procesal penal que cobra relevancia la comparación acá propuesta. En esa medida, el presente análisis pretende destacar cómo la noción de sospecha consagrada en el StPO puede orientar una conceptualización de los motivos fundados y ayudar a su sistematización.

A esos fines, en primer lugar, se hace una aproximación al concepto de sospecha y sus diferentes grados. La discusión sobre las escalas de sospecha resulta relevante ante el tratamiento indiferenciado (no gradual) de los motivos fundados frente a diferentes medidas procesales y en los distintos momentos de la investigación penal. En segundo lugar, se hace una valoración de la figura de los motivos fundados a partir de los insumos que aporta la noción de sospecha como criterio de activación de competencias de investigación y de validación a inferencias en derechos fundamentales en la fase de investigación penal. En este aparte resulta especialmente relevante la recepción de criterios de graduación ante el tratamiento asistemático de los motivos fundados en el CPP. Luego de decantar los niveles de motivos fundados se tratará de entender cuál sería el juicio de probabilidad asociado a cada uno de los niveles propuestos. A partir de la identificación y contraste de dicha sistematización, se puede entender también las implicaciones que tiene tal modelo de fundamentación para la verificación judicial de motivos fundados, es decir, para la protección judicial de derechos fundamentales del investigado.

2. La noción de sospecha (Tatverdacht).

2.1. APROXIMACIÓN A SU SIGNIFICADO.

El concepto de sospecha es considerado eje y piedra angular de la fase de investigación penal⁷ y noción central del proceso penal alemán.⁸ Como umbral mínimo para poder ordenar la ejecución de medidas procesales coactivas propias de la investigación penal, es considerado un “muro de protección” del ciudadano ante injerencias estatales.⁹ De igual manera, es un punto de partida para iniciar la búsqueda de verdad en el proceso penal. El StPO se refiere a la expresión sospecha utilizando di-

- 7 En ese sentido Kühne (*supra* nota 3), nm. 321, para quien „a pesar de todas las dificultades para la objetivización a manera de pronóstico, el concepto de sospecha es el eje del procedimiento de investigación“ [„trotz aller Schwierigkeiten ihn prognostisch zu objektivieren, ist der Verdachtsbegriff Dreh- und Angelpunkt des Ermittlungsverfahrens“].
- 8 Véase Zabel (*supra* nota 4), p. 340, „Ninguna investigación y ninguna búsqueda de la verdad sin sospecha“ [„Ohne Verdacht keine Ermittlungen und Keine Wahrheitsforschung“]; Volk/Engländer (*supra* nota 3), § 8 nm. 3, quienes describen la sospecha como un terreno de „seguridad, certeza y verdad“ [den Tatverdacht als einen Grund von „Sicherheit, Gewissheit und ‚Wahrheit‘“]; Schulz (*supra* nota 3), p. 475, para quien „La sospecha es la motivo y fundamento procesal del trámite“ [„Der Verdacht ist Anlass und prozessbezogener Grund des Verfahrens“]; Ebert (*supra* nota 3), p. 101, para quien el significado procesal de la sospecha impregna todo el proceso penal [„Die verfahrensrechtliche Bedeutung des Tatverdachts durchzieht den gesamten Strafprozeß“].
- 9 Kühne (*supra* nota 3), nm. 321 subraya que “en esta doble función, la sospecha corresponde al término peligro en Derecho policial” [“in dieser Doppelfunktion entspricht der Verdacht dem Terminus der Gefahr im Polizeirecht”].

ferentes formulaciones e indicando diferentes grados de esta¹⁰. Una primera referencia se encuentra en el § 160 inc. 1 StPO, donde se hace alusión a la “sospecha de un hecho punible” (*Verdacht einer Straftat*) y de la cual depende el inicio de la investigación por parte del fiscal. El § 100 a inc. 1 permite la interceptación de comunicaciones “si determinados hechos fundamentan la sospecha de alguien” (*wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen*). El § 112 inc. 1 autoriza la detención preventiva cuando exista una sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*) sobre la persona a la que se le impondrá tal medida. Según el § 203 el juicio oral se abre si después de los resultados del sumario existe una sospecha suficiente (*hinreichender Tatverdacht*) sobre la comisión del hecho punible.¹¹

Más allá de estos tres niveles de sospecha, en el StPO se pueden encontrar formulaciones que no hacen referencia expresa a tal concepto, pero que representan un respectivo grado de sospecha¹². Paralelamente, el StPO se apropia de términos equivalentes como, por ejemplo, la noción de peligro (*Gefahr*), que hace alusión a un comportamiento o conducta, de la cual se espera que se

10 Véase Volk/Engländer (*supra* nota 3), § 8 nm. 3; Kohlmann, Diana, *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technischeinsatz, Bedeutung und Legitimation ihres Einsatzes im Ermittlungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 161; Roxin/Schünemann (*supra* nota 3), § 39 nm. 15 ss.; Kühne (*supra* nota 3), 2010, nm. 322.

11 Según Kühne (*supra* nota 3), nm. 322 nota a pie 29, el § 138a I sitúa incluso la sospecha vehemente como alternativa a la suficiente “[“§ 138a I stellt den dringenden Verdacht sogar alternativ neben den hinreichenden“].

12 Véase Kühne (*supra* nota 3), nm. 322; Kohlmann (*supra* nota 9), 2012, p. 161; como ejemplos se pueden mencionar los §§ 99, 111a, 138c, 160 inc. 1 StPO.

concreto. La hipótesis de realización de dicho comportamiento está fundada o tiene su base en una sospecha.¹³ A pesar de que el StPO expresamente menciona diferentes niveles de sospecha, no hay ninguna definición legal de este último concepto. Sin embargo, está fuera de discusión que la variedad terminológica que incorpora el StPO respecto a la expresión “sospecha” da cuenta de diferentes grados legales de esta.¹⁴

Más allá del consenso sobre la clasificación que recrea el StPO sobre las escalas de sospecha,¹⁵ se ha criticado el vacío que existe en torno al significado de dicha noción. En tanto no hay claridad sobre su connotación, también se ven afectadas las definiciones que pueden asignarse a los diferentes grados de sospecha. La explicación del vacío conceptual respecto del término sospecha en la doctrina procesal penal alemana, se explica fundamentalmente

13 Por ejemplo, en el caso de los motivos de riesgo de fuga (§ 112 inc. 2 nr. 2), el riesgo de obstrucción (§ 112 inc. 2 nr. 3) y el riesgo de reiteración (§ 112a inc. 1); véase al respecto Kühne (*supra* nota 3), nm. 323; Hilger, en Löwe-Rosenberg (Hrsg), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* 26^o ed., Berlín, de Gruyter Recht, 2006, § 112 nm. 25 con otras referencias.

14 Kühne (*supra* nota 3), nm. 324 y nota a pie 31 con otras referencias; Schulz (*supra* nota 3), p. 583.

15 Véase Zabel, (*supra* nota 4), p. 340, para quien esta sistematización de los grados de sospecha es entendida por la dogmática dominante como “proporcionalidad tipificada de las injerencias investigativas” [“diese Schematisierung der Verdachtsgrade versteht die herrschende Dogmatik als ‘typisierte Verhältnismäßigkeit von Ermittlungseingriffe’”]; en ese sentido Schulz (*supra* nota 3), p. 567 s., para quien “los grados de sospecha optimizan la proporcionalidad estableciendo un marco” [„die Verdachtsgrade optimieren die Verhältnismäßigkeit durch Rahmensetzung“].

en la deficiente reflexión analítica de la noción probabilidad (*Wahrscheinlichkeit*) y su aplicación en cada nivel de sospecha. Se cuestiona que la dogmática procesal penal ha minimizado la discusión sobre la incertidumbre como parte implícita del concepto de sospecha y, al contrario, ha tendido a desarrollar una comprensión de dicha noción descuidando que la misma da cuenta de pocos presupuestos de certeza.¹⁶

2.2. LA PROBABILIDAD COMO CRITERIO DE DEFINICIÓN.

El concepto de *probabilidad* es reconocido por la doctrina mayoritaria como el criterio nuclear para la definición del concepto “sospecha”.¹⁷ El juicio de probabilidad se desarrolla a partir de la valoración de las circunstancias y posibles autores o partícipes vinculados a un hecho punible. En ese sentido, la determinación de una sospecha responde a la pregunta sobre cómo y si es probable que un determinado hecho punible haya sucedido de una determinada manera. El paralelo entre la noción de sospe-

16 Kühne (*supra* nota 3), nm. 325, denunciando la arbitrariedad a la que puede conducir la indeterminación del concepto y para quien los intentos de definición son “fórmulas vacías que parafrasean la incertidumbre” [“*Leerformeln, die die Ungewissheit paraphrasieren*”, énfasis original]; también Zabel, (*supra* nota 4), p. 340, para quien “hay que reconocer que esta esquematización sigue siendo poco expresiva” [“*freilich ist diese Schematisierung noch wenig ausagekräftig*”]; al respecto también Eisenberg, Ulrich/Conen, Stefan, § 152 II StPO: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, en *NJW* 1998, p. 2241.

17 Sobre la sospecha como nivel de probabilidad véase Ebert (*supra* nota 3), p. 16; Sobre la probabilidad como condición de la definición de sospecha véase Kühne (*supra* nota 3), nm. 327 ss.; sobre la determinación de la sospecha véase Lohner (*supra* nota 3), p. 39; también Kohlmann (*supra* nota 9), p. 162.

cha y probabilidad se modula, también, según el tipo de sospecha de la que se trate. En otras palabras, el StPO establece por medio de los diferentes niveles de sospecha, a su vez, determinados niveles de probabilidad. Es el caso, por ejemplo, del § 152 inc. 2 StPO en el que se considera que existen *indicios suficientes* (*zureichende Anhaltspunkte*) cuando hay una reducida probabilidad de autoría.¹⁸ En ese mismo sentido, tanto el § 170 inc. 1 como el § 203 StPO delimitan una *sospecha suficiente* cuando hay la probabilidad de que se condene en un juicio oral (*Verurteilungswahrscheinlichkeit*). Asimismo, se considera que existe *sospecha vehemente* cuando existe un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de punibilidad y de perseguibilidad.¹⁹ Los diferentes grados de sospecha contienen de manera preponderante exigencias de probabilidad, a partir de las cuales se llega siempre a determinadas reacciones penales como injerencias en derechos fundamentales o al impulso o incitación de un acto procesal.

La probabilidad a la que conducen las diferentes escalas de sospecha del StPO es una deducción basada en un ejercicio de valoración de hechos que permite concluir la ocurrencia de una situación. El análisis circunstancial y modal que se ve implicado en un juicio de probabilidad sobre un hecho cierto que supuestamente constituye un

18 Beulke, en Löwe-Rosenberg (Hrsg), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* 26^o ed., Berlín, de Gruyter Recht, 2006, § 152 nm. 21 ss.

19 Acerca de la sospecha vehemente como una sospecha vinculada a un autor véase Ebert (*supra* nota 3), p. 138 ss; *in extenso* LR/Hilger (*supra* nota 12) § 112 nm 16 ss.; Paeffgen, Hans-Ullrich, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Köln [u.a.], Heymanns, 1986, p. 183 con otras referencias.

delito, replica la estructura de un pronóstico. Este tipo de juicios propio de los pronósticos no son extraños al derecho penal alemán.²⁰ Lo que caracteriza este tipo de pronósticos es que sobre la base de presupuestos fácticos y normativos conocidos se tiene que derivar un hecho desconocido.²¹

Sin embargo, el pronóstico que se vincula a la determinación de una sospecha se concreta de una forma diferente. En estos casos no se hace un ejercicio lógico-predictivo sobre un hecho futuro incierto, sino que inicialmente se discute si un determinado asunto tuvo lugar en el pasado. Para concretar una sospecha no se espera que una investigación penal concluya con éxito, sino, al contrario, es paralela a los resultados de la investigación. En otras palabras, el pronóstico inmanente a la sospecha no es una predicción, sino que se trata de una deducción a partir de una situación fáctica objetiva. El carácter de pronóstico propio de la sospecha, no corresponde al de una manifestación predictiva sobre un determinado suceso, sino que es una expresión de probabilidad de un suceso o circunstancia del pasado. Por esta razón, la

20 Como ejemplos se mencionan el § 56 inc. 1 y 2 StGB, para los casos en que se debe valorar el comportamiento futuro de una persona para decidir sobre la remisión condicional de la pena. Asimismo, el § 68 inc. 1 StGB, que incorpora como uno de los presupuestos de la vigilancia orientadora (*Führungsaufsicht*) la previsión sobre si el condenado podría cometer más delitos, así como el § 111a inc. 1 StPO donde se anticipa el análisis de probabilidad para retirar el permiso de conducción (*Entziehung der Fahrerlaubnis*).

21 Kühne (*supra* nota 3), nm. 327; sobre la lógica abductiva de la sospecha véase Schulz (*supra* nota 3), p. 273 ss.

determinación de la probabilidad se representa como un *pronóstico retrospectivo*.²²

La opinión mayoritaria reconoce la vinculación de dicho pronóstico a una base fáctica, la cual es delimitada por aquellas normas del StPO que incorporan la sospecha como condición de un acto procesal. Como regla general, la sospecha siempre debe hacer referencia a una persona y a un hecho determinado (*Tat- und Täterbezogener Verdacht*),²³ lo que implica que se entienda —en principio— excluida la posibilidad de establecer una sospecha contra una persona indeterminada.²⁴ Esta *vinculación a un ámbito subjetivo y/o material determinado*, se constituye en regla general para la concreción de una sospecha. Excepcionalmente se encuentra en el StPO la posibilidad de practicar inferencias en los derechos de terceros

22 Sobre la sospecha como pronóstico retrospectivo véase Ebert (*supra* nota 3), p. 17; La determinación de la sospecha de delito requiere también un pronóstico prospectivo del curso del procedimiento y otras valoraciones jurídicas, al respecto Lohner (*supra* nota 3), p. 109 ss.

23 Véase por todos Ebert (*supra* nota 3), p. 18.

24 Esta condición para la determinación de una sospecha, no desconoce que una investigación penal se pueda llevar a cabo contra desconocidos. Al respecto, Ebert (*supra* nota 3), p. 18 y nota a pie 17. Este hecho también está reconocido en la sospecha simple que incorpora el § 152 StPO, en el cual sólo se habla de indicios materiales suficientes (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*) y no se vincula la determinación de la sospecha respecto a una persona específica. En este caso, la no referencia a una persona en concreto (autor o partícipe) no impide la referencia a un hecho concreto.

desconocidos, a pesar de no existir una sospecha concreta respecto de una persona determinada.²⁵

En suma se puede decir que la comprensión del término sospecha se basa en tres presupuestos concretos. Por un lado, se trata de un *juicio de probabilidad* que responde a la pregunta sobre cómo y si es probable que un determinado hecho punible haya sucedido de una determinada manera. Por otro lado, el planteamiento circunstancial y modal que se ve implicado en un juicio de probabilidad sobre un hecho cierto que supuestamente constituye un delito replica la estructura de un pronóstico. Básicamente, con la determinación de una sospecha se lleva a cabo un *pronóstico retrospectivo*, es decir, es una expresión de probabilidad de un suceso o circunstancia del pasado. Finalmente, se trata de un juicio que está vinculado a un ámbito subjetivo determinado y/o una base fáctica concreta (*Tat- und Täterbezogener Verdacht*). En síntesis, el concepto sospecha representa, en términos generales, un pronóstico retrospectivo sobre la probabilidad de una autoría o participación.²⁶

La determinación de una sospecha bajo el esquema de un juicio de probabilidad arrastra las mismas críticas que se plantean a este tipo de juicio, es decir, dichas críticas

25 Es el caso del § 103 inc. 1 StPO que permite el registro frente a terceros cuando de dicha diligencia se pueda lograr ubicar “huellas” del hecho punible investigado. Prescripciones equivalentes se encuentran en el § 100c inc. 2 tercera frase y 163e inc. 1 tercera frase StPO. Esta variante da cuenta de la vinculación de la sospecha no ya a un autor, sino a un hecho, es decir, se trata de casos en los que no existe un sospechoso en concreto. Véase Ebert (*supra* nota 3), p. 19.

26 En ese sentido Ebert (*supra* nota 3), p. 22, donde también habla de que otra característica de la sospecha es su carácter de “sujeto a reserva” (*Vorbehaltlichkeit*).

se hacen extensivas a la estructura metodológica para la determinación de sospecha. Al concepto de probabilidad se le adjudican no sólo muchos vacíos en su definición y determinación lógica, sino, también, la ausencia de un desarrollo legal que delimite su estructura y aplicación judicial.²⁷ Con la determinación de probabilidad sobre la existencia de un estado de cosas, que debe llevar a la concreción de una sospecha, tampoco es claro cuáles factores deben analizarse para determinar dicha probabilidad, es decir, cuáles conceptos para la determinación de una sospecha tienen y pueden ser incorporados en la probabilidad.²⁸ Se critica que con la determinación del significado de “sospecha” parece descartarse que la incertidumbre es un componente esencial de su estructura.²⁹ Esta problemática no es exclusiva del juicio de probabilidad, sino que también, por ejemplo, se replica en la construcción de una decisión judicial, como la que toma un juez en la evaluación de los hechos con el propósito de determinar su veredicto sobre absolución o condena. En estos casos, también se trata de un pronóstico retrospectivo acerca del dilema de si el acusado ha cometido realmente los hechos reprochados.³⁰

2.3. ¿ES POSIBLE UNA DEFINICIÓN OBJETIVA DE SOSPECHA?

La noción de probabilidad se mueve en unos márgenes de discrecionalidad que en el proceso penal toman cuerpo por medio de los pronósticos probatorios

27 Kohlmann (*supra* nota 9), p. 162.

28 Kohlmann (*supra* nota 9), p. 163.

29 Kühne (*supra* nota 3), nm. 326; Kohlmann (*supra* nota 9), p. 165.

30 Kühne (*supra* nota 3), nm. 327.

(*Beweisprognose*),³¹ es decir, proyecciones inciertas sobre el desarrollo del proceso, del resultado de una práctica de pruebas, etc. Un juicio de probabilidad a partir del cual se derive una sospecha, requiere de hechos que respalden el pronóstico de probabilidad. Por ello, una simple suposición de un hecho punible no es suficiente para fundamentar una sospecha.³² En ese sentido, como ya se anotó, se reconoce que la deducción de una sospecha requiere una valoración desde el punto de vista jurídico y fáctico de los hechos reconocidos.³³ Por ello se advierte que es común al método de deducción de sospecha, primero, que el juzgador haga inicialmente un diagnóstico. Segundo, de la percepción de los hechos se sigue la construcción retrospectiva de una incompleta secuencia de hechos.³⁴ Tercero, el juzgador realiza un pronóstico retrospectivo sobre si se puede construir una secuencia de hechos lógica a partir del complemento de los hechos a investigarse. Finalmente, se sigue un proceso de subsunción que debe aclarar si el asunto examinado es relevante penalmente.³⁵

Esta apreciación tiene dos repercusiones generales para la comprensión del concepto. Primero, las reglas con que se llega a determinar una sospecha a partir de probabilidades de hechos incompletos, deben ser identificadas como principios de experiencia (*Erfahrungsgrundsatz*).³⁶

31 Kohlmann (*supra* nota 9), p. 168.

32 Kohlmann (*supra* nota 9), p. 170.

33 Hellmann, Uwe. *Strafprozessrecht* 2º ed., Berlín, Springer, 2006, nm. 59.

34 Kohlmann (*supra* nota 9), p. 170.

35 Ebert (*supra* nota 3), p. 44.

36 Kühne (*supra* nota 3), nm. 335.

Sin embargo, esta relación con fundamentos o máximas de experiencia de vida, como ya se anotó, se basa de nuevo en la probabilidad de que dicha máxima se confirme en un caso determinado. En tanto no existe una máxima absoluta, se corre el riesgo con cada simple máxima de que se conduzca a un error de juicio en un caso concreto,³⁷ dejando entrecruzar valores subjetivos de la persona que lleva a cabo el juicio. A pesar de ello, se señala que esto no corresponde a un ejercicio de discrecionalidad, pues la sospecha es en sí misma una noción indeterminada en cada uno de los pasos para la concreción de la misma.³⁸ Segundo, una sospecha sólo puede deducirse con fundamento en un *pronóstico retrospectivo basado en hechos*.³⁹ Sin acontecimientos fácticamente verificables (hechos) no puede existir nunca una sospecha.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento a la trascendencia de circunstancias objetivas (hechos) y la valoración de las mismas por medio de pronósticos retrospectivos bajo los parámetros de máximas de experiencia, la doctrina mayoritaria continúa sin reconocer una definición exclusiva del concepto sospecha.⁴⁰ Se considera

37 Ebert (*supra* nota 3), p. 45.

38 Kohlmann (*supra* nota 9), p. 172, para quien cada paso del proceso de construcción de una sospecha “se caracteriza por opiniones, conocimientos y conclusiones individuales. Sólo es necesario que haya hechos, todo lo demás viene determinado por la forma en que la persona que actúa evalúa esos hechos...” [“jede Schritt der Vorgang der Verdachtsgewinnung ‘ist durch individuelle Auffassungen, Kenntnisse und Schlussfolgerungen geprägt. Es müssen lediglich Tatsachen vorliegen, alles weitere wird dadurch bestimmt, wie die handelnde Person diese Tatsachen einschätzt’”]; al respecto Lohner (*supra* nota 3), p. 46 ss.

39 Kühne (*supra* nota 3), nm. 336.

40 Kohlmann (*supra* nota 9), p. 180.

que es *imposible construir una definición objetiva de sospecha*, en tanto la determinación de la misma está impregnada por la subjetividad y las experiencias personales.⁴¹ Se ha intentado, a pesar de ello, facilitar una deducción de dicha noción y el proceder con la misma de diferentes formas, pero sin desconocer que los elementos subjetivos no pueden ser comprensibles objetivamente y de manera abstracta. Adicional a ello, también se descarta una comprensión objetiva en tanto el StPO reconoce diferentes grados de sospecha que impiden una determinación única. Por el contrario, los niveles de sospecha conducen a diferenciaciones tanto de los fundamentos fácticos y jurídicos, como de las reglas para su determinación específica. En ese sentido, a pesar de no ser un concepto objetivo, una determinación y comprensión concreta se puede lograr mejor a partir del análisis de las diferentes escalas de sospecha que recoge el StPO.

3. Los motivos fundados en el CPP y su relación con la sospecha en el StPO

3.1. RELEVANCIA DE LA COMPARACIÓN.

La doctrina entorno al *Tatverdacht* es un referente comparativo que permite el análisis de múltiples problemas sobre el concepto y las regulaciones de los motivos fundados en el CPP. Con la noción de sospecha en el StPO se pueden comparar tres niveles temáticos específicos, a partir de los cuales es posible problematizar y valorar aspectos concretos de la doctrina de los motivos fundados en Colombia, específicamente en lo referente a su clasificación, determinación y función en la fase de investigación penal. En un primer nivel, si bien no existe un método exclusivo

41 Kohlmann (*supra* nota 9), p. 180.

para determinar una sospecha y su graduación, la discusión sobre las escalas de sospecha resulta relevante ante el tratamiento asistemático de los motivos fundados frente a diferentes medidas procesales y en los distintos momentos de la investigación penal. En un segundo nivel, la probabilidad como condición para la determinación de la sospecha es un criterio aplicable en el ámbito de los motivos fundados. Resulta relevante el rol que tienen tanto los diagnósticos retrospectivos vinculados a los hechos (*retrospektive tatbezogene Diagnose*) como los pronósticos prospectivos respecto del autor (*prospektive täterbezogene Prognose*) para la determinación de dicho concepto. En un tercer nivel, en tanto el CPP también acoge una fase de investigación inicial (preliminar) y una fase de investigación en estricto sentido, resultaría adecuada una distinción entre motivos fundados iniciales y motivos razonablemente fundados, en analogía con la función de la sospecha inicial (*Anfangsverdacht*) y la sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*) para la fase de investigación regulada por el StPO. En correspondencia con estos ámbitos de comparación entre la noción de sospecha (*Tatverdacht*) y el concepto de motivos fundados, se podrían determinar tres niveles o grados de motivos fundados en el CPP.

3.2. GRADOS DE MOTIVOS FUNDADOS.

Una de las principales características del tratamiento dado en el CPP a la exigencia de motivación para la orden y ejecución de medidas de investigación penal es la falta de homogeneidad. Si bien se reconoce que los motivos fundados corresponden a un conjunto articulado de hechos respaldados probatoriamente de los que se deduce una inferencia de autoría o participación,⁴² el CPP

42 Sobre el concepto de motivos fundados y su heterogéneo tratamiento legal véase Zuluaga, John, De los 'motivos fundados'

no tiene una definición única y, además, acoge diferentes formulaciones y expresiones para referirse a la exigencia de motivos fundados. Este tratamiento no uniforme a los motivos fundados, es decir, a la exigencia de motivación de medidas procesales, por un lado, indica la implementación dada por el CPP a la exigencia de un umbral de motivos o razones establecida por el Art. 250 CN, para decidir u ordenar medidas procesales penales que en muchos casos implican la restricción de derechos fundamentales del investigado. De igual manera, la utilización de diferentes expresiones en referencia a la exigencia de motivación pareciera indicar que la sistemática del CPP acoge niveles diferenciados de motivación procesal. Lo cierto es que el CPP no contiene una referencia expresa a una escala de motivos fundados. Esta última cuestión ni siquiera ha sido abordada y discutida en la reducida literatura procesal penal colombiana, a partir de la cual cualquier intento descriptivo enseñaría inmensos vacíos a la hora de determinar un posible marco de niveles de motivos fundados.

A pesar de lo anterior, puede decirse que en correspondencia al tratamiento terminológico diferenciado en el CPP del concepto motivos fundados, es posible plantear la existencia de escalas o niveles de motivos fundados tal como sucede con la sospecha en el StPO. Hay tres escenarios del CPP que desarrollan exigencias de fundamentación comparables a la sospecha inicial, la sospecha vehemente y la sospecha suficiente. Primero, a partir del Art. 205 CPP se introduce una noción de motivos fundados comparable con la que recoge el § 152 inc. 2 StPO. El Art. 205 CPP supone la activación de la in-

para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano”, en *Nuevo Foro Penal* 83 (2015), Medellín, EAFIT, p. 172 s.

dagación (*Vorermittlung*) cuando se reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión del delito. Se trata de una noción de motivo fundado que, a la manera de la sospecha inicial (*Anfangsverdacht*) en el StPO, activa la investigación y limita la facultad de injerencia de la Fiscalía y la policía judicial. Asimismo, como condición para la apertura de una investigación en sentido estricto, el CPP en el Art. 287 incorpora la exigencia de motivos fundados contra una determinada persona como condición para la formulación de imputación. Sería una noción asimilable a la sospecha inculpatoria (*Inkulpationsverdacht*)⁴³ a partir de la cual se exige una inferencia razonable de autoría y participación. Segundo, el CPP plantea la existencia de motivos razonablemente fundados como condición de las medidas investigativas cuya injerencia en derechos fundamentales sean medias o intensas. Este tipo de motivos fundados sería asimilable a la sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*) en el sentido de exigir, por lo menos, una inferencia razonable de autoría y participación. Tercero, como condición para la presentación del escrito de acusación, el Art. 336 CPP plantea una noción de motivos fundados asimilable a la sospecha suficiente (*hinreichender Tatverdacht*) en el sentido de exigir una alta probabilidad sobre la existencia del delito y la responsabilidad del inculpado como autor o partícipe.

En estas dimensiones, los motivos fundados son un parámetro estático a partir del cual se determina la fundamentación de una medida investigativa y que se someten a un proceso dinámico de control judicial cuyo resultado es la confirmación o desaprobación de los mismos. La eva-

43 Sobre la sospecha inculpatoria en el StPO no como un nivel de sospecha sino como una intensidad de sospecha véase Ebert (*supra* nota 3), p. 137.

luación de los motivos fundados como proceso dinámico toma cuerpo en el control judicial (previo o posterior) y la contradicción de las partes durante las respectivas audiencias de control. Desde el punto de vista del propósito de la medida investigativa (*Zwecktheorie*) también es posible distinguir entre estos niveles o grados de motivos fundados. Además, el CPP desarrolla un régimen de inferencias razonables en el cual también es posible distinguir en los motivos fundados juicios de probabilidad orientados por una modalidad específica de diagnósticos retrospectivos y pronósticos prospectivos.⁴⁴

3.3. LOS JUICIOS DE PROBABILIDAD VINCULADOS A LOS MOTIVOS FUNDADOS.

En primer lugar, el *motivo fundado inicial* que se configura en el Art. 205 CPP plantea sólo la “posible comisión de un delito” como condición para la realización de actos urgentes. Así como con la sospecha inicial, el análisis de los funcionarios judiciales está dirigido a determinar, en un grado de probabilidad, la comisión de un hecho punible.⁴⁵ Por su carácter inicial y por ser sólo un parámetro de activación de ejercicios de recolección de información tendientes a confirmar los contornos de un delito, la probabilidad puede ser baja, es decir, pueden prevalecer incluso las dudas sobre la existencia del hecho punible.⁴⁶ En este escenario y a los fines de recoger información o realizar actos urgentes, estarían descartados pronósticos de éxito (*Erfolgsprognose*), es decir, pronósticos sobre la probabilidad de determinación del autor o la condena del

44 Acerca de la lógica abductiva del concepto sospecha véase Schulz (*supra* nota 3), p. 273 ss. y 546 ss.

45 Zuluaga (*supra* nota 1), p. 254 s.

46 Ebert (*supra* nota 3), p. 105.

mismo. Esto se explicaría también en tanto el comienzo de la fase de indagación no está vinculado a la existencia o determinación efectiva del posible autor. La ausencia de cierta accesoriadad entre el motivo fundado inicial y las condiciones procesales para el desarrollo de una formulación de imputación o de acusación se explica en tanto la inferencia razonable del motivo fundado inicial se diferencia de los fines mismos de la fase de indagación. El motivo fundado inicial sólo abre la puerta que conduce a concluir si es o no necesaria la formulación de imputación, es decir, si existe un motivo fundado inculpatorio. Esta última cuestión sólo se resuelve a partir de una valoración integral de los resultados probatorios de las actividades de indagación. En este sentido, el motivo fundado inicial del Art. 205 está vinculado sólo a un *diagnóstico retrospectivo* sobre la posible comisión de un delito. A diferencia de la sospecha inicial, quedan descartados los pronósticos procesales (*verfahrensbezogene Prognose*).

En segundo lugar, sobre el *motivo fundado en grado inculpatorio*, tal como sucede con la sospecha vehemente, la opinión mayoritaria afirma que tales motivos fundados se mueven en el grado de la probabilidad de intervención en el hecho punible y que conlleva a una mínima convicción objetiva y subjetiva sobre la autoría o participación del investigado en un delito.⁴⁷ A este reconocimiento llegan en el análisis de la inferencia razonable que se establece para la formulación de imputación (Art. 287 CPP). Sin embargo, no es discutido si debe existir el mismo grado de convicción o uno diferente tratándose de la inferencia inculpatoria del Art. 220 que habla sobre los fundamentos para el registro o allanamiento. El asunto no tiene mayor trascendencia si dicha medida se

47 Zuluaga (*supra* nota 1), p. 268.

ejecuta durante la investigación en sentido estricto, pues ello supone que ya se hizo formulación de imputación. El problema está en la autorización de dicha medida en la fase de indagación. En tanto, la autorización de la medida, en principio, sólo está precedida de actos urgentes (preliminares) de investigación, el nivel de convicción o probabilidad inculpatorio es más bajo que en la formulación de imputación. En ese sentido, puede decirse que el CPP permite una diferenciación en la probabilidad de las inferencias inculpatorias: un nivel bajo para el caso del Art. 220 CPP y uno más alto para la formulación de imputación según el Art. 287 CPP.

La problemática es más compleja si se analiza desde el punto de vista de los motivos fundados a partir de los cuales se debe inferir la posibilidad de hallazgo probatorio. La posibilidad de hallazgo de información útil para la investigación (véase Arts. 233, 239, 240, 241, 242) debe plantearse en los límites del juicio de proporcionalidad, es decir, el juicio de probabilidad debe estar antecedido de un análisis de idoneidad y pertinencia de la medida. Por tratarse de motivos fundados cuya inferencia justifica intervenciones medias o intensas en derechos fundamentales, a la manera de la sospecha vehemente, deben prevalecer los indicios inculpatorios sobre los exculpatorios. En ese sentido, la autorización de la medida también debe estar respaldada en una inferencia inculpatoria cuando la medida se realice en la etapa de indagación. Asimismo, como se plantea en el ámbito de la sospecha vehemente, debe desprenderse una alta probabilidad de que el hecho investigado será probado en juicio y que el investigado podría ser condenado (pronóstico prospectivo).

En tercer lugar, los *motivos fundados con probabilidad de verdad*, a partir de la expresión recogida por el Art. 336 CPP para referirse al nivel de convicción que debe haber

sobre la existencia de la conducta delictiva y la autoría o participación del investigado. También en Colombia, la probabilidad de verdad está asociada a la probabilidad de condena. En ese sentido, se considera que debe coincidir un cumulo de probabilidades, es decir, debe ser demostrable la comisión del hecho, la convicción del juez sobre los elementos que fundamentan la punibilidad de la conducta y la ausencia de impedimentos procesales⁴⁸. El mismo CPP exige la discusión de estas condiciones de la acusación. Según el Art. 339 CPP durante la audiencia de formulación de acusación debe adelantarse la discusión sobre la existencia de causales de incompetencias, impedimentos, recusaciones, nulidades o cualquier observación sobre el escrito de acusación. Asimismo, en esta audiencia el fiscal debe indicar los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que pretenda hacer valer en juicio (descubrimiento de prueba). En ese sentido, este nivel de motivos fundados se soporta en un alto grado de probabilidad, es decir, en una probabilidad de condena, el cual es confirmado en la audiencia de formulación de acusación. En ese sentido, así como con la sospecha suficiente, si alguno de los componentes del juicio de probabilidad no logran una preponderancia positiva, no se alcanza el nivel de probabilidad, es decir, no superaría la verificación en la audiencia de formulación de acusación.

4. A manera de conclusión

Con la noción de sospecha (*Tatverdacht*) recogida en el StPO se hace alusión a un umbral o nivel probatorio al que se debe llegar para que la Fiscalía pueda ejecutar medidas procesales coactivas en la fase de investigación. Si

48 Zuluaga (*supra* nota 1), p. 271.

bien el StPO no contiene una definición legal del concepto sospecha, la opinión mayoritaria reconoce tres grados o niveles: sospecha inicial (*Anfangsverdacht*), sospecha vehemente (*dringender Tatverdacht*) y sospecha suficiente (*hinreichender Tatverdacht*). Para la determinación de una sospecha, el referente explicativo predominante es el juicio de probabilidad. El análisis circunstancial y modal que se ve implicado en un juicio de probabilidad sobre un hecho cierto que supuestamente constituye delito, replica la estructura de un pronóstico retrospectivo. Este tipo de pronósticos está vinculado a un ámbito subjetivo determinado y/o una base fáctica concreta. Los grados de sospecha que se desprenden del StPO representan condiciones mínimas para poder decretar una determinada medida de investigación o acto procesal.

El contraste entre los motivos fundados y la doctrina sobre la noción de sospecha en el proceso penal alemán, contribuye a entender mejor el tratamiento y las problemáticas sobre la fundamentación de medidas de investigación en Colombia. Por un lado, el análisis comparado permite introducir algunas distinciones importantes para la comprensión del concepto “motivos fundados”, las cuales no son consideradas por la doctrina procesal penal colombiana. La determinación de una sospecha implica la realización de un *juicio de probabilidad* sobre la autoría o participación en un hecho punible. Este pronóstico sobre el tipo de vinculación y el nivel de culpabilidad de una persona en un hecho punible, representa la conclusión más importante en la determinación de una sospecha. En ese sentido, así como con los motivos fundados, la concreción de la probabilidad de autoría o participación se constituye en el eje central en la definición de un nivel de sospecha.

Por otro lado, la distinción que hace la doctrina procesal penal alemana de tres niveles de sospecha, de en-

trada permite cuestionar la ausencia de una tal diferenciación de los motivos fundados en el CPP colombiano. El tratamiento a la sospecha en el StPO, da importantes luces para sistematizar los diferentes niveles argumentativos en torno al concepto motivos fundados. El tratamiento que da el CPP a este concepto conduce a plantear diferentes grados de valoración sobre el mismo, no sólo por la variedad terminológica con que es abordado en el CPP,⁴⁹ sino también si se interpreta en concordancia con las escalas de intensidad que suponen las diferentes injerencias procesales y los diferentes fines de cada medida investigativa en el CPP.

Finalmente, la comparación entre los motivos fundados del CPP y la noción de sospecha del StPO contribuye a contrastar algunas limitaciones procesales penales en la determinación de los motivos fundados como soporte de las órdenes de afectación a derechos fundamentales por medio de medidas investigativas. A partir de la identificación y contraste de dichas restricciones, se puede entender también las implicaciones que tiene tal modelo de fundamentación para la verificación judicial de motivos fundados, es decir, para la protección judicial de derechos fundamentales del investigado.

Bibliografía

Beulke, § 152, en Löwe-Rosenberg (Hrsg.), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* 26° ed., Berlín, de Gruyter Recht, 2006.

49 Algunas consideraciones preliminares sobre la clasificación de los “Motivos fundados” pueden encontrarse ya en Zuluaga (supra nota 41).

- Dölling, Dieter, *Polizeiliche Ermittlungstätigkeit und Legalitätsprinzip: eine empirische und juristische Analyse des Ermittlungsverfahrens unter besonderer Berücksichtigung der Aufklärungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit*, Wiesbaden, Bundeskriminalamt, 1987.
- Ebert, Andreas, *Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren*, Frankfurt am Main [u.a.], Lang, 2000.
- Eisenberg, Ulrich/Conen, Stefan, § 152 II StPO: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, en *NJW* 1998, pp. 2241-2249.
- Fincke, Martin, "Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden", en *ZStW* 95 (1983), p. 919.
- Hainmüller, Dietmar, *Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß*, Tübingen, Mohr, 1966.
- Hellmann, Uwe. *Strafprozessrecht* 2º ed., Berlín, Springer, 2006.
- Hilger, § 112, en Löwe-Rosenberg (Hrsg), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* 26º ed., Berlín, de Gruyter Recht, 2006.
- Kohlmann, Diana, *Online-Durchsuchungen und andere Maßnahmen mit Technikeinsatz, Bedeutung und Legitimation ihres Einsatzes im Ermittlungsverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 2012.
- Kühne, Hans Heiner, Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen", en *NJW* 1979, pp. 617-622.
- Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrens* 8º ed., Heidelberg, Müller, 2010.

- Lohner, Erwin, *Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren: Begriff, rechtliche Ausgestaltung, praktische Handhabung und Kontrolle am Beispiel der polizeilichen Verdachtsfeststellung*, Frankfurt am Main, Lang, 1994.
- Nell, Ernst Ludwig, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.
- Paeffgen, Hans-Ullrich, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts*, Köln [u.a.], Heymanns, 1986.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 28^o ed., München, Beck, 2014.
- Schulz, Lorenz, *Normiertes Misstrauen: der Verdacht im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2001.
- Steinberg, Georg, “Verdacht als quantifizierbare Prognose?”, en *JZ* 21/2006, pp. 1045-1049.
- Volk, Klaus/Engländer, Armin, *Grundkurs StPO* 8^o ed., München, Beck, 2013.
- Weigend, Thomas, *Anklagepflicht und Ermessen : die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1978.
- Zabel, Benno, “Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts”, en *ZIS* 7-8/2014, pp. 340-347.
- Zuluaga, John, De los ‘motivos fundados’ para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano”, en *Nuevo Foro Penal* 83 (2015), Medellín, EAFIT, pp. 167-210.
- Zuluaga, John, *Der richterliche Rechtsschutz bei Grundrechtseingriffen. Eine rechtsvergleichende Analyse*, Berlin,

Duncker & Humblot, Schriften zum Strafrechtsvergleich (SRV), Band 19, 2023.

EL CONTROL JUDICIAL SOBRE LA AFECTACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO ACUSATORIO PANAMEÑO

Juan Antonio Kuan Guerrero.¹

Lo que el Garantismo pretende, es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos Internacionales, que se encuentran en su mismo rango

Adolfo Alvarado Velloso (Procesalista Argentino)

Sumario. I. Introducción. II. La exigencia de control jurisdiccional III. Derechos Fundamentales y Proceso Penal. IV. El concepto de motivos suficientes y el control jurisdiccional. V. Conclusiones.

Resumen

El trabajo analiza el control judicial como garantía esencial frente a la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal acusatorio panameño. Desde una perspectiva garantista, sostiene que el ejercicio del ius puniendi del Estado no es ilimitado y debe someterse a controles

1 Abogado litigante. Miembro de la Comisión de implementación del Sistema Penal Acusatorio del Colegio Nacional de Abogados, Docente Universitario de las Cátedras de Derecho Penal y Procesal Penal. Máster en Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

jurisdiccionales estrictos, especialmente cuando se restringen derechos como la libertad personal, la intimidad o la inviolabilidad del domicilio. El autor destaca el rol central del juez de garantías, encargado de autorizar o controlar los actos de investigación que implican injerencias en derechos fundamentales. Se enfatiza la aplicación del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, así como del principio de proporcionalidad. Asimismo, se desarrolla el concepto de “motivos suficientes” como estándar probatorio que excluye meras sospechas y exige elementos objetivos de convicción. Finalmente, se concluye que un control judicial riguroso es indispensable para prevenir arbitrariedades y asegurar un proceso penal respetuoso de la dignidad humana.

Palabras clave: control judicial, garantía, derechos fundamentales, juez de garantías, motivos suficientes.

Abstract

The work analyzes judicial control as an essential guarantee against the violation of fundamental rights in the Panamanian accusatory criminal process. From a guarantee-oriented perspective, it argues that the state's exercise of the *ius puniendi* is not unlimited and must be subject to strict jurisdictional controls, especially when rights such as personal freedom, privacy, or the inviolability of the home are restricted. The author highlights the central role of the guarantor judge, responsible for authorizing or controlling investigative acts that interfere with fundamental rights. The application of the block of constitutionality and conventionality, as well as the principle of proportionality, is emphasized. Furthermore, the concept of “sufficient grounds” is developed as an evidentiary standard that excludes mere suspicion and requires objective elements of conviction. Finally, it is concluded that rigorous judicial control is indispensable

to prevent arbitrariness and ensure a criminal process that respects human dignity.

Keywords: Judicial control, Guarantee, Fundamental rights, Guarantee judge, Sufficient grounds

I. Introducción

Si queremos atribuir a nuestro proceso penal el calificativo de garantista, es importante conocer y comprender el contenido ideológico de lo que representa el garantismo aplicado en este caso, al proceso penal de corte acusatorio. Así vemos que en la frase introductoria el maestro argentino Alvarado Velloso, se refiere al acatamiento total de los cuerpos normativos de rango constitucional y convencional, protectores de los derechos fundamentales, como elemento esencial de un proceso que se jacte de llamarse garantista.

En Panamá, así como en el resto de países latinoamericanos, tutela estos derechos fundamentales en sus Cartas Políticas y al mismo tiempo, es signatario de diversos pactos o convenios internacionales en materia de derechos fundamentales, cuya aplicación a casos concretos ahora es una realidad palpable, a diferencia de décadas anteriores donde se le veía como meras normas de carácter programático. De ahí que se enfatice el hecho de que la legislación nacional no sólo debe ser no contradictoria con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de éstos normas completamente aplicables por las autoridades locales. (Miguel Carbonell, *Teoría de los Derechos humanos y el control de la convencionalidad*, página 21)

La Corte Suprema de Justicia panameña, al respecto ha dicho que “el Estado constitucional y democrático de derecho se caracteriza por la existencia de un reper-

torio amplio y abierto de prerrogativas que se constituyen como elementos indispensables para que la persona humana, sometida a la jurisdicción del Estado, pueda alcanzar una vida en condiciones de dignidad, prerrogativas que se encuentran igualmente reforzadas a través de muy típicos remedios o instrumentos de garantía. Esos derechos fundamentales, que no son creados por el Estado, ni tampoco pueden considerarse graciosas concesiones del constituyente, pues derivan de valores humanos supremos, colocan a la administración pública en una posición pasiva en la medida que debe patrocinar las condiciones que les aseguren reconocimiento y realización de esos derechos. (Pleno, 10 de abril de 2008, Harley James Mitchell, en Código Procesal Penal, Delia de Castro y Samuel Quintero, página 12)

Es así que nos planteamos una primera inquietud a fin de abordar el tema objeto de esta conferencia ¿Por qué, la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal, son sometidos a control jurisdiccional?

II. La exigencia de Control Jurisdiccional

El hombre a lo largo de la historia de la humanidad, ha requerido de un orden para organizar la vida en sociedad, entregando parte de sus libertades para ser regentados por un Poder Estatal. Pese a que ello se fundamenta en el concepto de Contrato Social de Rousseau y su Estado de Derecho para proteger las libertades ciudadanas, no menos cierto es que ese mismo Estado requiere de reglas que limiten su poder y garanticen el respeto de los derechos fundamentales ante actos arbitrarios que los afecten.

Así tenemos que el Ius Puniendi que ejerce el Estado, no puede ser ilimitado, arbitrario y en detrimento de los derechos ciudadanos. Necesita de límites y mecanismos de tutela, entiéndase garantías, que aseguren al indivi-

duo la protección ante injerencias arbitrarias, así como la restitución de los derechos fundamentales violentados, de ahí que el ejercicio de estas garantías, descansen en el Poder Judicial y específicamente en los procesos penales, de manera inicial, en los Jueces de Garantías o de Control como suele llamársele.

El Tribunal Constitucional del Perú ha señalado sobre la facultad constitucional dada al Ministerio Público para ejercitar la acción penal, que si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esa facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido, y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales. (Hesbert Benavente, *La Investigación Judicial y el Control de Convencionalidad en el Proceso Penal*, página 366)

En Panamá la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el derecho procesal penal constituye, el instrumento en virtud del cual se realiza el derecho penal, es decir, es el vehículo que hace viable la imposición de una pena cuando se han reunido los requisitos establecidos en las normas penales y en el derecho penal; y por el otro, constituye una garantía a través de la cual se limita el poder estatal, al quedar sometida toda pretensión de punibilidad al cumplimiento de un debido proceso y al respeto de las garantías y derechos fundamentales del imputado. (Pleno, 7 de febrero de 2011, Jerónimo Mejía, en *Código Procesal Penal*, Delia de Castro y Samuel Quintero, página 70)

Los convenios internacionales en materia de derechos humanos, reconocen esta exigencia que igualmente se ve reproducida en nuestra Constitución Nacional. La Declara-

ción Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 9 y 12 recogen la protección de la libertad personal, la intimidad, el domicilio y la correspondencia, frente a injerencias, ataques o decisiones arbitrarias y reconoce el derecho a protección del afectado frente a las mismas. En este mismo sentido, se observan el numeral 1 del artículo 9 y el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. En la Convención Americana de Derechos Humanos, encontramos normas en esta misma dirección, en el Artículo 7, numerales 3 y 4, y Artículo 11 numerales 2 y 3.

Nuestra Constitución Nacional, a partir del artículo 17 instituye que nuestras autoridades tienen que asegurar la efectividad de los derechos individuales, a hacer cumplir la Constitución y la Ley, reconociendo además, que los derechos y garantías consignados en la misma, son mínimos, no excluyentes de otros que recaigan sobre derechos fundamentales y dignidad humana, referencia esta ineludible a los derechos y garantías contempladas en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tal y como identificamos antes. Por tanto, los derechos fundamentales, como la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de las comunicaciones y la integridad personal e intimidad, encuentran protección en el plano constitucional y su afectación sólo ha de darse previo cumplimiento de los presupuestos legales y por intermedio de autoridad competente.

En plano legal patrio, el artículo 14 del Código Procesal Penal, reproduce en iguales términos lo preceptuado en el artículo 17 constitucional, manteniendo la congruencia necesaria para la cohesión del sistema de protección de derechos fundamentales.

Ahora bien, establecido el fundamento de la intervención jurisdiccional, procede atender lo referente a ponde-

ración de los derechos fundamentales frente al Ius Pu-
niendi que reside en el Estado.

III. Derechos Fundamentales y Proceso Penal

El principio de convencionalidad implica el compromiso del Estado de respetar los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales, a los que voluntariamente se ha sometido, de tal manera los jueces y tribunales nacionales están sujetos al imperio del denominado bloque de convencionalidad, que los obliga a aplicar las disposiciones de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, así como la jurisprudencia del órgano de justicia supranacional respetivo, y por orientación, lo resuelto por otros órganos internacionales de derechos humanos, así sea de un sistema de protección diferente al adherido. (Hesbert Benavente, *La Investigación Judicial y el Control de Convencionalidad en el Proceso Penal*, página 329)

Constitucionalmente el Estado está llamado a proteger la vida, honra y bienes de sus ciudadanos y de los extranjeros que están bajo su jurisdicción. En este sentido la afectación de bienes jurídicos tutelados por la Ley Penal, será sometida a una investigación criminal por parte del Ministerio Público a través de los agentes de instrucción investidos para tal fin, atendiendo su función consagrada en el numeral 4 del artículo 220 de nuestra Carta Política.

El ejercicio de esta función de persecución criminal entra en colisión con derechos fundamentales tales como la presunción de inocencia, la protección de la intimidad e integridad personal, la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones privadas, la propiedad privada y la protección de la libertad personal.

Por un lado, tenemos el deber del Ministerio Público de perseguir el delito, para lo cual debe realizar actos de investigación, dentro de los cuales encontramos aquellos que por afectar derechos fundamentales requieren autorización previa del Juez de Garantías y los que requieren ser sometidos a control posterior del mismo. También nos encontraremos peticiones procesales que afectan derechos fundamentales parcial o totalmente, aunque sea de manera temporal, como lo es la aprehensión, la Imputación y sus efectos o consecuencias derivadas, la aplicación de medidas cautelares personales y reales; y no podemos olvidar incluso, la actuación policial en la aprehensión y la requisa. Todo lo anterior genera un examen como cita Benavente hacia la ponderación en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de limitar, judicialmente el ejercicio de esa obligación constitucional que descansa en el Ministerio Público.

Este principio permite mantener el blindaje de los derechos fundamentales salvo algunas excepciones, toda vez que encarna el postulado favorable de la libertad, según el cual, las restricciones de los derechos fundamentales no deben ir más allá de lo necesario, esto con la finalidad de proteger la dignidad de la persona, y cuando ellos sean limitados por el accionar de las autoridades, deberá existir una justificación plausible conforme con las reglas establecidas en los sub principios, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (Luis Palomeque, *Proporcionalidad y Eficacia de los Derechos Fundamentales*, página 16)

Por otro lado, tenemos la gama de derechos fundamentales protegidos convencional, constitucional y legalmente, y con ello la necesidad de justificar su afectación en el trámite procesal, para lo cual no basta la mera legitimación funcional consignada en la norma, sino que

requiere de una justificación debidamente sustentada, amparada en elementos de convicción, que permita bajo un análisis razonable y objetivo, dar amparo de legalidad, a la actuación estatal.

El concepto de frases como elementos de convicción suficientes, sostener razonablemente, suficientes evidencias, petición fundamentada, motivos y pruebas que fundan la necesidad de una actuación, motivos suficientes, medios probatorios demostrativos, que giran alrededor de actuaciones de investigación o actos procesales que afectan derechos fundamentales, cobran vital importancia a objeto de comprender bajo qué parámetros debe materializarse la tutela de los mismos, frente al proceso penal, pues de su contenido e interpretación conceptual, dependen los fundamentos que justifican y por ende legalizan esta intromisión, por encima de los derechos individuales del ciudadano. En consecuencia, definen el rol que frente a este debate ha de cumplir el juez de garantías.

4. El concepto de Motivos Suficientes y el Control Jurisdiccional

La única forma de frenar la arbitrariedad es a través de la limitación normativa que incluya mecanismos de tutela, ante injerencias o ataques no justificados y por tanto revestidos de ilegalidad. Es ahí donde cobra relevancia la función del Juez de Control o Juez de Garantías, ante quien se someten aquellos actos de investigación que requieren de control previo o posterior, que como ya hemos dicho, va más allá de un examen formalista basado sólo en la legitimación funcional normativa o en el cumplimiento de los plazos, cumple un papel importante la aplicación de los principios. Es por ello que la presencia masiva de principios en las constituciones contemporáneas exige nuevas pautas argumentativas, basadas ya

no – o no sola, ni principalmente – en la subsunción, sino en la técnica de la ponderación y en el juicio de proporcionalidad. (Miguel Carbonell, Teoría de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad, página 93)

Se requiere un examen a priori de los fundamentos en que se sustenta la injerencia, para lo cual no basta una sospecha, por ser meramente subjetiva, sino que requiere de la concurrencia de evidencias, de elementos de convicción, de indicios, plurales y convergentes que al menos indiciariamente alcancen el grado de convencimiento que justifique la necesidad de amparar o legalizar, la afectación del derecho fundamental.

El concepto de motivos suficiente y sus diferentes variables lingüísticas en la normativa procesal penal, cumple un papel fundamental en este examen. A tales efectos resulta de gran utilidad citar al Dr. John Zuluaga, cuando en un análisis de este tema y tomando como referencia sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-024 de 1994, plantea los elementos que integran el concepto de motivos fundados: “se podría concluir que motivo fundado es: 1) un conjunto articulado de hechos (situación objetiva), 2) respaldados en elementos materiales probatorios (respaldo probatorio), 3) de los que se concluye objetivamente (inferencia razonable), 4) la probabilidad de autoría o participación en un hecho punible³⁶, 5) no equivalentes a la mera sospecha o simple convicción del agente policial (alto estándar de razonabilidad). (John Zuluaga, De los motivos “fundados” para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano, página 177)

Tiene entonces el juez de control que entrar en un análisis de ponderación, a fin de determinar si efectivamente los asuntos sometidos a su control, además del cumplimiento de los aspectos formales, logran alcanzar ese

nivel de suficiencia que justifique la necesidad de afectación legal de los derechos fundamentales.

Subrayo lo señalado por el Dr. Zuluaga en cuanto a que no hablamos de meras sospechas o simple convicción policial y que se requiere o necesita respaldo probatorio, pues es común observar peticiones de allanamiento basadas únicamente en los conocidos informes de inteligencia policial que se amparan en “informaciones anónimas y de entero crédito”, que hacen imposible al juez de control, hacer un juicio de valoración sobre su credibilidad, y con la cual se pretende afectar en estos casos la inviolabilidad del domicilio. Igual de delicado es cuando el ente investigador hace uso de facultades excepcionales y ordena allanamientos de manera directa. Ante el concepto abstracto que se tiene sobre lo que significa e implican los motivos fundados, es imposible obtener una labor de control en sede jurisdiccional que responda a criterios de proporcionalidad y justificación, necesarios e indispensables cuando hablamos de afectar derechos fundamentales.

Siendo el control previo la regla, en materia de allanamientos, y el control posterior la excepción, ello significa que el juez de garantías, además de valorar los requisitos de fundamentación de las peticiones de allanamientos que solicita el fiscal, cuando se trate de allanamientos sometidos a control posterior, se debe analizar como cuestión de procedibilidad, la causa o justificación alegada como excepción por el funcionario de instrucción. La causa de excepción no puede pasar inadvertida por el juez de garantías y es allí donde se debe poner mayor celo, porque implica la confrontación directa con los Derechos Fundamentales de inviolabilidad del domicilio y la intimidad. (Boris Barrios González, *El Juez de Garantías*, página 259)

Otro tanto se observa, cuando se analiza lo referente a la restricción de la libertad personal, sea a través de la aprehensión o de las medidas cautelares personales, estas últimas íntimamente ligadas a una imputación previa, cuya normativa también se refiere al concepto de suficiencia de elementos de convicción para lograr la vinculación.

Al respecto Juan Díaz Rivera, abogado puertorriqueño y presidente de la Revista *LexJurs*, cita jurisprudencia en la que señal que “para que existan motivos fundados para realizar un arresto sin orden judicial, deben existir circunstancias excepcionales que lo justifiquen. El agente del orden público que realiza tal arresto debe conocer o estar informado de hechos concretos que razonablemente apunten a la comisión de un delito. Meras sospechas no bastan. Tales motivos fundados existen claramente cuando el agente del orden público personalmente observa una actuación que es delictiva. También existen tales motivos fundados, aunque el agente no haya presenciado la comisión del delito, si al evaluar todos los datos que éste posee sobre el asunto, incluyendo lo que el agente mismo haya atisbado, éste concluye razonablemente que lo más probable es que se ha cometido o se va a cometer un delito. *Pueblo vs. Colon Bernier*. 1248. DRP 135 (1999).”

En el análisis del control de legalidad de la aprehensión por ejemplo, lo referente al respeto de los derechos y garantías del capturado, no se agotan con la demostración de la suscripción del acta de derechos del capturado, ya que en últimas ese documento solo permite concluir que el aprehendido firmo un papel, más no que efectivamente recibido la información sobre los hechos y motivos de su captura o que le fueron brindadas las condiciones para resguardar su derecho a guardar silencio y a entrevistarse con un abogado en el menor tiempo po-

sible. (Christian Cabezas, *La Función del Juez de Control de garantías en el proceso penal con tendencia acusatoria*, página 158)

Traigo a colación criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando indica que el carácter de los motivos para afectar la libertad, deben cimentarse en la existencia previa de elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Norín Catrimán y Otros –Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche– VS. Chile Sentencia de 29 de mayo de 2014)

Esto nos lleva a concluir, que la suficiencia de motivos y sus respaldos probatorios, a propósito de la formulación de imputación y posterior aplicación de medidas cautelares personales, no debe obedecer a una investigación incipiente o débil que busca fortalecerse en el proceso de investigación complementaria, sino, que el hecho de llevar el caso a imputación, significa que estamos ante una investigación revestida de tal fortaleza que de la seguridad al agente acusador, que puede llevar la causa a juicio

con alta probabilidad de éxito. De ahí que se justifique la vinculación de la persona hasta ese momento indiciada, lo que materialmente incide en su estado de inocencia –derecho fundamental–, al menos parcialmente, pues ello tiene efectos directos en la afectación de su libertad personal, ya sea mediante su aprehensión previa o por la aplicación posterior de medidas restrictivas de la libertad, cualquiera de ellas, al ser la suficiencia de elementos para vincularlo como autor o partícipe de un hecho punible, uno de los aspectos esenciales que serán ponderados por el juez de control, al adoptar una decisión.

Igual incidencia tiene el concepto de motivos fundados o motivos suficientes en lo relativo a la actuación de los estamentos de seguridad sobre la requisa de personas y vehículos. El artículo 325 del Código de Procedimiento Penal al respecto establece que la requisa por miembros de la Policía Nacional tiene como presupuesto la existencia previa de motivos fundados para presumir que la persona tiene ocultos entre sus ropas o adheridos a su cuerpo objetos relacionados con un delito. De lo anterior se desprende que los motivos no son a posteriori, sino que han de anteceder a la requisa y de ahí que la misma se justifique como una excepcionalidad. No hablamos de meras sospechas, pues el propio procedimiento reglado exige que el agente del orden advierta a la persona de la sospecha, del objeto que busca y que lo exhiba, como podría hacerlo si no tiene realmente un motivo fundado y en consecuencia no sabe ni siquiera que busca. Ello aplica igual para la requisa de vehículos.

Si bien es cierto tanto la sospecha como el indicio son entes conceptuales en los que se puede basar una inferencia, con demasiada frecuencia se da a la sospecha la calidad de indicio y se emplea equivocadamente como fundamento para solicitar del juez de garantías algunas

decisiones. Es necesario, diferenciarlos claramente para evitar los peligros funestos que su confusión acarrea. Si bien ambos parten de un hecho indicador, en el indicio el hecho indicador está demostrado por otros medios de conocimiento, es una inferencia que tiene base o comprobación lógica. En cambio, en la sospecha carece de tal demostración, porque se funda en suposición, conjeturas y aparariencias. De tal suerte que parece lógicamente incongruente que se afecten derechos fundamentales basados en sospechas y no en indicios, lo que nos lleva al plano de una actuación arbitraria, que es la esencia de la protección de los derechos fundamentales a nivel supranacional. (Gustavo Morales, *Ciencia de las Pruebas Penales – Sistema Acusatorio*, página 232)

Donde queda el derecho a intimidad, a la integridad personal, a la propiedad privada, que por regla han de contar con autorización previa de un juez de garantías, frente a una actuación policial que debe responder como excepción a motivos fundados, cuando en ocasiones responden a una mera sospecha, derivada de apreciaciones subjetivas fundadas incluso en prejuicios visuales (discriminatorios).

El control que ha de ejercer el juez de garantías, necesita ponderar criterios de suficiencia de motivos, lo cual no es una frase vacía o carente de contenido, sino que dicha ponderación recaiga sobre una construcción fáctica, respaldada por elementos de convicción que la respalden y que permitan de manera objetiva y razonable inferir, que la personas a quien se van afectar derechos fundamentales está vinculada como autora o partícipe de un hecho punible, de ahí que la autorización o legalización de actos de investigación sean congruentes con la hipótesis de investigación que desarrolla el fiscal, y se justifique la afectación de sus derechos fundamentales.

El Código Procesal Penal colombiano, sobre esta materia estableció una base normativa para conceptualizar lo que se debe entender por motivos suficientes en relación a las diligencias de allanamiento. El artículo 221 se refiere al respaldo probatorio que deben tener los motivos fundados que fundamentan la petición de autorización de allanamiento del fiscal, exigiendo que los mismos deben ser respaldados al menos, en informe de policía, declaración jurada de testigo o informante, o elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. Exige además qué de tratarse de declaraciones juradas de testigos, el fiscal debe estar presente para un eventual interrogatorio y valorar sobre todo su credibilidad. En el caso de informantes, señala la norma se debe precisar al fiscal su identificación y explicar el por qué razón le resulta confiable la información brindada, manteniendo la confidencialidad de su identidad. Este último punto se critica por cuanto no permitía valorar su credibilidad a sabiendas que los informantes, en su mayoría no son confiables y transparentes como para que el legislador les hubiese otorgado de antemano tal credibilidad. (Campo Elías Amaya, *Las Pruebas en el Sistema Acusatorio del Código de Procedimiento Penal*, página 128).

La Corte Constitucional colombiana declaró que esta restricción del acceso al informante fue declarada inconstitucional. Para la Corte es inadmisibles que el fiscal no cuente con la facultad de interrogar a un informante con el fin de apreciar mejor su credibilidad. La Corte consideró insuficiente una evaluación a la credibilidad del testigo sólo a partir de la información dada por la policía judicial sobre la identificación del informante y la simple explicación de las razones por las cuales a la policía judicial le resulta confiable. (John Zuluaga, *De los motivos*

“fundados” para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano, página 179)

Cuando se refiere a elementos probatorios materiales obliga a que el fiscal se revise la cadena de custodia exigiendo den ente policial una certificación de que ha corroborado al acatamiento de los procedimientos den recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

Rescatamos de la norma de derecho comparado, que el concepto motivos fundados en referencia al procedimiento penal, no es superficial ni ligera, sino que exige respaldo a esos motivos que fundamenten las peticiones, decisiones y acciones que en su nombre se autoricen o ejecuten, a efecto de que los derechos fundamentales que se afecten, este justificada en un criterio de inferencia lógica objetiva, basada como mínimo en indicios, y no en la subjetividad de una sospecha que constituye una arbitrariedad.

A propósito de las Intervenciones corporales, su tratamiento no dista de todo lo expuesto, pues el análisis bajo el prisma del principio de proporcionalidad, igualmente atraviesa el examen de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La mayoría de la doctrina coincide en que el principio de proporcionalidad o una de sus manifestaciones, la prohibición de exceso, exigen que la medida sea acordada cuando resulte indispensable y cuando exista una adecuada proporción con la gravedad del hecho que se pretende esclarecer y sancionar. (Jose Etxeberria, *Las Intervenciones Corporales en el Proceso Penal*, página 162). En este mismo orden ideas añade Etxeberria que tratándose de investigación corporal, se hace necesario que existan indicios de que la persona sea en efecto la que probablemente haya cometido el hecho criminal que se trata de esclarecer. De esta manera se garantiza

el principio de proporcionalidad de la medida, así como el máximo respeto y la mínima lesividad hacia el destinatario. (op. Cit., página 177)

La Corte Suprema panameña respecto a la afectación de derechos fundamentales, también ha hecho referencia a la aplicación del principio de proporcionalidad y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuando señala que el principio de proporcionalidad está reconocido entonces como un patrón mediante el cual debe calibrarse la actuación de las autoridades, y su observancia impone a estas una prohibición de excesividad al adoptar medidas que afecten o sacrifiquen derechos fundamentales. (Pleno, 10 de abril de 2008, Harley James Mitchell, en Código Procesal Penal, Delia de Castro y Samuel Quintero, página 13)

La labor de juez de garantías, no tiene que ver con las políticas de seguridad del Estado, ni con la profilaxis social, su labor, está fundamentada en proteger y tutelar el respeto de los derechos y garantías fundamentales. Debemos partir de un escenario en qué debe garantizarse la protección total de estos derechos y que el juez de garantías por mandato legal del artículo 44 del Código Procesal Penal, está llamado a pronunciarse sobre el control de los actos de investigación que afecten o restrinjan derechos fundamentales de los intervinientes, y adoptar las decisiones jurisdiccionales que deben adoptarse durante esta fase de investigación. De esta manera, la vulneración amparada en la legalidad y justificación de las razones que plantea la ley, y que es excepcional, debe estar fundamentada en la existencia de motivos suficientes, lo cual debe ser minuciosamente verificado por el juez de control.

El ejercicio de este rol está ligado a la motivación que ha de sustentar sus decisiones, sobre lo que la Corte Su-

prema panameña, ha indicado que la falta de motivación o fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales resquebraja la seguridad jurídica y genera arbitrariedad. (Sala Penal, 29 de enero de 2001, Gabriel Fernández, en Código Procesal Penal, Delia de Castro y Samuel Quintero, pagina 15)

5. Conclusiones.

1. El control jurisdiccional tiene como objeto tutelar el respeto de los derechos fundamentales de injerencias no justificadas y por tanto arbitrarias, concepto proteccionista de alcance supranacional.
2. El cumplimiento por parte del Ministerio Público de su función constitucional de perseguir los delitos y a sus autores o partícipes, no es una prerrogativa ilimitada y libre de restricciones, por el contrario, lo obliga a ajustar su actuación al marco convencional, constitucional y legal.
3. El desarrollo de actos de investigación o el sometimiento de peticiones que requieren del pronunciamiento del juez de control o juez de garantías tiene como propósito materializar la concreción de los límites y restricciones, ante la intención de afectar derechos fundamentales en el curso del proceso penal.
4. El juez de control, tiene la obligación de ponderar a fondo los asuntos sometidos a su conocimiento sobre esta materia, haciendo juicios de ponderación que examinen si está justificada o no, la intromisión del estado en los derechos fundamentales de individuo y constituirse en el mecanismo de reclamo efectivos, cuando se pretenda o se haya materializado una injerencia arbitraria.

5. Para realizar esta ponderación el juez de control ha de basarse en parámetros objetivos debidamente fundamentados, de ahí que el concepto de motivo suficiente lo lleve a un análisis sobre la existencia efectiva de presupuestos facticos respaldados por elementos de convicción indiciarios que por inferencia razonable vinculen al individuo al hecho punible investigado, por tanto, hagan necesaria y justificada la validación de la intromisión en los derechos del sujeto.
6. Además, en ese juicio de valoración sobre los motivos fundados, debe el juez de control, utilizar el principio de proporcionalidad y sus respectivos subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a fin de determinar la viabilidad o no de las peticiones que se le formulan sobre esta materia. Todo lo cual le hace ser exigente y celoso en tutela de los derechos fundamentales,
7. El rol del juez de garantías, es esencial porque representa el ente jurisdiccional que está llamado a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, en estricto apego a las normas constitucionales y convenios internacionales, es decir el garantismo ideológico materializado en su máxima expresión.

Bibliografía

- Guerrero, Oscar Julián, Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal, Ediciones Nueva Jurídica, 2011.
- Morales Marin, Gustavo, Ciencia de las Pruebas Penales – Sistema Acusatorio, Grupo Editorial Ibañez, 2014.
- Etxeberria, José Francisco, Las Intervenciones Corporales, Editorial Trivium, 2003.

Palomeque Torres, Luis, *Proporcionalidad y Eficacia de los Derechos Fundamentales*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

Amaya, Campo Elías, *Las Pruebas en el Sistema Acusatorio del Código de Procedimiento Penal*, Librería Ediciones del Profesional, 2008.

Benavente Chorres, Hesbert, *La investigación Judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal*, Bosch Editor, 2012.

Carbonell, Miguel, *Teoría de los Derechos Humanos y del Control de la Convencionalidad*, Centro de Estudios Carbonell, 2015.

Cabezas Martinez, Chrisstian, *La función del juez de control de garantías en el proceso penal con tendencia acusatoria*, Ediciones Nueva Jurídica, 2016.

Alvarado Velloso, Adolfo, *La Garantía Constitucional del Proceso y el Activismo Judicial*, Ediciones Nueva Jurídica, 2011.

Barrios Gonzalez, Boris, *El Juez de Garantías*, Editorial Barrios y Barrios, 2016.

AUDIENCIAS PREVIAS Y GARANTISMO PENAL: UN ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN LA ETAPA INICIAL DEL PROCESO

Joy Paull Torres J.¹

Sumario: 1. La etapa preliminar de investigación en el proceso penal: garantías, límites y desafíos prácticos, 2. La veracidad en las audiencias de control de aprehensión: reflexiones desde la práctica fiscal y la defensa, 3. La imputación de cargos: entre la simple comunicación y su verdadera naturaleza procesal, 4. Las medidas cautelares en el proceso penal: entre la garantía, la proporcionalidad y la distorsión social.

Resumen

El texto analiza la relevancia de las audiencias previas y de la etapa preliminar en el proceso penal, destacando su papel como espacio esencial de garantía y control. Sostiene que esta fase no es un mero trámite, sino el primer filtro donde se decide si existen fundamentos suficientes para formalizar la persecución penal. Examina la

1 Máster en Derecho Procesal, Universidad Americana de Panamá (UAM), Panamá. Máster en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Máster en Derecho Administrativo del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Asociado Senior y miembro de la Unidad de Litigios Penales de Morgan & Morgan Legal, República de Panamá. Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

función garantista del fiscal, la necesidad de objetividad en la investigación y los riesgos de prácticas como la doble investigación o el archivo prematuro de causas. Asimismo, reflexiona sobre la audiencia de control de aprehensión como escenario donde la veracidad y la buena fe procesal resultan determinantes. Se enfatiza que la imputación no es un acto meramente comunicativo, sino un momento procesal con efectos sustantivos, especialmente en materia de prescripción y delimitación del objeto procesal. Finalmente, aborda las medidas cautelares, resaltando su carácter excepcional, la centralidad del riesgo procesal y la necesidad de evitar decisiones influidas por la presión social.

Palabras clave: garantías procesales, etapa preliminar, imputación, medidas cautelares, prescripción penal.

Abstract

The text analyzes the relevance of pretrial hearings and the preliminary stage in criminal proceedings, emphasizing their role as essential spaces for guarantees and judicial oversight. It argues that this phase is not merely a procedural formality, but rather the first filter in determining whether sufficient grounds exist to formally initiate criminal prosecution. The discussion highlights the prosecutor's role as a guarantor of rights, the need for objectivity in investigations, and the risks posed by practices such as parallel investigations or the premature dismissal of cases. It also reflects on detention control hearings as settings where truthfulness and procedural good faith are decisive. The text underscores that the filing of charges is not a mere act of communication, but a procedural moment with substantive effects, particularly regarding prescription and the delimitation of the procedural object. Finally, it addresses precautionary measures, stressing their exceptional nature, the

centrality of procedural risk, and the need to avoid decisions influenced by social pressure.

Keywords: procedural guarantees, preliminary stage, filing of charges, precautionary measures, statute of limitations

1. La etapa preliminar de investigación en el proceso penal: garantías, límites y desafíos prácticos

La etapa preliminar de investigación constituye uno de los pilares fundamentales del proceso penal, pues es en este momento donde se determina si existen fundamentos suficientes para iniciar una persecución formal. Es imprescindible comprender que esta fase se diferencia claramente de la investigación con término judicial o de ley, así como de la prescripción –instituto que, por regla general, no se declara de oficio y requiere ser alegado por la parte interesada–. Esta distinción no es solo conceptual, sino práctica y operativa, dado que los efectos jurídicos de cada una impactan directamente en la protección de derechos fundamentales y en el sentido último del proceso penal.

La etapa formal, por su parte, inicia a partir de la comunicación que el fiscal realiza ante el juez de garantías, siguiendo los requisitos establecidos por la ley y en un contexto necesariamente oral. Este acto delimita jurídicamente el marco de la investigación y constituye el primer control jurisdiccional significativo del proceso. Sin embargo, antes de llegar a ese punto, es necesario preguntarse: ¿existen garantías reales en la fase preliminar?

GARANTÍAS EN LA ETAPA PRELIMINAR: MÁS QUE UNA FORMALIDAD

Tradicionalmente se concibe al fiscal como el primer garante de derechos. No obstante, en la práctica, la primera línea de garantías debe ser la Policía Nacional o los estamentos de seguridad encargados de realizar los actos iniciales de una aprehensión. Incluso cuando estos primeros actores fallan, corresponde al fiscal evaluar si la causa debe someterse al escrutinio del juez de garantías, asegurando la observancia del debido proceso, los principios procesales y la protección de derechos fundamentales.

Un proceso penal sin un fiscal garantista sería inconcebible, pues ello contravendría el principio de investigación objetiva, según el cual toda actuación debe orientarse no solo a probar la culpabilidad, sino también a descartar hipótesis que favorezcan al investigado. Hasta la etapa intermedia, el fiscal debe actuar bajo este estándar elevado de imparcialidad y responsabilidad.

EL PROBLEMA DE LA DOBLE INVESTIGACIÓN: UNA PRÁCTICA RECURRENTE

Un fenómeno cada vez más común es la multiplicidad de querellas o denuncias respecto del mismo hecho en distintas subregionales o dependencias del Ministerio Público. En ocasiones, se presentan tres o cuatro acciones paralelas con la intención de “ensayar” en qué oficina el caso podría tener mejores resultados.

Este problema revela la necesidad de un sistema integrador que permita identificar duplicidades desde el primer contacto. No debería recaer exclusivamente en la intuición o diligencia del fiscal advertir que se investiga el mismo hecho en varios despachos. La permisividad frente a este exceso de litigiosidad ciudadana genera

distorsiones, sobrecarga institucional, inseguridad jurídica e, incluso, abre la puerta a decisiones contradictorias.

CAUSAS ARCHIVADAS SIN SUFICIENTE INVESTIGACIÓN: ¿DEFECTO O ABUSO?

Otro escenario frecuente en la práctica diaria es el archivo de causas en lapsos extremadamente cortos –dos o tres semanas– sin que medien actuaciones investigativas mínimas. Esto ocurre aun cuando los hechos denunciados podrían configurar varios tipos penales, ya sea en concurso ideal o real. Se han documentado casos donde el agente instructor determina, de manera subjetiva y sin motivación suficiente, que la conducta “no está tipificada”, ignorando otras posibles figuras penales señaladas en la denuncia.

Aunque se afirma que el fiscal carece de poder, la realidad jurídica es lo contrario: como titular de la acción penal, la Constitución y la ley le otorgan la plena facultad de decidir si un hecho debe investigarse o no. Este poder, sin embargo, no puede ser ejercido de forma ligera ni discrecional. Su única vía de control efectivo es la audiencia ante un juez de garantías, quien decide con base en lo expuesto oralmente y sin un conocimiento previo detallado de los hechos, lo que puede limitar la comprensión del asunto y el acceso efectivo a la justicia.

LA PRESCRIPCIÓN COMO LÍMITE AL PODER PUNITIVO

Hablar de etapa preliminar también implica referirse a la prescripción, uno de los límites más importantes al poder punitivo del Estado. Esta figura, revestida de garantías constitucionales y acompañada de principios procesales, autoriza al fiscal para inadmitir querellas o archivar causas, ya sea por iniciativa propia o a petición de parte.

La revisión de la prescripción debe realizarse desde la primera línea de atención –atención primaria o instrucción inicial– antes de ordenar cualquier acto de investigación. Como límite temporal infranqueable, constituye una garantía esencial de seguridad jurídica, que no puede ser desconocida por capricho, negligencia o interpretaciones subjetivas.

La etapa preliminar de investigación no es un mero trámite previo al proceso formal, sino un espacio decisivo donde se materializan las primeras garantías, se filtran los casos que deben llegar ante un juez y se evita el abuso del sistema penal. Su adecuada implementación requiere un fiscal garante, una policía preparada, sistemas integrados de control y un firme compromiso con la objetividad y la legalidad. El fortalecimiento de esta fase contribuye no solo a la eficacia del proceso penal, sino también a la confianza ciudadana en las instituciones encargadas de impartir justicia.

2. La veracidad en las audiencias de control de aprehensión: reflexiones desde la práctica fiscal y la defensa

Durante mi etapa como fiscal, tuve la oportunidad de participar en múltiples audiencias de control de aprehensión –antes denominadas audiencias de solicitudes múltiples y hoy conocidas como audiencias inmediatas–. En este escenario procesal se discutía, de forma concatenada, la legalidad de la aprehensión, la imputación de cargos y, como consecuencia en ocasiones necesarias, la imposición de una medida cautelar. La dinámica de estas audiencias revelaba no solo la función técnica del fiscal, sino también la importancia de principios como la lealtad procesal y la buena fe, elementos indispensables para preservar la integridad del proceso penal.

LA AUDIENCIA DE CONTROL DE APREHENSIÓN: UN ESPACIO DONDE LA VERDAD IMPORTA

Lo esencial en la audiencia de control de aprehensión es determinar qué ocurrió realmente en el momento de la detención y si la actuación policial (o ciudadana) cumplió con los parámetros legales y constitucionales. El principio de veracidad cobra aquí una relevancia especial: las partes deben actuar bajo el mandato de lealtad y buena fe procesal, aunque son pocos quienes llevan estos principios de forma genuina a la mesa del litigio.

En mi rol fiscal, debía basarme en la información proporcionada por la unidad policial o el agente actuante, defender su proceder y solicitar la declaración de legalidad de la aprehensión. El objetivo era demostrar que se había respetado el límite temporal establecido por la ley y que no existió vulneración de garantías fundamentales.

Sin embargo, en repetidas ocasiones me encontré con litigantes de la defensa dispuestos a distorsionar los hechos, presentar versiones confusas o abiertamente falsas, y conducir al juez al error bajo el pretexto de la narrativa de su representado. Hubo casos en los que la insistencia de la defensa lograba que una mentira, repetida con seguridad, adquiriera apariencia de verdad. El resultado: fallos a favor del investigado y declaraciones de ilegalidad de la aprehensión aun cuando no se habían recabado elementos de convicción durante el acto policial.

LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA ILEGALIDAD DECLARADA

La declaración de ilegalidad de la aprehensión tiene un impacto directo en la actuación fiscal. Aunque pudiera técnicamente continuar con la imputación de cargos y solicitar medidas cautelares, lo cierto es que la ilegali-

dad debilitaba gravemente la causa penal. La valoración judicial posterior se veía influenciada por este antecedente procesal, afectando la credibilidad de la solicitud fiscal y la percepción del riesgo procesal que justificaría una cautelar.

Lo más preocupante era que todo ello podía estar originado en una estrategia litigiosa basada en medias verdades o falsedades, contraria al espíritu garantista y a la legalidad procesal. La audiencia de control de aprehensión, en lugar de ser un espacio para determinar la verdad de los hechos iniciales, podía transformarse en un escenario donde prevalecía la habilidad retórica por encima de la objetividad.

UNA MIRADA DESDE LA DEFENSA: NUEVAS PERSPECTIVAS, VIEJAS TENSIONES

Hoy, desde el rol de defensor —sea de víctimas o de investigados—, he observado situaciones inversas. En varias audiencias de control he presenciado aprehensiones en las que se cumplían formalmente los requisitos legales y constitucionales, pero la temporalidad era incorrecta. Se intentaba forzar el concepto de flagrancia y adaptar la “inmediatez” a circunstancias que no encajaban dentro de los supuestos descritos por el artículo 334 del Código Procesal Penal panameño.

Esto demuestra que hablar de aprehensión siempre implica hablar de la verdad de un hecho al que ninguno de los litigantes fue testigo directo. Las partes dependen de versiones policiales, reportes administrativos y circunstancias relatadas horas después, lo que convierte al juez en el punto neurálgico para valorar con prudencia y sensatez cada versión presentada.

LA BUENA FE PROCESAL COMO FUNDAMENTO INDISPENSABLE

El juez de garantías decide convencido de que las partes actuarán conforme a los principios procesales consagrados en nuestro ordenamiento penal, especialmente el principio de buena fe. Sin embargo, la práctica revela que no siempre es así. El sistema presupone una “ultra buena fe” que, en ocasiones, no se refleja en la realidad litigiosa, afectando la calidad de las decisiones judiciales.

La audiencia de control de aprehensión debería ser un espacio donde prevalezca la verdad —o la búsqueda honesta de ella—. Sin embargo, la pugna entre versiones, estrategias y omisiones puede distorsionar este objetivo. La misión de fiscales, defensores y jueces debe ser, entonces, reconducir este escenario hacia un ejercicio transparente y honesto, donde los principios procesales no sean simples enunciados, sino garantías vivas del debido proceso.

3. La imputación de cargos: entre la simple comunicación y su verdadera naturaleza procesal

Durante años se ha sostenido, en diversos espacios de capacitación y práctica profesional, que la imputación es un mero acto de comunicación. Esta idea —muy repetida en el sistema penal panameño desde las primeras implementaciones del proceso acusatorio alrededor del año 2012— ha calado profundamente en la práctica judicial y en la conversación jurídica cotidiana. Sin embargo, dicha concepción dista de ser correcta y, de hecho, resulta peligrosa si se asume sin un análisis técnico adecuado.

La imputación constituye un **momento procesal esencial**, dotado de efectos jurídicos relevantes, y no puede reducirse a la simple notificación al investigado sobre los hechos atribuidos. En su momento, incluso algunos jueces de garantías sostenían la tesis de que la imputa-

ción no era más que una comunicación formal, pero el desarrollo posterior de la práctica judicial, así como las decisiones de la Corte Suprema, han demostrado todo lo contrario. Hoy es claro que la imputación tiene implicaciones sustantivas, procesales y estratégicas que determinan el curso posterior del proceso penal.

LA IMPUTACIÓN NO ES UN ACTO VACÍO: ES UN ACTO PROCESAL CON EFECTOS JURÍDICOS

Sostener que la imputación es una mera comunicación implica ignorar su naturaleza jurídica. La imputación delimita el objeto procesal, establece los contornos del debate y cumple funciones procesales específicas, entre ellas:

- Interrumpe el término de prescripción del delito,
- fija los hechos a partir de los cuales la defensa construirá su estrategia,
- permite la activación de mecanismos cautelares,
- define la competencia del órgano judicial y del fiscal,
- y constituye el punto de partida para garantizar el derecho a defensa material y técnica.

Por ello, afirmar que es una formalidad vacía es desconocer su trascendencia constitucional.

Incluso existen fallos en Tribunales de Garantías, que descartan de manera expresa la tesis reduccionista, aclarando que la imputación puede ser objeto de debate: sobre tipificación jurídica, sobre competencia, y en casos excepcionales, sobre prescripción. Si bien este último escenario es delicado –pues la formulación de cargos interrumpe la prescripción–, ello no inhibe el deber del juez de escuchar planteamientos fundamentados sobre la tem-

poralidad del hecho, especialmente en delitos instantáneos, continuados o de ejecución prolongada.

LA RELEVANCIA DEL TIEMPO, EL ESPACIO Y LA NATURALEZA DEL DELITO

Uno de los errores más frecuentes al abordar la imputación es pretender analizarla exclusivamente desde la óptica procesal. Pero la imputación no puede comprenderse sin un entendimiento profundo del derecho penal sustantivo. En efecto, la forma, el momento y el alcance del delito condicionan la validez y pertinencia de la imputación.

Para analizar adecuadamente la prescripción, es indispensable establecer:

- si el delito es **instantáneo**,
- si es **permanente** o **continuado**,
- o si se trata de un delito cuya consumación cesa solo cuando cesa la conducta.

Cada categoría implica reglas distintas sobre el inicio y la interrupción del plazo de prescripción. Por eso, evaluar la temporalidad de la imputación requiere –antes que manejo procesal– conocimiento del **Libro Primero del Código Penal**, donde se encuentran los principios rectores de la teoría del delito y de las consecuencias jurídicas del hecho punible.

Un procesalista que desconozca el contenido sustantivo penal no está en posición de comprender plenamente las implicaciones de una imputación. De ahí la importancia de volver siempre a los fundamentos: la imputación no es un acto técnico aislado, sino la primera concreción jurídica del análisis del hecho punible.

IMPUTACIÓN, DOGMÁTICA PENAL Y EL RIESGO DE LA CALIFICACIÓN ERRADA

Otro punto crucial es la función dogmática de la imputación. No puede permitirse que el momento de imputar sea utilizado para sostener calificaciones jurídicas erradas, delitos prescritos o descripciones vagas del hecho. El fiscal, en este momento, debe definir: la adecuación típica, el verbo rector, la forma de participación, la modalidad del delito, y la precisión temporal y espacial del hecho.

No es una etapa para improvisar o formular cargos con generalidades que distorsionen el alcance de la imputación. La imputación desprovista de rigor dogmático genera nulidades, vulnera derechos y afecta la estructura del proceso penal.

LA DEFENSA EN EL MOMENTO DE LA IMPUTACIÓN: OPORTUNIDAD CRÍTICA

En el acto de imputación, la defensa recibe por primera vez la delimitación formal del hecho. Por ello, debe situar el análisis en: el momento del hecho, el lugar del hecho, la naturaleza del delito imputado, y la temporalidad de los efectos jurídicos.

Este examen no es opcional: es una carga técnica. La defensa debe evaluar si la imputación cumple con el principio de legalidad, si respeta la prohibición de imputaciones genéricas, si corresponde a un delito vigente o si se encuentra afectada por prescripción.

Muchos litigantes reducen este momento a una intervención formal, cuando en realidad es uno de los espacios más importantes para definir la estrategia futura.

La imputación no es un acto simple, ni meramente comunicativo, ni un trámite automático. Es un momento

procesal de enorme relevancia jurídica que requiere del fiscal rigor dogmático y del defensor análisis sustantivo. Reducirla a una comunicación distorsiona su naturaleza y empobrece el proceso penal.

Para comprender plenamente la imputación, es indispensable retomar los fundamentos del derecho penal sustantivo contenidos en el Libro Primero del Código Penal, pues solo desde allí es posible articular una imputación válida, clara y respetuosa del debido proceso.

4. Las medidas cautelares en el proceso penal: entre la garantía, la proporcionalidad y la distorsión social

Las medidas cautelares dentro del proceso penal constituyen una herramienta legítima del Estado para asegurar la comparecencia del investigado (y su apego a la causa), proteger a la víctima y garantizar la integridad de la investigación. Sin embargo, su aplicación debe ser siempre excepcional, sujeta a los requisitos formales y materiales que establece la ley: **vinculación, necesidad, proporcionalidad y equiparación de derechos**. Estos elementos no son accesorios; son la esencia que legitima una restricción temporal de la libertad personal.

A ello se suma la óptica indispensable del **riesgo procesal**, también conocida doctrinalmente como la “reina” de los presupuestos cautelares. Dentro de esta categoría encontramos aspectos como: peligro de fuga, destrucción u ocultamiento de evidencias, naturaleza del hecho, antecedentes previos, historial de imputaciones, riesgo para la comunidad y, muy particularmente, peligro para la víctima o sus familiares.

Este conjunto de factores, y no el clamor social, debe ser el eje de cualquier debate cautelar. La opinión pública

—tan volátil como influenciable— jamás puede reemplazar el análisis técnico-jurídico al que está obligado un juez de garantías. No existe, ni debe existir, una “necesidad obligatoria” de cautela ante todo proceso penal, porque ello desnaturaliza la esencia garantista del sistema.

EL IMPACTO NEGATIVO DE LA OPINIÓN PÚBLICA EN DECISIONES JUDICIALES

En años recientes, la opinión pública ha adquirido un protagonismo indebido en decisiones que deberían ser estrictamente judiciales. La presión social, amplificada por redes digitales y por una narrativa mediática poco rigurosa, ha condicionado percepciones y, en ocasiones, ha influido en decisiones que carecen de justificación jurídica sólida.

Frente a ello, la responsabilidad de quienes ejercemos el Derecho es enorme: debemos llevar a las aulas, a los debates académicos y a los espacios digitales una comunicación clara y pedagógica sobre la verdadera naturaleza de las medidas cautelares. Si no lo hacemos, seguiremos permitiendo que conceptos fundamentales del sistema penal sean manipulados, distorsionados y presentados ante la población como verdades incuestionables.

LA LIBERTAD CAUTELAR NO ES ABSOLUCIÓN: UN ERROR QUE DEBE CORREGIRSE

Cuando ejercía funciones como agente instructor, solía referirme a la concesión de medidas cautelares distintas a la detención provisional como una “libertad momentánea” (solo cuando existía fuerte vinculación y riesgo inminente). Y lo hacía porque, aun cuando existiera una fuerte vinculación del investigado con el hecho, la medida cautelar no podía ni debía convertirse en una anticipación de la pena. Sin embargo, hoy día persiste el error

–incluso entre personas instruidas– de creer que cuando un juez no decreta detención provisional, la persona queda “absuelta”.

Siendo Fiscal: en una audiencia por posesión ilícita de arma de fuego, presencié cómo se otorgó una medida poco restrictiva mientras avanzaba el proceso. Un año y medio después, aquella persona –que cumplió fielmente sus reportes periódicos– fue condenada a nueve años de prisión. Su libertad cautelar jamás significó absolución. Simplemente significó respeto al principio de excepcionalidad de la detención provisional.

Del mismo modo, he visto detenciones provisionales decretadas sin mayor riesgo procesal y que, al final del juicio, culminaron en absoluciones. Ambos extremos revelan un problema profundo: la falta de comprensión técnica sobre cuándo corresponde y cuándo no corresponde aplicar una medida de privación de libertad.

¿ESTAMOS TOMANDO LAS DECISIONES CORRECTAS?

Todo lo anterior nos obliga a cuestionarnos, con objetividad y valentía, si las peticiones y decisiones que se toman día a día en las sedes de garantías son las correctas.

Debemos preguntarnos:

- ¿Se están aplicando por criterios jurídicos o por instrucciones externas?
- ¿Responden verdaderamente a la necesidad procesal?
- ¿Son proporcionales al hecho investigado?
- ¿Se ajustan al caso concreto o se dictan por temor a la reacción social?
- ¿Son garantías o castigos anticipados?

Si la respuesta a cualquiera de estas interrogantes apunta a un alejamiento del debido proceso, entonces es imperativo corregir el rumbo antes de que sea demasiado tarde para el Estado de Derecho que todos queremos.

CAPITULO IV

JUSTICIA PENAL: INTELIGENCIA ARTIFICIAL, SESGOS ALGORÍTMICOS Y DERECHOS HUMANOS

SESGOS Y DEBIDO PROCESO PENAL EN LA ERA DIGITAL

Erick Gatgens Gómez¹

Sumario: 1. Introducción, 2. Eficiencia procesal y digitalización, 3. Debido proceso y derechos fundamentales en la era digital, 4. Fiabilidad, sesgos y control judicial en la era digital, 5. Eficiencia y garantías en la era digital, 6. Algunas reflexiones finales, 7. Bibliografía

Resumen

El trabajo analiza el impacto de las tecnologías digitales y los sistemas algorítmicos en el proceso penal, poniendo especial énfasis en los riesgos que los sesgos cognitivos y tecnológicos representan para el debido proceso. Sostiene que el uso de herramientas basadas en inteligencia artificial, big data y análisis predictivo puede reforzar prejuicios preexistentes y afectar principios fundamentales como la presunción de inocencia, la igualdad ante la ley y el derecho de defensa. El texto advierte que estos sesgos suelen ser opacos, difíciles de detectar y reproducidos de manera sistemática por los algoritmos. Asimismo, destaca la necesidad de un control judicial estricto, transparencia tecnológica y explicabilidad de los sistemas utilizados en la toma de decisiones penales. Se subraya la importancia de manten-

1 Abogado litigante y catedrático de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

er la centralidad del juez y de la valoración probatoria humana. Finalmente, concluye que la incorporación de tecnologías digitales debe subordinarse al respeto irrestricto de las garantías procesales y los derechos fundamentales.

Palabras clave: tecnologías digitales, sesgos cognitivos, debido proceso, inteligencia artificial, transparencia tecnológica

Abstract

The work analyzes the impact of digital technologies and algorithmic systems on criminal proceedings, with particular emphasis on the risks posed by cognitive and technological biases to due process. It argues that the use of tools based on artificial intelligence, big data, and predictive analysis can reinforce pre-existing biases and affect fundamental principles such as the presumption of innocence, equality before the law, and the right to defense. The text warns that these biases are often opaque, difficult to detect, and systematically reproduced by algorithms. It also highlights the need for strict judicial control, technological transparency, and explainability of the systems used in criminal decision-making. The importance of maintaining the centrality of the judge and human evaluation of evidence is underscored. Finally, it concludes that the incorporation of digital technologies must be subordinated to the unconditional respect for procedural guarantees and fundamental rights.

Keywords: Digital technologies, Cognitive biases, Due process, Artificial intelligence, Technological transparency

1. Introducción

Este artículo se escribe en homenaje al Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, a quien le guardo un profundo respeto y admiración. Su obra ha trascendido fronteras y generaciones, convirtiéndose en un punto de referencia ineludible para quienes entienden el Derecho penal no sólo como un sistema normativo, sino como un campo atravesado por la historia, el poder, la política criminal y la dignidad humana.

A lo largo de décadas de una enorme producción intelectual ininterrumpida, el Doctor Zaffaroni ha sabido interpelar críticamente los fundamentos del *ius puniendi*, denunciando sus derivas autoritarias, sus selectividades estructurales y sus efectos más lesivos sobre los sectores históricamente vulnerables. En su propuesta de un Derecho penal humano, insiste en la necesidad de que el poder jurídico actúe como contención del poder punitivo del Estado.² Su pensamiento crítico —siempre incómodo para los dogmatismos y fértil para el debate— ha contribuido de manera decisiva a la construcción de un Derecho penal mínimo, garantista y comprometido con los derechos humanos.

Pero la figura del Doctor Zaffaroni no se agota en la vastedad de su obra académica. Magistrado, juez constitucional, docente y formador de generaciones de penalistas en América Latina y más allá, su trayectoria refleja una coherencia poco frecuente entre teoría y praxis. En un contexto marcado por recurrentes derivas punitivistas, su voz ha sido un recordatorio constante de los lími-

2 Vid. Zaffaroni, 2016.

tes éticos y jurídicos del poder penal y de la necesidad de deslegitimar la pena como discurso autojustificadorio.³

Este trabajo pretende conectar ese legado con los desafíos actuales del proceso penal en la era digital, en particular, con el riesgo de que la promesa de eficiencia tecnológica erosione —de manera silenciosa— garantías fundamentales.

El debate en torno al equilibrio entre eficiencia en el proceso penal, debido proceso y derechos fundamentales no es nuevo; sin embargo, adquiere en la era digital una intensidad particular. La incorporación de herramientas de análisis de datos, modelos algorítmicos y sistemas automatizados de apoyo a la decisión judicial reconfigura dinámicas del poder punitivo y plantea interrogantes urgentes sobre fiabilidad, sesgos y control judicial.

La obra de Eugenio Raúl Zaffaroni ofrece un marco conceptual indispensable para abordar estos desafíos. Su pensamiento ha insistido en advertir que toda promesa de eficiencia del sistema penal encierra el riesgo de sacrificar garantías fundamentales en nombre de la celeridad, la seguridad o la racionalización técnica. Desde esta perspectiva, la tecnología no constituye un fenómeno neutral: puede reproducir —y a veces amplificar— selectividades estructurales del sistema penal que Zaffaroni ha denunciado con lucidez a lo largo de su trayectoria.

La digitalización del proceso penal, lejos de ser una cuestión meramente instrumental, interpela directamente los fundamentos del debido proceso. La opacidad de los algoritmos, los sesgos incorporados en ciertos sistemas de inteligencia artificial y la eventual delegación de

3 Vid. Zaffaroni, 1998.

decisiones relevantes a mecanismos automatizados, tensionan principios esenciales como la defensa, la contradicción, la motivación de las resoluciones y el control judicial efectivo.

En nuestro criterio, uno de los riesgos más relevantes consiste en el desplazamiento —a veces imperceptible— del juez como garante de derechos, en favor de una confianza acrítica en resultados tecnológicos presentados como objetivos. En este punto, la tradición garantista latinoamericana, en diálogo con Zaffaroni, obliga a exigir controles reforzados y una fundamentación de mayor calidad.

Este trabajo se inscribe, así, en una tradición crítica que rechaza tanto el fetichismo tecnológico como el punitivismo disfrazado de modernización, y exige que toda innovación procesal sea evaluada a la luz de los derechos fundamentales y de los límites del poder penal.

La obra de Eugenio Raúl Zaffaroni se erige como un referente insoslayable para comprender y enfrentar estos desafíos. Su crítica a la criminología mediática permite comprender cómo ciertas “verdades” se instalan como obviedades tempranas y se refuerzan diariamente.⁴ En la era digital, esa dinámica puede verse reforzada por perfiles automatizados o métricas de riesgo presentadas como neutrales.

En el mismo sentido, su reflexión sobre la dialéctica entre Estado de derecho y Estado de policía —y sobre la figura del “enemigo” como categoría degradante— sirve de advertencia frente a cualquier tecnología que, bajo

4 Vid. Zaffaroni, 2012, p. 215 ss.

apariciencia de objetividad, habilite tratamientos punitivos diferenciados.⁵

Este artículo recoge algunas de las ideas expuestas durante el congreso “Los Derechos Humanos y la Justicia Penal en la Quinta Revolución Industrial”, celebrado en Panamá en febrero de 2026, en homenaje al Doctor Zaffaroni, reforzando la dimensión ética, garantista y de límites al poder punitivo en la era digital. Rendirle homenaje implica reafirmar que ningún avance tecnológico, por sofisticado que sea, puede sustituir la responsabilidad ética del juez ni justificar la reducción del ser humano a un dato, un perfil o una probabilidad. La eficiencia procesal sólo es legítima cuando se encuentra al servicio del debido proceso y de los derechos fundamentales; fuera de ese marco, se transforma en una nueva forma de deshumanización del poder penal.

2. Eficiencia procesal y digitalización

La eficiencia del proceso sólo es legítima cuando opera al servicio de un Derecho penal humano, esto es, de un proceso penal orientado por la dignidad, la igualdad y la tutela judicial efectiva. La eficiencia suele asociarse con celeridad, economía y capacidad institucional para investigar y juzgar sin dilaciones indebidas. En la era digital, ese objetivo se refuerza con herramientas que automatizan flujos de trabajo, generan registros exhaustivos y permiten nuevas formas de obtención y análisis de información. No obstante, el proceso penal no es un simple sistema de producción de sentencias, ya que su legitimidad depende de la vigencia de las garantías que limitan el poder punitivo. En ese sentido, la “modernización” corre el riesgo de convertirse en un atajo, en la medida en

5 Vid Zaffaroni, 2006.

que el valor de la eficiencia desplace a los principios que integran el debido proceso.

En clave de “Derecho penal humano”, la pregunta no es si la tecnología es útil –a menudo lo es–, sino bajo qué condiciones puede incorporarse al proceso penal sin degradar el estándar de derechos y garantías. El pensamiento garantista latinoamericano –incluida la tradición crítica que dialoga con Zaffaroni– advierte sobre la selectividad y los riesgos de deshumanización del poder penal cuando se privilegia la eficacia por sobre la persona.

Desde ya propugnamos que la digitalización exige más –no menos– calidad justificativa y control jurisdiccional.

Las tecnologías que inciden en el proceso penal pueden agruparse, a los efectos de este artículo, en cuatro tipologías, a saber:

- a. **Infraestructura de tramitación:** expediente electrónico, firma digital, notificaciones, gestión de plazos y audiencias.
- b. **Participación remota:** videoconferencias, registro audiovisual, gestión de salas virtuales y acceso de público/medios.
- c. **Evidencia digital y forense:** extracción y análisis de dispositivos, metadatos, plataformas, trazabilidad y preservación.
- d. **Inteligencia artificial aplicada a investigación y decisión:** priorización de casos, patrullaje predictivo, reconocimiento facial, evaluación de riesgo (medidas cautelares y determinación de la pena) y otras herramientas de apoyo.

De lo anterior se desprende que cada tipología tiene riesgos característicos. La tramitación digital puede mejorar transparencia y trazabilidad, pero también au-

mentar asimetrías (brecha digital) y generar problemas de seguridad y confidencialidad. La participación remota puede facilitar acceso, pero obliga a resguardar la comunicación abogado-cliente y la participación efectiva. La evidencia digital amplía fuentes probatorias, pero exige protocolos estrictos de integridad y replicabilidad. El uso de la inteligencia artificial y los sistemas algorítmicos añaden, además, opacidad, sesgo y riesgos de “automatización” de la decisión.⁶

3. Debido proceso y derechos fundamentales en la era digital

El concepto del *debido proceso* plantea, de entrada, un problema epistemológico respecto de su contenido. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, de carácter valorativo. La palabra “debido” es un adjetivo, cuyo significado puede entenderse como aquello que es conveniente, justo, razonable o necesario.⁷ Proviene del verbo “deber”

6 Sobre el tema de la tramitación digital, vid. Consejo de Europa, *Guidelines on electronic court filing (e-filing) and digitalisation of courts*. Sobre la participación remota, vid. Consejo de Europa, *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*; TEDH (ECHR-KS). *Hearings via video link (Key Theme – Article 6, criminal limb)*; TEDH (Gran Sala). *Sakhnovskiy v. Russia*, App. No. 21272/03, sentencia 2 noviembre 2010. Sobre la evidencia digital y su integridad, vid: International Organization for Standardization, & International Electrotechnical Commission; UNESCO & IAP, 2025; NIST, 2006; ACPO, 2012. Sobre la inteligencia artificial y los sistemas algorítmicos, vid: Consejo de Europa, 2020; Unión Europea, 2024; NIST, 2023; Consejo de Europa, 2018; Supreme Court of Wisconsin. *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016); Barocas, Solon; Hardt, Moritz; Narayanan, Arvind, 2023.

7 Definición obtenida en línea de: <https://www.diccionarios.com/diccionario/espanol/debido>. En el mismo sentido: <https://>

y entre sus acepciones relacionadas con el tema que nos ocupa, según el diccionario de la lengua española de la RAE, se encuentra la siguiente: *1. Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva.*⁸

Como vimos, la palabra “debido” se entiende también como aquello que es justo o razonable. Desde Aristóteles se distingue entre la justicia distributiva y la conmutativa. Para otros como Radbruch justicia significa igualdad⁹ **y así podríamos seguir con una lista interminable de** autores que le han dado un diferente contenido a la palabra “justo” o “justicia”, relacionándose lo justo con lo correcto, con lo verdadero, con lo que tiene la justa medida o relación, o lo que se corresponde al derecho, a la ley o a la equidad; asimismo, la justicia se ha visto como una virtud o como una cualidad de las reglas, tratándose claramente de un concepto relativo, valorativo e indeterminado.¹⁰

La indeterminación de los conceptos jurídicos indeterminados proviene de su vaguedad:¹¹ existe un ámbito de duda —candidatos neutrales— respecto del cual no es posible decidir, en forma inmediata, si la norma apli-

www.wordreference.com/definicion/debido; <https://dle.rae.es/deber#Bu2rLyz>

8 <https://dle.rae.es/deber#Bu2rLyz>

9 Vid. Röhl, 2001, p. 327 ss., con referencias adicionales.

10 Vid. Rüthers, 2009, p. 195 ss. Este mismo autor, p. 224, concluye señalando: *La valoración sobre qué hay que considerar “justo” ofrece, para el caso concreto, enormes dificultades.*

11 Así Koch, 1979, p. 80, pie de página 287, 87 s. Según Haba, 2003, p. 37, la vaguedad es uno de los motivos que provocan la indeterminación. Sobre los conceptos imprecisos vid. Jellinek, 1964, p. 37 s. Asimismo Schünemann, 1993, p. 303 s. Barak, 1989, p. 49 s.; Culp, 1979, p. 166; Lautmann, 1972, p. 109 s.

ca.¹² Siguiendo a Koch,¹³ en estos casos ni la aplicabilidad ni la inaplicabilidad se desprenden con claridad, de modo que el aplicador del Derecho debe “rellenar” el ámbito de vaguedad, tomando una decisión interpretativa que excede el mero descubrimiento del significado literal. En ese punto intervienen, inevitablemente, factores extra legales.¹⁴

En los conceptos jurídicos indeterminados existen, por lo tanto, “casos dudosos” o “candidatos neutrales”. Siguiendo a JELLINEK los conceptos jurídicos indeterminados otorgan discrecionalidad al aplicador del derecho,¹⁵ asimismo, son una puerta abierta para la creación del derecho por parte de los jueces (derecho judicial). En ese sentido, existe una libertad de elección del aplicador del Derecho al clasificar un caso o un objeto (caso dudoso o candidato neutral) en el área de los candidatos positivos o de los negativos.¹⁶

Ahora bien, ¿cuál es el origen del vocablo “debido proceso”? Se suele situar en el capítulo 39 de la Carta Magna (1215), como reacción contra arrestos, prisiones y desposesiones arbitrarias del Rey “Juan Sin Tierra”. La cláusula no pretendía imponer una forma única de juicio, sino asegurar protección frente a la arbitrariedad y garantizar un juicio legal. De esa evolución se desprendió una reserva de ley en materia procesal en el sentido

12 Koch, 1979, p. 67 s., 71, 87.

13 Koch, 1979, p. 29 s., 34, 44; De otra opinión: Ossenbühl, 2002, § 10 Rn. 3.

14 Cf. Haba, 2003, p. 144.

15 Cf. Jellinek, 1964, p. 37 s. Vid. asimismo Engisch, 1997, p. 115

16 Cf. Jellinek, 1964, p. 37 s. Vid. asimismo Engisch, 1983, p. 115; Koch, 1979, p. 78 s. Vid. también Wolff, 2004, p. 89.

de que las reglas del proceso debían ser establecidas por ley formal. Con el tiempo, el concepto se expandió hacia un debido proceso constitucional, ya que además de estar regulado por ley, el proceso debe asegurar derechos y principios tendentes a proteger a la persona frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, incluso del propio legislador. Más adelante, en la tradición anglo-norteamericana, se desarrolló el llamado *substantive due process*, utilizado como criterio de control material de normas y actos públicos a la luz de exigencias de equidad, proporcionalidad y razonabilidad. En el plano costarricense, esa idea ha sido vinculada por la Sala Constitucional con el principio de razonabilidad de las leyes y otros actos: no basta la compatibilidad formal con la Constitución, sino también su ajuste al sentido de justicia contenido en ella.¹⁷

La Constitución de los EE. UU. diseña un sistema basado en los derechos fundamentales individuales, principalmente, los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad. Como garantía del mencionado sistema, la propia Constitución crea un mecanismo *...the due process of law*, que debe actuar como límite al que necesariamente deberá atenerse la actuación de los poderes públicos en relación con la esfera de derechos propia de cada individuo, núcleo del llamado “due process” sustantivo.¹⁸

17 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 1739-92 de las 11:45 hrs. de 1º. de julio de 1992. En ese voto se afirma, asimismo, lo siguiente: *...El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce—cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano—, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia.*

18 Vid. Constitution Annotated (cláusula de debido proceso: *life, liberty, or property, without due process of law*); se indica que el debi-

La Constitución de los Estados Unidos también hace referencia en su articulado a una específica manifestación del *due process* **en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional** y especialmente con relación al **proceso penal**. Para ello se establecen determinados **derechos, primeramente, en la propia Constitución** (inviolabilidad del domicilio, información sobre la acusación formulada, etc.), **derechos que posteriormente han sido desarrollados por la jurisprudencia** y que deben ser reconocidos a toda persona que se halle sujeta a un proceso penal. Se trata del ‘*due process*’ **adjetivo o procesal**.¹⁹

La jurisprudencia del Tribunal Federal Penal Alemán (Bundesgerichtshof) utiliza el vocablo “*fairen Verfahren*” en una serie de decisiones relacionadas con los acuerdos (“*Verständigung*”) en el proceso penal y con el derecho a contar con un defensor.²⁰

do proceso protege derechos individuales limitando el ejercicio del poder estatal; además reconoce que la Enmienda V incluye garantías procesales y sustantivas, Cornell Law School (LII), Wex, *Substantive due process*, Chemerinsky, 1999; Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

19 U.S. Bill of Rights.

20 Vid. Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 7. Januar 2025 – 2 StR 330/24 (LG Aachen), sobre la compatibilidad del *Verständigung* con el Grundsatz des fairen Verfahrens. Respecto del derecho a contar con defensor (elección/efectividad) y “*fairen Verfahren*”: Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 21. März 2018 – 1 StR 415/17 (LG München II), sobre el derecho a defensa por abogado de confianza (*Wahlverteidiger*) y su relación con el Grundsatz des fairen Verfahrens, en el contexto de la terminación/agenda de la audiencia cuando el defensor elegido no está disponible; Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 11. September 2019 – 2 StR 281/19 (LG Gießen), relativo al derecho a un procedimiento justo en conexión con la obligación del tribunal de resolver oportunamente una solicitud de

Todo lo anterior nos lleva a pensar sobre una fusión o acercamiento de los sistemas de derecho Romano – Germánico (continental) al common law. En el ámbito jurídico angloamericano nunca existió la pretensión de que el Derecho procesal penal debiera sólo seguir las reglas de las leyes escritas. Es claro entonces que el concepto del debido proceso posibilita ampliamente y casi sin límites la creación del derecho por parte de los jueces (derecho judicial).

En Costa Rica con la creación de la Sala Constitucional y la respectiva promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135, de 11 de octubre de 1989, se generó una abundantísima jurisprudencia sobre el debido proceso que, terminó incidiendo en importantes reformas legales. **¡Fue tan amplio el desarrollo al respecto que, muchas veces lo complejo era más bien determinar qué no formaba parte del “debido proceso”!**

En el ya referido voto 1739-92, la Sala Constitucional sistematizó un núcleo de garantías del debido proceso: derecho general a la justicia²¹ (igualdad, acceso universal y justicia pronta y cumplida), derecho general a la lega-

cambio de defensor de oficio para no frustrar la defensa; vid. asimismo: Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10 u.a. (BVerfGE 133, 168).

21 Para la Sala Constitucional, según se indica en el voto de referencia, tanto el “derecho general a la justicia” como el “derecho general a la legalidad”, no constituyen en sentido estricto elementos del debido proceso sino más bien condiciones generales previas, propias de la concepción más amplia de la administración de justicia en un Estado democrático de derecho; pero que por esto mismo, su carácter previo y necesario hace de ambos y de lo que ambos implican, presupuestos o condiciones *sine qua non* de aquél, de forma tal que su ausencia o irrespeto implica necesariamente la imposibilidad misma del debido proceso al

lidad, juez natural, derechos de audiencia y defensa (intimación, imputación, audiencia y defensa), presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, derechos al procedimiento probatorio (amplitud, legitimidad e inmediación; identidad física del juzgador, publicidad; impulso de oficio; comunidad y valoración razonable), derecho a una sentencia justa, doble instancia y eficacia de la cosa juzgada.

Tómese en cuenta que un “proceso debido” también supone un proceso “eficiente” o un proceso sin dilaciones indebidas. En nuestro criterio esa fue la fórmula que previo el constituyente en el artículo 41 al señalar: *Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.*²²

En otro orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también dispone de normas que han sido utilizadas para interpretar y ampliar el concepto de “debido proceso”. En ese sentido, el primer inciso del artículo 8 denominado “Garantías Judiciales”²³ dispone que:

punto de que esa ausencia o violación también debe sancionarse como ausencia o violación del derecho al debido proceso.

22 Nota: negrita suplida. Relevante también para la interpretación del concepto de debido proceso ha sido el artículo 39 constitucional.

23 Esa disposición contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, pues se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. Cfr. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 28; Caso Mémoli Vs. Argentina, párr. 191; Caso

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha interpretado que el referido numeral, contempla en su inciso 1) los lineamientos del debido proceso legal, el cual se encuentra compuesto por un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos²⁴ y, en su inciso 2) establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas.²⁵

Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, 5 oct. 2015; Cfr. también J Vs. Perú, 27 nov. 2013, párr. 258.

24 Opinión Consultiva OC-9/87, 6 oct. 1987, párr. 27; Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, 13 oct. 2011, párr. 116. Asimismo: caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. 25 nov. 2013. Cfr. también Tribunal Constitucional Vs. Perú. 31 de enero 2001, párr. 69; y Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. 1 de julio de 2011, Párr. 115; Caso Camba Campos y otros Vs. Ecuador, párrs. 167 y 168.

25 Cfr. Caso López Álvarez Vs. Honduras. 1 de feb. 2006; Caso Palamara Iribarne, nota 15, párr. 163; Caso de la Masacre de Ma-

La Corte IDH ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.²⁶ El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia,²⁷ que se refleja en: i) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.²⁸

piripán, nota 15, párr. 195, y Caso de la Comunidad Moiwana, nota 99, párr. 142. Sobre el desarrollo del debido proceso en la jurisprudencia de la Corte IDH vid. Llobet, 2012; García, 2007.

- 26 Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana, párr. 349; Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador, 1 sept. 2016.
- 27 Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99, 1 oct. 1999, párr. 117, y Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 agosto 2014, párr. 109.
- 28 Cfr. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 109. La Corte ha entendido que “El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso ... debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible.” Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, 5 oct. 2015. Vid. También Barreto Leiva Vs. Venezuela. 17 nov. 2009.

De este modo, las garantías procesales son un medio fundamental para limitar el poder punitivo del Estado y salvaguardar los derechos de las personas imputadas en un proceso penal. Sin duda, la tutela de estas garantías mediante los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y las constituciones políticas, reflejan la importancia del respeto de los derechos humanos en el mantenimiento de un Estado Social y Democrático de Derecho.

De las garantías citadas, interesa destacar el deber de valoración razonable de la prueba y la fundamentación de la sentencia. Ello resulta especialmente relevante ya que la digitalización de la justicia introduce nuevos retos en la valoración de la prueba –en particular la evidencia digital y los resultados automatizados– y para motivar adecuadamente la sentencia, atendiendo a la fiabilidad de los resultados y a los posibles sesgos.

Para cumplir con el debido proceso, la sentencia debe estar debidamente motivada, exponiendo las razones de hecho y de derecho que sustentan la decisión. Esto incluye una valoración racional de la prueba;²⁹ si esa valoración presenta vicios, se vulnera el debido proceso.³⁰

29 Sobre sana crítica racional vid: Gatgens, 2014.

30 Vid en ese sentido de la Sala Constitucional de la CSJ, voto 4906, de las 15:03 horas del 5 de octubre de 1993, donde afirmó que para que se dé una infracción a las reglas de la sana crítica racional y, en consecuencia, al debido proceso, no basta cualquier desacuerdo con la valoración de la prueba, solamente hay quebranto cuando el juez la valora de forma claramente irracional o arbitraria. Para que se produzca una violación al debido proceso se debe tratar de una valoración burda –craso error– que cause al imputado una violación a su derecho de defensa; asimismo, en los votos 3167-93, de 14:39 horas de 6 de julio de 1993 y 1511-94, dispuso que, aunque el imputado interprete la prue-

La Corte IDH ha señalado también que la motivación de la sentencia consiste en ...*la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.*³¹ Asimismo, ha reconocido que constituye una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de la ciudadanía de ser juzgada y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas de una sociedad democrática.³² Por lo tanto, la Corte IDH ha estimado que el deber de fundamentación de la sentencia es una de las garantías necesarias para proteger el derecho a un debido proceso consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4. Fiabilidad, sesgos y control judicial en la era digital

La transformación digital de la justicia ha venido a reconfigurar, de manera significativa, los procesos de investigación, producción de prueba y, en última instancia, la toma de decisiones jurisdiccionales. En la actualidad se cuenta con herramientas de inteligencia artificial, sistemas de análisis masivo de datos y modelos de justicia predictiva, los cuales se presentan como instrumentos destinados a aumentar la eficiencia, la objetividad y la coherencia del sistema. Sin embargo, esta narrativa tecnológica

ba a su favor, el juzgador debe basarse en un análisis objetivo de todo lo actuado para determinar la verdad de los hechos y, si la prueba conduce a la participación del imputado, justificar la condena. Además, si hay falta de motivación o una apreciación subjetiva/arbitraria (p. ej., al excluir testimonios o analizar prueba técnica), se considera vulnerado el debido proceso.

31 Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, 21 nov. 2007, párr. 107.

32 Corte IDH. Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, 5 agosto 2008, párr. 77.

suele omitir un problema central para el Estado de Derecho consistente en la persistencia —y en muchos casos la intensificación— de los sesgos que afectan la racionalidad, así como la objetividad de las decisiones judiciales.

El concepto de sesgo ha adquirido una relevancia central en el análisis contemporáneo de la toma de decisiones judiciales, particularmente, en contextos de incertidumbre fáctica y de creciente tecnificación del proceso. Tradicionalmente, el Derecho había operado bajo la premisa de que la racionalidad del órgano decisor podía garantizarse mediante reglas formales, estándares probatorios y exigencias de motivación. Sin embargo, los aportes de la psicología cognitiva, de la epistemología y de los estudios sobre inteligencia artificial han puesto de relieve que el razonamiento humano —y, por extensión, el razonamiento institucional— se encuentra atravesado por desviaciones sistemáticas que afectan la selección, interpretación y valoración de la información disponible.³³ Esta constatación es especialmente relevante para la actividad jurisdiccional, en la medida en que la evidencia empírica sugiere que incluso los jueces pueden verse afectados por atajos cognitivos y sesgos al resolver los casos.³⁴ En el ámbito penal, el problema se vuelve más crítico en la **valoración de la prueba**, particularmente cuando interviene prueba pericial, pues se ha documentado que la información contextual y las expectativas pueden contaminar evaluaciones técnicas y favorecer sesgos de confirmación,³⁵ y se han señalado déficits estructurales de validez y fiabilidad en diversas disciplinas foren-

33 Tversky; Kahneman, 1974; Nickerson, 1998; Kunda, 1990; Simon, 1955.

34 Guthrie et al., 2007; Rachlinski et al., 2009.

35 Kassin et al., 2013; Dror et al., 2006.

ses usadas en tribunales.³⁶ A ello se suma que la incorporación de herramientas computacionales puede inducir “automation bias” (sobreconfianza o dependencia indebida de recomendaciones automatizadas), afectando la revisión crítica de la evidencia y la decisión final.³⁷ Todo esto refuerza la necesidad de estándares y prácticas de valoración probatoria que minimicen tales sesgos, dado que las sentencias penales pueden comprometer bienes jurídicos tan importantes como la libertad y la vida de las personas sometidas a proceso.

Desde una perspectiva amplia, el sesgo no debe entenderse como un error ocasional ni como una falla moral del operador jurídico, sino como un patrón estructural de distorsión del razonamiento. En ese sentido, resulta útil la definición según la cual el sesgo es *...una desviación sistemática respecto del resultado esperado en el ámbito o campo de conocimiento de que se trate como consecuencia de tomar en mayor consideración unas variables que otras en el correspondiente proceso de investigación, decisorio o (en general) de gestión de información.*³⁸ Esta caracterización desplaza el análisis desde la intención subjetiva del decisor hacia el diseño metodológico e institucional del proceso de conocimiento, lo que resulta particularmente relevante para el proceso penal.

La psicología cognitiva ha demostrado que muchos sesgos surgen, en gran medida, como consecuencia del uso de heurísticas, es decir, atajos mentales que permiten decidir con rapidez en contextos de información incompleta o compleja. Como se ha señalado, *...el juicio bajo*

36 National Research Council, 2009; PCAST, 2016.

37 Skitka et al., 1999; Parasuraman et al. 1997.

38 Mir, 2025, p. 20.

*incertidumbre se basa a menudo en una cantidad limitada de conceptos heurísticos simplificadores, más bien que en un procesamiento algorítmico más formal y extensivo.*³⁹ Estas heurísticas cumplen una función adaptativa, pero generan errores sistemáticos y previsibles que afectan la racionalidad de los juicios.

Desde el punto de vista jurídico, la relevancia de los sesgos radica en que incrementan el riesgo epistémico, es decir, la probabilidad de adoptar decisiones fácticamente erróneas. En términos claros, *...un sesgo cognitivo es una desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción. No se trata de un simple error, sino de comportamientos que ocurren consistentemente bajo circunstancias similares, y que por lo tanto son predecibles y replicables.*⁴⁰ Esto convierte al sesgo en un problema normativo, por lo que la ausencia de mecanismos institucionales para identificarlo y mitigarlo no debe ser indiferente, al comprometer la legitimidad del proceso decisorio, con particular gravedad en el ámbito penal.

En el contexto de la justicia digital, además, el problema adquiere una dimensión adicional. Los sesgos no solo afectan al razonamiento humano, sino que pueden ser **incorporados, estabilizados y amplificados** por sistemas algorítmicos entrenados con datos históricos. Como ha sido señalado, *los sesgos algorítmicos ... ni siquiera se predicen del pensamiento humano, sino del procesamiento de la información efectuado por una máquina, por mucho que en el origen de tales sesgos se encuentren, normalmente, sesgos hu-*

39 Cortada de Kohan, 2011, p. 69.

40 Páez, 2021, p. 191.

manos.⁴¹ De este modo, el sesgo deja de ser una desviación individual para convertirse en un rasgo estructural del sistema de decisión.

La identificación de los sesgos como errores sistemáticos del razonamiento plantea inmediatamente un segundo problema de carácter metodológico, el **cómo clasificarlos** de manera que dicha clasificación resulte útil para el análisis jurídico. No toda tipología de sesgos elaborada desde la psicología o desde las ciencias cognitivas es directamente trasladable al Derecho, pues este no se interesa primariamente por el funcionamiento interno de la mente, sino por los **efectos normativamente relevantes** que dichos sesgos producen en la investigación, en la valoración de la prueba y en la decisión judicial.

Desde esta perspectiva, la clasificación cumple una función instrumental al permitir identificar **dónde, cómo y con qué intensidad** se produce la distorsión del razonamiento jurídico. En términos generales, la doctrina contemporánea coincide en que los sesgos no constituyen un fenómeno homogéneo, sino un conjunto de desviaciones que operan en distintos niveles –cognitivo, estadístico, cultural, algorítmico e institucional– y que pueden interactuar entre sí.

Una primera gran categoría está constituida por los **sesgos cognitivos**,⁴² entendidos como desviaciones sistemáticas en el procesamiento de la información por parte de los individuos. Estos sesgos se originan en el uso de heurísticas y afectan directamente la percepción, la memoria, la inferencia y la evaluación de probabilidades.

41 Mir, 2025, p. 15

42 Enfoque crítico de los sesgos cognitivos en: Vorms, 2021, pp. 567-590.

Tal como se ha señalado, ...*los sesgos cognitivos son aquellos errores sistemáticos en el procesamiento de información en que incurrimos los humanos cuando acudimos a atajos mentales (heurística) al ejecutar procesos mentales ...esto es, al pensar de forma rápida, automática o intuitiva.*⁴³ En el ámbito jurídico, estos sesgos resultan especialmente relevantes porque inciden en decisiones que se adoptan bajo presión temporal, con información incompleta y en contextos de elevada carga emocional, como ocurre en la fase investigativa o en la deliberación que tiene lugar en el juicio.

Dentro de los sesgos cognitivos se incluyen, entre otros, el **sesgo de confirmación**, el sesgo retrospectivo, el sesgo de anclaje y el sesgo de disponibilidad. Todos ellos comparten un rasgo común: no dependen del contenido específico de la información, sino de la **forma en que esta es procesada**. El sesgo de confirmación hace referencia a la tendencia de los seres humanos a seleccionar la información que se ajusta a lo que creen (o quieren creer) y a interpretar la información de la que disponen a favor de sus hipótesis preferidas, en otras palabras, a buscar información que confirme lo que ya creemos, a interpretar la evidencia nueva de forma favorable a nuestras hipótesis previas y a minimizar o rechazar datos que contradicen nuestras creencias. Este sesgo se ha analizado, por ejemplo, en relación con los informes periciales. Se han podido identificar patrones de distorsión cognitiva que afectan la objetividad del análisis pericial, especialmente en el ámbito penal y, concretamente, en disciplinas como genética, balística, dactiloscopia, grafotecnica y toxicología, así como los factores individuales, institucionales y situacionales que lo propician, entre ellos

43 Mir, 2025, p. 11

la presión mediática, la visión en túnel y la exposición innecesaria a información contextual.⁴⁴

Una segunda categoría relevante está constituida por los **sesgos estadísticos o probabilísticos**, que surgen cuando se realizan inferencias incorrectas a partir de datos numéricos, muestras incompletas o distribuciones no representativas. Como ha sido demostrado, ... *la intuición de las personas también les hace pensar que las pequeñas cantidades se regirán por las leyes de los grandes números pero esto no es cierto*.⁴⁵ Este tipo de sesgo resulta particularmente problemático en la valoración de la prueba pericial, en el uso de estadísticas criminales y en la interpretación de probabilidades asociadas a riesgos o patrones de conducta.

En el contexto de la justicia digital, los sesgos estadísticos adquieren una relevancia aún mayor, pues los sistemas algorítmicos se basan precisamente en el procesamiento masivo de datos. Como se ha señalado *la cantidad no es sinónimo de calidad y la abundancia de datos no es equivalente al conocimiento y, mucho menos, es una garantía de exactitud o de imposibles equivocaciones*.⁴⁶ Cuando los datos de entrenamiento son incompletos, sesgados o refle-

44 Guaita; Espín 2025, pp. 50-66. Cf. asimismo: Grown; Martire, 2020, pp. 148-153; Vázquez, 2014, pp. 65-73. Rabin y Schrag, 1999, modelan un sesgo confirmatorio como una desviación de la actualización bayesiana en la que el agente, al recibir evidencia ambigua, puede malinterpretar señales desfavorables como si fueran favorables a la hipótesis que considera más probable. Esta distorsión en la lectura de la evidencia puede generar sobreconfianza y, con probabilidad positiva, llevar a que el agente termine sosteniendo con (casi) certeza una hipótesis equivocada, incluso tras recibir mucha información.

45 Cortada de Kohan, 2011, pp. 69-70.

46 Sánchez, 2025, p. 10.

jan desigualdades estructurales, el error estadístico deja de ser un problema técnico menor para convertirse en una fuente de decisiones injustas.

Una tercera categoría está integrada por los **sesgos culturales y sociales** que, reflejan estereotipos, prejuicios y desigualdades arraigadas en una determinada sociedad. Estos sesgos no dependen exclusivamente de procesos cognitivos individuales, sino que se encuentran inscritos en prácticas institucionales, lenguajes jurídicos y categorías normativas. Como se ha advertido, el diseño y desarrollo de los algoritmos se realiza desde la perspectiva de sus programadores y estos impregnan a la tecnología *...de los valores culturales de la sociedad en que funcionan, de los suyos propios y de los intereses particulares de quienes los contratan.*⁴⁷ En el ámbito judicial, estos sesgos pueden manifestarse en la credibilidad atribuida a determinados testimonios, en la valoración diferenciada de conductas o en la reproducción de desigualdades de género, raza o clase social.

Vinculados a esta categoría se encuentran los **sesgos de estigmatización**, que operan mediante procesos de etiquetamiento social. En la era digital, estos sesgos adquieren una persistencia inédita, pues la información negativa puede permanecer indefinidamente accesible *... hoy, el estigma criminal constituye un atributo perdurable en el tiempo que es fácil de descubrir y que genera una “profunda desacreditación.”*⁴⁸ Desde una perspectiva jurídica, estos sesgos afectan no solo la decisión judicial, sino también las condiciones materiales de reinserción y el ejercicio efectivo de derechos fundamentales.

47 Sánchez, 2025, pp. 9-10.

48 Carnevale, 2018, p. 2

Una cuarta categoría fundamental está constituida por los **sesgos algorítmicos**⁴⁹ que, surgen cuando los sistemas automatizados producen resultados sistemáticamente desfavorables para determinados grupos o individuos. A diferencia de los sesgos cognitivos, estos no se predicen directamente de la mente humana, sino del procesamiento de la información realizado por máquinas.

Los sesgos algorítmicos se manifiestan con especial intensidad en los sistemas de justicia predictiva que utilizan datos históricos para anticipar resultados futuros. En este contexto *...es crucial entender que el sesgo algorítmico no solo refleja prejuicios en datos históricos, sino que también puede amplificar desigualdades en el sistema judicial. Si los datos de entrenamiento tienen sesgos, los modelos predictivos tienden a reproducir esas disparidades, perpetuando un ciclo pernicioso que afecta a grupos marginados. Abordar este sesgo implica corregir datos históricos y diseñar algoritmos conscientes de la equidad para contrarrestar tendencias discriminatorias.*⁵⁰ El riesgo no reside únicamente en el error técnico, sino en la **naturalización del resultado algorítmico** como criterio de decisión.

Finalmente, una quinta categoría transversal está constituida por los **sesgos institucionales o estructurales**, que no se reducen ni a la cognición individual ni a la tecnología, sino que emergen del modo en que las instituciones organizan la producción de conocimiento. Estos sesgos se manifiestan, por ejemplo, en la presión por la eficiencia, en la priorización de determinados indicadores cuantitativos o en la adopción acrítica de herramientas tecnológicas, temas que lamentablemente están pre-

49 Barocas; Hardt; Narayanan, 2023; Mehrabi et.al., 2019.

50 Saavedra; Jáuregui; Bustamante, 2023, p. 87.

sententes en muchos sistemas de justicia latinoamericanos. Como se ha advertido en directa relación con el tema aquí desarrollado la ...*eficiencia puede ser diametralmente opuesta a la garantía de los derechos fundamentales de las partes.*⁵¹

Desde una perspectiva jurídica, esta clasificación no tiene un valor meramente descriptivo. Permite identificar qué tipo de sesgo está en juego en cada etapa del proceso y, sobre esa base, diseñar **mecanismos de prevención, mitigación y control** diferenciados. No todos los sesgos requieren las mismas respuestas normativas, ni producen los mismos efectos sobre la fiabilidad probatoria y el debido proceso. Precisamente por ello, la clasificación constituye el paso previo indispensable para su análisis y búsqueda de formas y métodos de detección y prevención.

La calificación de los sesgos constituye un momento decisivo en el tránsito desde la descripción empírica del fenómeno hacia su relevancia normativa. No basta con identificar que un sesgo existe; es necesario determinar **qué consecuencias jurídicas produce, qué nivel de riesgo introduce y qué deberes activa para el sistema de justicia.** Desde esta perspectiva, la calificación es una **tarea jurídica** orientada a evaluar el impacto del sesgo sobre la fiabilidad de las decisiones judiciales y sobre los derechos fundamentales involucrados.

51 Botero; Guevara; Moreno, 2024, p. 184. Lautmann, 1972, llevó a cabo una investigación desde la perspectiva sociológica y estructural que, resultó ser pionera y muy reveladora de las prácticas institucionales en el sistema judicial alemán al momento en que los jueces deliberan y dictan sentencia. El autor no analizó los sesgos judiciales ni utilizó esa palabra como tal, en el sentido psicológico o cognitivo moderno, pero sí describió claramente fenómenos equivalentes, tales como: factores extra-jurídicos; discreción y selección interpretativa.

Un primer eje de calificación es el **riesgo**, entendido como la probabilidad de que el sesgo conduzca a decisiones injustas o discriminatorias. En el ámbito de la justicia digital, este riesgo no se limita al error individual, sino que puede adquirir un carácter estructural. Así, se ha advertido que los sistemas de inteligencia artificial utilizados en contextos decisorios pueden presentar deficiencias de fiabilidad y tener resultados discriminatorios basados en sesgos,⁵² especialmente cuando operan sobre datos sensibles o inferencias emocionales. Desde una perspectiva jurídica, el riesgo se vuelve relevante cuando la probabilidad de error supera el umbral de tolerancia del Estado de Derecho, obligando a reforzar los mecanismos de control y revisión.

Un segundo criterio es la **intensidad** del sesgo, que refiere al grado de influencia que este ejerce sobre el proceso decisorio. La intensidad no depende únicamente del tipo de sesgo, sino también del grado de dependencia del decisor respecto de la información sesgada. En este sentido, la literatura sobre justicia predictiva ha mostrado que cuando los algoritmos son utilizados como herramientas de orientación decisoria, existe el peligro de que se transformen en **criterios determinantes**. Se ha señalado que *...la proliferación desmesurada de la automatización ... conlleva el riesgo inherente de erosionar la esencia humana y ética en la gestión de conflictos legales.*⁵³ Jurídicamente, un sesgo de alta intensidad exige un estándar de motivación reforzado, pues condiciona de manera decisiva el resultado del proceso.

52 Sundblad; Salaya, 2025, p. 122.

53 Saavedra; Jáuregui; Bustamante, 2023, p. 88.

La **etapa procesal** en la que el sesgo se manifiesta constituye un tercer criterio de calificación. No es lo mismo que un sesgo opere en la fase de investigación, en la admisión de la prueba o en la sentencia en la etapa de juicio. En la fase investigativa, los sesgos pueden afectar la selección de los hechos relevantes, produciendo un efecto acumulativo difícil de revertir. En este contexto, la tecnología puede generar incoherencias en el sistema judicial en lugar de corregirlas.⁵⁴ Desde el punto de vista jurídico, los sesgos tempranos son especialmente graves, pues contaminan el proceso probatorio desde su origen.

Un cuarto eje central de calificación está constituido por los **derechos fundamentales afectados**. La relevancia jurídica de un sesgo aumenta en la medida en que compromete garantías estructurales del proceso. En el caso de los sesgos algorítmicos, la afectación suele ser múltiple: derecho de defensa, igualdad de armas, presunción de inocencia y prohibición de discriminación. Como se ha señalado *...las decisiones judiciales deben ser comprensibles para las partes involucradas, y el uso de sistemas algorítmicos opacos puede obstaculizar este entendimiento, con lo cual se termina desafiando la garantía de un juicio justo.*⁵⁵ Esta afectación directa al derecho de defensa convierte al sesgo en un problema constitucional y no meramente técnico.

Un quinto criterio de calificación es la **detectabilidad** del sesgo. Desde el punto de vista jurídico, un sesgo difícilmente detectable resulta más grave que uno fácilmente identificable, pues limita la posibilidad de reacción procesal. En el ámbito de la inteligencia artificial se ha advertido que *...si no se cuenta con la información necesaria,*

54 Cernada, 2024, p. 45.

55 Botero; Guevara; Moreno, 2024, p. 195.

*la posibilidad de acceder y tener las explicaciones adecuadas para comprender el funcionamiento del algoritmo, sus objetivos y sus resultados, será difícil detectar la existencia de una posible discriminación.*⁵⁶ Esta dificultad probatoria justifica la inversión de cargas argumentativas o la exigencia de transparencia reforzada cuando se utilizan sistemas automatizados.

Finalmente, la calificación jurídica debe atender a la **mitigabilidad** del sesgo, esto es, a la posibilidad real de reducir sus efectos mediante medidas normativas, procesales o institucionales. En este punto, adquiere especial relevancia la advertencia de que la falta de acción frente a riesgos conocidos no es neutra. Desde una perspectiva jurídica, la mitigabilidad no solo mide la gravedad del sesgo, sino también la **responsabilidad institucional** frente a su persistencia.

En suma, la calificación jurídica de los sesgos permite traducir un fenómeno complejo en **criterios normativos operativos**, orientados a determinar cuándo un sesgo resulta jurídicamente intolerable y exige la activación de garantías reforzadas. No se trata de erradicar toda posibilidad de error, sino de identificar y controlar aquellos sesgos que, por su riesgo, intensidad, etapa de manifestación y derechos afectados, comprometen la legitimidad misma de la decisión judicial.

La era judicial digital no ha eliminado los sesgos que históricamente han afectado la toma de decisiones judiciales; por el contrario, ha modificado su forma de manifestación y, en muchos casos, ha incrementado su impacto. La incorporación de tecnologías digitales, sistemas de inteligencia artificial y herramientas de justicia

56 Sánchez Martínez, 2025, p. 22.

predictiva ha introducido nuevos factores de riesgo que transforman los sesgos individuales en **sesgos estructurales**, dotados de mayor estabilidad, alcance y legitimidad aparente.

Uno de los principales cambios introducidos por la digitalización de la justicia es el desplazamiento del sesgo desde la esfera visible del razonamiento humano hacia **procesos técnicos opacos**. Mientras que los sesgos cognitivos tradicionales podían, al menos en teoría, ser contrarrestados mediante técnicas procesales como la contradicción, la deliberación colegiada o la exigencia de motivación, los sesgos incorporados en sistemas algorítmicos resultan mucho más difíciles de identificar y cuestionar. En este sentido, se ha advertido que *...la opacidad supone un obstáculo determinante para identificar y solucionar los problemas de discriminación algorítmica... los algoritmos de aprendizaje automático operan como cajas negras que no permiten una trazabilidad y explicación completa de sus resultados... es posible que se ignoren los datos que se utilizan, el sistema de correlaciones establecido, los códigos o el valor de los distintos factores que han podido ser determinantes para alcanzar un determinado objetivo.*⁵⁷ Esta opacidad afecta directamente la posibilidad de ejercer un control judicial efectivo.

La digitalización también contribuye a la **amplificación de sesgos preexistentes**. Los sistemas de justicia predictiva y de análisis automatizado se entrenan con datos históricos que reflejan prácticas institucionales pasadas, muchas de ellas atravesadas por desigualdades estructurales. En este contexto, los sesgos dejan de ser episodios aislados para convertirse en patrones replicables.

57 Sánchez, 2025, p. 22.

La tecnología, lejos de corregir estas distorsiones, puede reforzarlas bajo una apariencia de neutralidad.

Otro rasgo distintivo de la era judicial digital es la **tendencia a la delegación decisoria**. El uso de sistemas automatizados como herramientas de apoyo puede generar una dependencia excesiva del resultado técnico, dando lugar al denominado sesgo de automatización. En palabras de la doctrina *...se tiende a mantener la creencia de que los resultados de los procesos matemáticos son objetivos, carentes de elementos subjetivos y valorativos y, por ello, tienden a ser aceptados de manera acrítica.*⁵⁸ Desde una perspectiva jurídica, esta aceptación acrítica resulta problemática, pues debilita la función deliberativa del juez y transforma la herramienta en un criterio de decisión encubierto.

La era digital también introduce **nuevas formas de sesgo vinculadas a la anticipación del comportamiento futuro**. Los sistemas predictivos no se limitan a analizar hechos pasados, sino que proyectan probabilidades sobre conductas futuras, como la reincidencia o el riesgo procesal. Este desplazamiento plantea tensiones profundas con principios básicos del Derecho penal y procesal penal. Como se ha advertido, *...la capacidad de anticipar intenciones o comportamientos antes de que se manifiesten plantea serias preocupaciones éticas en torno al control, la libertad individual y la presunción de inocencia.*⁵⁹ En estos casos, el sesgo no opera solo sobre la valoración de la prueba, sino sobre la propia concepción de la responsabilidad penal.

Asimismo, la digitalización de la justicia incide en la **persistencia y difusión del estigma**, generando efectos sesgados más allá del proceso judicial. La accesibi-

58 Sánchez, 2025, p. 21.

59 Sundblad; Salaya, 2025, p. 118.

lidad permanente de información penal en entornos digitales transforma el castigo en un fenómeno potencialmente perpetuo.

Desde una perspectiva institucional, la era judicial digital también ha intensificado la **presión por la eficiencia**, lo que puede favorecer la tolerancia de sesgos en aras de la rapidez procesal. Como se ha advertido en el contexto europeo, existe un sesgo ideológico en la definición de una justicia eficiente que, puede conducir a sacrificar garantías procesales en nombre de la productividad.⁶⁰ Esta orientación resulta especialmente peligrosa cuando se combina con tecnologías que prometen soluciones rápidas pero opacas.

Finalmente, la transformación de los sesgos en la era judicial digital plantea una cuestión de **responsabilidad institucional**. La digitalización no exime al sistema de justicia de su deber de garantizar decisiones fiables, imparciales y respetuosas de los derechos fundamentales; por el contrario, **incrementa la exigencia de control, transparencia y rendición de cuentas**.⁶¹

En la era judicial digital, el rol del juez se ve necesariamente reforzado: ya no basta con un control formal de legalidad, sino que se impone un control epistémico y crítico de los procesos de producción y valoración de la información, especialmente cuando intervienen sistemas algorítmicos o predictivos. Reconocer los sesgos, evaluar su impacto y adoptar medidas para mitigarlos no constituye una opción discrecional, sino una condición indispensable para preservar la legitimidad del sistema de justicia en el contexto tecnológico actual.

60 Cf. Cernada, 2024, p. 47.

61 Vid. Páez, 2021, p. 193.

5. Eficiencia y garantías en la era digital

En el proceso penal contemporáneo, la exigencia de eficiencia (respuesta pronta, investigación eficaz, reducción de mora, uso racional de recursos) debe convivir necesariamente con un núcleo indisponible de garantías: juez imparcial, defensa efectiva, contradictorio, publicidad, motivación y control de la coerción estatal. No obstante, cómo hemos visto en este artículo, la era digital no elimina la tensión, más bien la intensifica. La promesa de “automatizar” u “optimizar” pone en riesgo de que se desplacen estándares del debido proceso o que se acepten medidas invasivas bajo la lógica de la urgencia.

Desde el estándar interamericano y universal, la eficiencia del sistema no puede convertirse en criterio único de legitimidad: el “plazo razonable” es un deber estatal, pero no autoriza la vulneración de otras garantías que son igualmente esenciales.⁶²

El desafío es metodológico, ya que es necesario evaluar medidas de eficiencia digital con un “test de garantías” que exija (i) base legal clara, (ii) finalidad legítima, (iii) idoneidad probada, (iv) necesidad frente a alternativas menos lesivas, y (v) proporcionalidad en sentido estricto, con motivación verificable. Este test sería la forma de dar vigencia a los derechos fundamentales.⁶³

La digitalización aporta herramientas concretas, por ejemplo, expediente electrónico, notificaciones, agenda

62 Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

63 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (s. f.). Article 52; Consejo de Europa. (s. f.). Articles 8-11. ECHR Toolkit; TEDH, *Ruiz Torija v. Spain*, App. No. 18390/91, 9 dic. 1994.

inteligente, gestión de audiencias, análisis de cargas, etc. Sin embargo, la “eficiencia” debe medirse con indicadores compatibles con el debido proceso ya que no basta con resolver más rápido si se reduce la calidad de la decisión o se impide el control contradictorio.⁶⁴

Un ejemplo paradigmático es la audiencia por videoconferencia. Puede reducir traslados y riesgos, facilitar la participación de víctimas o testigos vulnerables, y evitar suspensiones por logística. Pero también puede afectar intermediación, confidencialidad defensor-imputado, calidad del interrogatorio, intermediación del tribunal y publicidad efectiva. La técnica es un medio, la pregunta es si el diseño preserva el contradictorio y la igualdad de armas.⁶⁵

En términos de “plazo razonable” la jurisprudencia interamericana exige considerar al menos la complejidad del asunto, la conducta de las autoridades, la actividad procesal de la persona interesada y el impacto del tiempo en su situación jurídica;⁶⁶ por ello, la gestión digital debe orientarse a evitar demoras estructurales (mora sistémica) y no a desplazar la carga de la lentitud hacia la defensa.

En otro orden de ideas, la prueba digital no es “una prueba más”, ya que su volatilidad, facilidad de alteración y dependencia de entornos técnicos rigurosos exige protocolos robustos de preservación, documentación y verificación. La cadena de custodia debe registrar quién accede, cuándo, cómo, con qué herramienta y con qué controles de integridad (hashes, bitácoras auditables), de modo

64 Consejo de Europa, “Revised SATURN Guidelines for judicial time management”, 2026.

65 Consejo de Europa, “Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings”.

66 Corte IDH, Caso Bayarri vs. Argentina, 30 oct. 2008.

que el tribunal pueda reconstruir el camino probatorio sin apelar a fe ciega en la pericia.⁶⁷

En la evidencia digital, la fiabilidad comienza con la integridad, por lo que la identificación, la recolección, la adquisición y la preservación deben ser verificables.⁶⁸

El estándar comparado subraya además la necesidad de buenas prácticas uniformes para recolección y preservación de evidencia electrónica, incluyendo el empleo de normas técnicas (p. ej., guías sobre identificación, adquisición y preservación) y la actualización constante de manuales frente a nuevas modalidades delictivas y nuevos formatos (mensajería efímera, cifrado de extremo a extremo, nube, etc.).⁶⁹

La cooperación internacional agrega un aspecto crítico: pedidos de conservación urgente, órdenes transfronterizas, y acceso a datos en poder de proveedores. La respuesta eficiente no puede ignorar las garantías debiendo asegurarse los temas de competencia, control judicial, motivación y principios de necesidad y proporcionalidad.⁷⁰

Por su parte, los sistemas algorítmicos aparecen en múltiples capas: priorización de casos, detección de patrones, análisis de grandes volúmenes de datos, reconocimiento facial, predicción de riesgo, y herramientas de

67 UNESCO & IAP, 2025.

68 ISO/IEC 27037:2012 ofrece guías internacionales para estas etapas, enfatizando documentación, preservación y trazabilidad del proceso de manejo de evidencia digital.

69 Consejo de Europa, Programa iPROCEEDS, 2022; United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC).

70 Consejo de Europa, Convenio sobre Ciberdelincuencia.

apoyo a decisiones. En lo penal, el riesgo no es solo un “error técnico”; es un error con consecuencias en la libertad de las personas. Por eso, antes de usar un modelo, se requiere evidencia de validez (qué mide, con qué margen de error), de generalización (si funciona en poblaciones distintas), y de gobernanza (quién responde por fallos).⁷¹

Desde la perspectiva regulatoria, la Unión Europea clasifica como “alto riesgo” ciertas aplicaciones de IA vinculadas con el sistema de justicia y exige obligaciones de gestión de riesgos, calidad de datos, documentación, transparencia y supervisión humana. Aunque no sea directamente aplicable en otras jurisdicciones, funciona como parámetro comparado para diseñar controles mínimos.⁷²

El control judicial debe enfrentar además el problema de la “caja negra” y la propiedad intelectual. La experiencia comparada muestra que, cuando una herramienta de evaluación de riesgo incide en la sentencia o en decisiones sobre la libertad, el tribunal debe exigir información suficiente para permitir el contradictorio, o limitar su peso probatorio a lo estrictamente verificable.⁷³

Por último, la discusión ya adelantada en páginas anteriores sobre los sesgos algorítmicos no desplaza el viejo problema de sesgos humanos, lo complementa. Una política de garantías en la era digital debe reconocer que

71 Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación CM/Rec (2020)1 sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en derechos humanos; NIST 2023.

72 Unión Europea, 2024.

73 Supreme Court of Wisconsin, *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) <https://www.wicourts.gov/sc/opinion/Display-Document.pdf?content=pdf&seqNo=171232>

jueces, fiscales, policías y peritos operan con heurísticas y sesgos cognitivos, y que, por ejemplo, los sistemas automatizados pueden amplificar desigualdades preexistentes si se entrenan con datos que reflejan prácticas históricamente discriminatorias.⁷⁴

En biometría, la cuestión no es solo estadística; es constitucional. El acopio masivo de datos biométricos y su uso para vigilancia puede implicar injerencias graves en la vida privada, presunción de inocencia y libertad de asociación, especialmente cuando la tecnología permite identificación en espacios públicos a gran escala.⁷⁵

Los tribunales de Reino Unido también han advertido sobre el marco legal insuficiente y los riesgos de discriminación en reconocimientos faciales. El precedente británico sobre reconocimiento facial automático destaca la necesidad de políticas claras, límites en materia de privacidad, protección de datos y derechos humanos, como salvaguardas contra la arbitrariedad.⁷⁶

La eficiencia puede ser constitucionalmente relevante (evitar dilaciones indebidas y mejorar acceso), pero no es un fin absoluto. El debido proceso debe operar como un límite estructural.

74 Rachlinski, 2009; Barocas et.al, 2023.

75 TEDH, S. and Marper v. United Kingdom (GC), demandas núm. 30562/04 y 30566/04, Sentencia de 04/12/2008 (retención de perfiles de ADN y huellas; privacidad). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051>

76 England and Wales Court of Appeal, R (Bridges) v Chief Constable of South Wales Police [2020] EWCA Civ 1058. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/R-Bridges-v-CC-South-Wales-Police.pdf>

En el Sistema Interamericano, en casos vinculados con tecnologías de vigilancia/intercepción, la Corte IDH ha analizado la legalidad, finalidad legítima, necesidad y proporcionalidad de la injerencia, resaltando el papel del control judicial y de recursos efectivos.⁷⁷

6. Algunas reflexiones finales

Un proceso penal digital puede ser simultáneamente más eficiente y garantista cuando incrementa trazabilidad, control y acceso. Pero ello requiere asumir que la tecnología no es neutral ya que incorpora decisiones de diseño, datos históricos y márgenes de error. En consecuencia, la era digital exige un control judicial más intenso, motivación reforzada y un contradictorio técnicamente informado.

La eficiencia en el proceso penal no es un valor autónomo, ya que se trata de un deber instrumental subordinado a las restantes garantías. La era digital ofrece oportunidades reales (gestión del tiempo, trazabilidad, acceso a información), pero también riesgos de opacidad, error y discriminación. El núcleo de la respuesta es un control judicial reforzado y técnicamente informado, ya que la tecnología debe ser sometida al contradictorio y a la motivación, con estándares de fiabilidad y proporcionalidad. Solo así la modernización será compatible con el debido proceso y con un Derecho penal centrado en la dignidad humana.

La inserción de lo tecnológico y lo digital en la justicia debe permitir la posibilidad del contradictorio, a saber, acceso a información relevante, posibilidad real de impugnar (incluida la contra pericia), y motivación que

77 Corte IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, 2009.

explique por qué una herramienta es confiable para el caso concreto.⁷⁸

Un esquema práctico de control judicial para tecnologías (prueba digital, biometría, IA de apoyo) puede estructurarse en cuatro tipos: (1) legalidad y competencia; (2) calidad técnica mínima (validación, márgenes de error, condiciones de uso); (3) garantías procesales (descubrimiento, contradicción, defensa efectiva); y (4) proporcionalidad (impacto en derechos y alternativas). Cada una debe quedar reflejada en una motivación explícita, susceptible de revisión. Tendríamos así un modelo de control judicial reforzado: motivación, transparencia, posibilidad de contradicción y proporcionalidad.

En medidas de acceso a datos y vigilancia, la experiencia comparada insiste en que la tecnología no reduce el estándar, más bien lo eleva. Si la capacidad de inferencia se multiplica (p. ej., ubicación histórica, redes de contacto), la justificación debe ser más exigente, con control judicial previo salvo excepciones justificadas y con límites temporales y materiales estrictos.⁷⁹

En un Derecho penal humano, ninguna herramienta debe reducir a la persona a un perfil o a una probabilidad. La eficiencia legítima es la que opera al servicio del debido proceso y de los derechos fundamentales; fuera de ese marco, se convierte en deshumanización del poder penal.

Lo descrito es coherente con una concepción de “Derecho penal humano” que entiende al proceso como lí-

78 TEDH. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights.

79 Supreme Court of the United States, *Carpenter v. United States*, 585 U.S. 285, 2018. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_h315.pdf

mite del poder punitivo y no como simple canal de eficiencia estatal.⁸⁰

7. Bibliografía

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2019). Facial recognition technology: Fundamental rights considerations in the context of law enforcement. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-facial-recognition-technology-focus-paper.pdf

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (s. f.). Article 52—Scope and interpretation of rights and principles. <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/52-scope-and-interpretation-rights-and-principles>

Alfaro Valverde, Luis. (2024). Prueba informática: El problema de su fiabilidad. *IUS ET VERITAS*, No. 68, 66-79. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202401.005>

Association of Chief Police Officers of England, Wales & Northern Ireland (ACPO). (2012). Good practice guide for digital evidence (v. 5.0). https://www.digital-detective.net/digital-forensics-documents/ACPO_Good_Practice_Guide_for_Digital_Evidence_v5.pdf

Ávila Paz de Robledo, R. A. (2024). Proceso judicial digital e inteligencia artificial: Nuevos horizontes. *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, (22), 130-149. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/article/view/44571>

80 Zaffaroni, 2016.

- Barak, Aharon. (1989). *Judicial discretion*. Yale University Press.
- Barocas, Solon; Hardt, Moritz & Narayanan, Arvind. (2023). *Fairness and machine learning: Limitations and opportunities*. MIT Press.
- Benlloch Domènech, Cristina & Sarrión Esteve, Joaquín. (2022). Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (46). <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n46/1405-9193-cconst-46-3.pdf>
- Botero Chica, Luis Alfonso, Guevara Flórez, Lady Juliana, & Moreno Mosquera, Victor Julián. (2024). El impacto de las tecnologías en el proceso judicial: Una mirada a partir de los conceptos de juez digital y debido proceso. *Novum Jus*, 18(3), 181–207.
- Carnevale, Carlos. (2018). El estigma de los antecedentes penales en la era digital. *Revista Pensamiento Penal*, 1-19. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47252-estigma-antecedentes-penales-era-digital>
- Cernada Badía, Rosa. (2024). Derecho fundamental al debido proceso y presupuestos europeos: El rol de la Unión Europea en apoyo a la eficiencia digital de la justicia. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (21), 42-69. <https://idibe.org/wp-content/uploads/2024/08/42-69.pdf>
- Chemerinsky, Erwin. (1999). Substantive due process. *Touro Law Review*, 15(4), 1501-1534. <https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol15/iss4/15/>
- Comité de Derechos Humanos (ONU). (2007). Observación general núm. 32: El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio im-

parcial (CCPR/C/GC/32). <https://digitallibrary.un.org/record/606075>

Consejo de Europa. (s. f.). ECHR toolkit: Articles 8-11. <https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/les-articles-8-a-11>

Consejo de Europa. (2001). Convention on Cybercrime (Budapest Convention) (ETS No. 185). <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>

Consejo de Europa, Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ). (2018). European ethical charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment. <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>

Consejo de Europa, Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ). (2021). Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings (CEPEJ(2021)4). <https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-video-conference-en/1680a2c2f4>

Consejo de Europa, Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ). (2021). Revised SATURN guidelines for judicial time management (4th rev.) (CEPEJ(2021)13). <https://rm.coe.int/cepej-2021-13-en-revised-saturn-guidelines-4th-revision/1680a4cf81>

Consejo de Europa, Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ). (2021). Guidelines on electronic court filing (e-filing) and digitalisation of courts (CEPEJ(2021)15). <https://rm.coe.int/cepej-2021-15-en-e-filing-guidelines-digitalisation-courts/1680a4cf87>

- Consejo de Europa. (2020). Recomendación CM/Rec(2020)1 del Comité de Ministros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en derechos humanos. <https://rm.coe.int/09000016809e1154>
- Consejo de Europa. (2021). Second additional protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence. <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/second-additional-protocol>
- Consejo de Europa. (2022). iPROCEEDS-2: Launching of the electronic evidence guide v. 3.0. <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/-/iproceeds-2-launching-of-the-electronic-evidence-guide-v-3-0>
- Consejo de Europa. (2024). Framework convention on artificial intelligence and human rights, democracy and the rule of law. <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence>
- Constitution Annotated. (Library of Congress). https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt5-5-1/ALDE_00013721/
- Cornell Law School, Legal Information Institute. (s. f.). Substantive due process. Wex. https://www.law.cornell.edu/wex/substantive_due_process
- Cortada de Kohan, N. (2008). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *International Journal of Psychological Research*, 1(1), 68-73. <https://doi.org/10.21500/20112084.968>
- Culp, Davis Kenneth. (1979). Discretionary justice: A preliminary inquiry. Louisiana State University Press.
- De Asís Pulido, M. (2023). Hacia un derecho al debido proceso tecnológico. *Revista Derechos Humanos y*

- Educación, (7), 139–159. <https://revistaderechoshumanosyeducacion.es/index.php/DHED/article/view/119>
- Dror, Itiel, Charlton, David, & Péron, Ailsa. (2006). Contextual information renders experts vulnerable to making erroneous identifications. *Forensic Science International*, 156(1-2), 74-78. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2005.10.017>
- Engisch, Karl. (1997). *Einführung in das juristische Denken* (9. Aufl.). W. Kohlhammer.
- Ester Sánchez, Antonio Tirso. (2023). El desafío de la Inteligencia Artificial a la vigencia de los derechos fundamentales. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (48), 111–139. <https://turia.uv.es/index.php/CEFD/article/download/25863/pdf>
- European Court of Human Rights (Registry). (2025). Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights - Right to a fair trial (criminal limb). Council of Europe. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_6_criminal_eng?utm_source=chatgpt.com
- García Ramírez, Sergio. (2007). El debido proceso en materia penal bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (marco general). En García Ramírez Sergio & Islas de González Mariscal, Olga (Coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal: Proceso penal y justicia penal internacional* (T. I, pp. 443-454). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Gatgens Gómez, E. (2014). La irracionalidad en el Derecho Procesal Penal: Sobre la libre convicción y la sana crítica “racional”. *Revista Digital de la Maestría*

- en Ciencias Penales, (6). <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15820>
- Growns, Bethany, & Martire, Kristy. (2020). Human factors in forensic science: The cognitive mechanisms that underlie forensic feature-comparison expertise. *Forensic Science International: Synergy*, 2, 148–153. <https://doi.org/10.1016/j.fsisy.2020.05.001>
- Guthrie, Chris, Rachlinski, Jeffrey, & Wistrich, Andrew. J. (2007). Blinking on the bench: How judges decide cases. *Cornell Law Review*, 93(1), 1-43. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1675&context=facpub>
- Haba, Enrique Pedro. (2003). El espejismo de la interpretación literal: Encrucijadas del lenguaje jurídico (t. I). San José, Costa Rica.
- Hirschberg, Lothar. (1981). *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Otto Schwartz & Co.
- International Organization for Standardization, & International Electrotechnical Commission. (2012). *Information technology-Security techniques-Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence (ISO/IEC 27037:2012)*. <https://www.iso.org/standard/44381.html>
- Jellinek, Walter. (1964). *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*. Aalen.
- Kassin, Saul; Dror, Itiel, & Kukucka, Jeff. (2013). The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2(1), 42-52. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2013.01.001>
- Koch, Hans-Joachim. (1979). Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungs-

- recht: Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung. Frankfurt am Main.
- Kunda, Ziva. (1990). The case for motivated reasoning. *Psychological Bulletin*, 108(3), 480-498. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.108.3.480>
- Lautmann, Rüdiger. (1972). *Justiz – die stille Gewalt: Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*. Frankfurt am Main.
- Llobet, Javier. (2012). El debido proceso en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, (4), 241-288.
- Mehrabi, Ninareh; Morstatter, Fred; Saxena, Nripsuta; Lerman, Kristina; Galstyan, Aram. (2021). A survey on bias and fairness in machine learning. *ACM Computing Surveys*, 54(6), 1-35. <https://doi.org/10.1145/3457607>
- Mir Puigpleat, Oriol. (2025). Los sesgos en la investigación del Derecho público. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 12, 7-42.
- National Archives and Records Administration. (s. f.). *Bill of Rights: A transcription*. <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>
- National Institute of Standards and Technology. (2006). *Guide to integrating forensic techniques into incident response (Special Publication 800-86)*. <https://doi.org/10.6028/NIST.SP.800-86>
- National Institute of Standards and Technology. (2019). *Face recognition vendor test (FRVT) part 3: Demographic effects (NISTIR 8280)*. <https://doi.org/10.6028/NIST.IR.8280>

- National Institute of Standards and Technology. (2023). Artificial intelligence risk management framework (AI RMF 1.0) (NIST AI 100-1). <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ai/NIST.AI.100-1.pdf>
- National Research Council. (2009). Strengthening forensic science in the United States: A path forward. The National Academies Press. <https://doi.org/10.17226/12589>
- Nickerson, Raymond. (1998). Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, 2(2), 175-220. <https://doi.org/10.1037/1089-2680.2.2.175>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2019). OECD. AI principles / recommendation on AI. <https://oecd.ai/en/principles>
- Páez, Andrés. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. En M. Arena, J. Luque & J. Moreno Cruz (Coords.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 187-221). Universidad Externado de Colombia.
- Parasuraman, Raja; Riley, Victor. (1997). Humans and automation: Use, misuse, disuse, abuse. *Human Factors*, 39(2), 230-253. <https://doi.org/10.1518/001872097778543886>
- President's Council of Advisors on Science and Technology. (2016). Forensic science in criminal courts: Ensuring scientific validity of feature-comparison methods. https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_forensic_science_report_final.pdf
- Rabin, Matthew, & Schrag, Joel L. (1999). First impressions matter: A model of confirmatory bias. *The*

- Quarterly Journal of Economics, 114(1), 37–82. <https://doi.org/10.1162/003355399555945>
- Rachlinski, Jeffrey; Johnson, Sheri; Wistrich, Andrew; Guthrie, Chris. (2009). Does unconscious racial bias affect trial judges? *Notre Dame Law Review*, 84(3), 1195–1246. <https://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2013/07/Rachlinski.pdf>
- Rallo Lombarte, Artemi. (2017). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet. *Teoría y Realidad Constitucional*, (39), 583–610. <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19102>
- Röhl, Klaus. (2001). *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch* (2. Aufl.). Carl Heymanns Verlag.
- Rudas Murga, Cyntia Raquel; Cajahuanca Cadillo, y Gersíño Walter. (2025). Ciencias jurídicas en la era digital: Revisión sistemática sobre innovaciones y desafíos legales actuales. *Revista en Ciencias de la Educación y Ciencias Jurídicas*, 5(12), 43–58.
- Rüthers, Bernd. (2009). *Teoría del Derecho: Concepto, validez y aplicación del derecho* (M. Salas, Trad.). Editorial Ubijus.
- Saavedra Vera, César Orlando; Jáuregui Bustamante, Kelly del Rosario; Arista Bustamante, Luis Leoncio. (2023). La incidencia del sesgo algorítmico en la justicia predictiva del sistema judicial. *Revista Tzhoeoen*, 15(2), 79–97. <https://doi.org/10.26495/tzh.v15i2.2592>
- Sánchez Martínez, M.^a Olga. (2025). Brechas digitales y sesgos en la inteligencia artificial: ¿Una nueva forma de discriminación? *Universitas*, (47), 5–38.

- Schünemann, Bernd. (1993). Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht. En F. Haft, W. Hassemer, U. Neumann, W. Schild & U. Schroth (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag* (pp. 299–320). Heidelberg.
- Simon, Herbert. (1955). A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99–118. <https://doi.org/10.2307/1884852>
- Skitka, Linda; Mosier, Kathleen; Burdick, Mark. (1999). Does automation bias decision-making? *International Journal of Human-Computer Studies*, 51(5), 991–1006. <https://doi.org/10.1006/ijhc.1999.0252>
- Sundblad, Gloria María; Salaya Kalierof, Ryan. (2025). Neuroderechos: Desafíos éticos y normativos en la era digital. *Revista de l'Institut d'Estudis Europeus*, 4(2), 112–141. <https://revistes.uab.cat/quadernssee/article/view/v4-n2-sundblad-salaya>
- Tversky, Amos; Kahneman, Daniel. (1974). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 185(4157), 1124–1131. <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>
- UNESCO. (2021). Recommendation on the ethics of artificial intelligence. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455.locale=en>
- UNESCO, & International Association of Prosecutors (IAP). (2025). Directrices para fiscales sobre la recopilación de pruebas digitales de conformidad con las normas internacionales sobre libertad de expresión y privacidad. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000395060_spa

- United Nations Office on Drugs and Crime. (s. f.). Standards and best practices for digital forensics (E4J: Cybercrime Module 4). <https://www.unodc.org/e4j/en/cybercrime/module-4/key-issues/standards-and-best-practices-for-digital-forensics.html>
- Unión Europea. (2024). Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act). Diario Oficial de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng>
- Vázquez Rojas, Carmen. (2014). Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24, 65–73. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4843440>
- Vorms, Marion. (2021). Bayes and biases: Questioning the ‘confirmation bias’. *Revue de métaphysique et de morale*, 112(4), 567–590.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (1998). En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Editorial Temis.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2006). El enemigo en el derecho penal. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. <https://sc1da1df4737db33e.jimcontent.com/download/version/1461209962/module/5672368113/name/El%20enemigo%20en%20el%20Derecho%20Penal.pdf>
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2012). Criminología mediática. En *La cuestión criminal*. Editorial Planeta.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2016). Derecho penal humano y poder en el siglo XXI. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). <https://inej.net/publicaciones/derecho-penal-humano.pdf>

EL PROCESO PENAL EN TRANSICIÓN HACIA UNA JUSTICIA INTELIGENTE Y HUMANA

María Eugenia López Arias¹

Nos encontramos hoy en un momento decisivo para el Derecho procesal penal. No estamos simplemente ante la incorporación de nuevas herramientas tecnológicas a un sistema que ya existe; estamos frente a la necesidad de repensar, desde sus bases más profundas, la forma en que el Estado responde al conflicto penal. La transformación que vivimos no es solo técnica. Es una transformación cultural, institucional y, sobre todo, profundamente ética.

El proceso penal, tal como fue concebido durante buena parte del siglo XX, respondía a una lógica analógica: tiempos largos, información escasa y una centralidad casi absoluta del expediente físico. Ese modelo funcionó en su momento, pero hoy resulta claramente insuficiente para responder a una sociedad marcada por la inmediatez, la hiperconectividad y una demanda creciente de transparencia, eficacia y respuestas oportunas.

La llamada cuarta revolución industrial ha impactado de manera directa en la administración de justicia. La digitalización de la vida social, la sobreabundancia de datos y la automatización de procesos han cambiado radicalmente las expectativas ciudadanas frente al sistema judicial. Sin embargo, este nuevo escenario nos obliga a

1 Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal, Panamá.

hacer una advertencia fundamental: rapidez no es sinónimo de justicia, y tecnología no equivale automáticamente a progreso. Por eso, cuando hablamos de una justicia inteligente y humana, hablamos de una modernización consciente, no ciega, ni meramente instrumental. La tecnología debe estar al servicio del sentido del proceso penal, nunca sustituirlo.

Durante décadas, el proceso penal fue entendido, casi exclusivamente, como una maquinaria orientada al castigo. El éxito del sistema se medía por el número de sentencias condenatorias o por la severidad de las penas impuestas. Con el tiempo, esta visión reduccionista ha mostrado claramente sus límites. La acumulación de causas, la mora judicial, la sobrecarga administrativa y la frustración social evidencian que el modelo tradicional no logra resolver de manera adecuada el conflicto penal. En no pocos casos, el proceso termina amplificando el daño en lugar de repararlo, y la sentencia, aunque formalmente correcta, no restablece la paz social ni reconstruye los vínculos rotos.

El juez contemporáneo se enfrenta así a una paradoja compleja. Por un lado, se le exige mayor celeridad y eficiencia; por otro, se le sobrecarga con tareas administrativas que lo alejan de su función esencial: deliberar, garantizar derechos y decidir con fundamento jurídico y sensibilidad humana. En este contexto, la tecnología irrumpe como una oportunidad real, pero también como un riesgo. Digitalizar expedientes o celebrar audiencias virtuales es apenas un primer paso. Si la tecnología se limita a reproducir en formato digital los vicios del sistema burocrático tradicional no transforma la justicia; simplemente acelera su ineficiencia.

Por ello, hablar de justicia inteligente implica un cambio cualitativo. Supone utilizar de manera responsable

los datos que el propio sistema genera, para comprender cómo funciona, identificar patrones, detectar cuellos de botella y diseñar políticas judiciales basadas en evidencia. El análisis inteligente de la información permite planificar mejor, distribuir las cargas de trabajo de forma más equitativa y anticipar problemas estructurales. Esta forma de gestión no debilita la independencia judicial; al contrario, la fortalece, porque libera al juez de tareas mecánicas y le permite concentrarse en los aspectos sustantivos del caso.

En este marco aparece la inteligencia artificial como una herramienta de apoyo relevante. Su uso responsable puede contribuir a clasificar casos, sugerir precedentes, alertar sobre plazos críticos y optimizar tiempos procesales. Pero aquí es indispensable establecer límites claros. Ningún sistema automatizado puede sustituir la valoración judicial ni asumir decisiones que afectan derechos fundamentales. El riesgo no es tecnológico; es jurídico. Un algoritmo opaco, no auditable, compromete el derecho de defensa, el principio de contradicción y la motivación de las decisiones judiciales.

Por eso, toda incorporación de inteligencia artificial en el proceso penal debe cumplir exigencias básicas: transparencia, explicabilidad y control humano final. El juez no puede abdicar de su responsabilidad. La tecnología debe asistir, no reemplazar. Una justicia verdaderamente inteligente es aquella que utiliza herramientas avanzadas para potenciar la capacidad humana de decidir con justicia, no para delegar esa decisión en sistemas incomprensibles.

Ahora bien, la eficiencia, por sí sola, no legitima al sistema penal. La legitimidad surge cuando el proceso es capaz de restaurar confianza y contribuir a la convivencia social. Aquí aparece el segundo pilar de esta tran-

sición: la justicia humana. El conflicto penal no es solo una infracción normativa; es una ruptura de vínculos, de expectativas y de relaciones sociales. Detrás de cada expediente hay personas concretas, con historias, daños y responsabilidades que no siempre se resuelven mediante la imposición de una pena.

Una justicia humana comprende que la sentencia puede cerrar el expediente, pero no necesariamente el conflicto ni las heridas que este deja. Por eso, el paradigma exclusivamente punitivo resulta insuficiente. No todos los conflictos requieren castigo; muchos requieren reparación, diálogo y una responsabilización consciente. En este sentido, los mecanismos de justicia restaurativa y las soluciones dialogadas no deben verse como salidas excepcionales ni como signos de debilidad institucional, sino como expresiones de madurez del sistema penal.

La justicia restaurativa coloca a las personas en el centro del proceso. Involucra activamente a las partes, promueve soluciones tempranas y contribuye a reducir la reincidencia. El acuerdo restaurativo no es impunidad; es una forma distinta de asumir responsabilidad y de reconstruir el tejido social. Cuando el conflicto se gestiona de manera participativa, la solución suele ser más legítima y duradera que aquella impuesta de forma unilateral por el Estado.

En este nuevo escenario, el rol del juez también se transforma. Deja de ser un mero aplicador mecánico de la ley para convertirse en un garante de derechos y un constructor de paz social. La tecnología puede agilizar el trámite, pero solo la sensibilidad judicial puede dotar de sentido a la decisión. El juez de una justicia inteligente y humana debe saber cuándo utilizar herramientas tecnológicas y cuándo detenerse a escuchar, ponderar y comprender el impacto humano de su resolución.

Esta transición no es sencilla. Requiere inversión, formación continua y, sobre todo, valentía institucional para abandonar paradigmas arraigados. Implica aceptar que el proceso penal no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de la justicia material, la dignidad humana, la convivencia y la paz social. En este contexto, la tecnología no es un fin, sino un medio para acercar la justicia a las personas y garantizar su acceso efectivo. Aplicar la ley es un acto racional, hacer justicia es expresión del espíritu humano de igualdad ante la ley.

Desde Panamá, el compromiso con esta visión es claro. Apostar por la transformación digital no como una moda, sino como una herramienta para fortalecer el acceso a la justicia y la transparencia. Apostar por el uso ético de los datos, protegiendo la privacidad y evitando nuevas formas de discriminación. Y apostar, con la misma convicción, por una justicia que no pierda de vista su dimensión humana, que comprenda que la convivencia social se construye mejor reparando que castigando de manera indiscriminada.

Es conocido el efecto que tiene la justicia en el desarrollo de un país y, en particular, el que produce sobre la economía si su funcionamiento no es eficiente. En ese contexto, es evidente que la justicia será un elemento estratégico para la dinamización económica, en la medida en que su funcionamiento eficaz redunde en el fortalecimiento de la confianza.

Somos conscientes de que en la última década hemos tenido evolución en diversas normativas, entre ellas el Sistema Penal Acusatorio y el inicio de la implementación de un nuevo modelo de Justicia Civil; sin embargo, sin una administración de justicia moderna y eficaz, estas iniciativas se constriñen a un mero enunciado de deberes. Por ello, resulta necesario, entre otras acciones,

encarar la modernización de la gestión de los juzgados y tribunales.

Evaluando las experiencias de reformas en América Latina, muchos países que iniciaron la implementación de cambios estructurales sin incluir en sus planes los ingredientes relacionados con la informática y las tecnologías de la comunicación encontraron dificultades que, en algunos casos, comprometieron o retardaron las mejoras. Estos problemas afectan la confianza en el proceso de reforma y desalientan la moral pública.

Las estadísticas permiten certificar que los tribunales hoy día resuelven más casos de los que ingresan anualmente; sin embargo, debido a la mora judicial existente, debemos emprender nuevos mecanismos para brindar un servicio de justicia confiable y que proporcione seguridad jurídica.

En este contexto, resulta oportuno señalar que, a nivel comparado, diversos sistemas judiciales han comenzado a explorar el uso de herramientas basadas en inteligencia artificial como apoyo a la gestión judicial, particularmente en tareas administrativas, análisis estadístico, organización de expedientes y gestión de cargas de trabajo. Si bien en Panamá, la inteligencia artificial aún no tiene aplicación normativa ni operativa directa en el ámbito del derecho, su desarrollo constituye un referente útil para reflexionar sobre los desafíos y oportunidades que enfrentará la administración de justicia en el mediano y largo plazo, siempre bajo los principios de legalidad, transparencia y control humano.

En el año 2009, en mi calidad de Magistrada del Tribunal Superior de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, fue esta la primera jurisdicción donde se implementó con éxito el Expediente Judicial Electrónico. Tuve

la oportunidad de evidenciar los enormes esfuerzos que adelanta el Órgano Judicial con el objetivo primordial de modernizar la administración de justicia, habilitando canales digitales para iniciar una demanda, intercambiar documentos procesales y realizar consultas de expedientes las 24 horas del día, durante todo el año y desde cualquier dispositivo con acceso a Internet. En el transcurrir de los años, pude comprobar la efectividad alcanzada con la incorporación de la tecnología en el quehacer judicial, por lo cual reitero, la implementación de inteligencia artificial en el proceso penal es posible.

Así, se impregnó mayor celeridad a los procesos y se logró llevar los tribunales de justicia directamente a las firmas, abogados y ciudadanos. Por ello, durante mi período como Presidenta de la Corte Suprema de Justicia 2022-2025 y con el respaldo de los Magistrados que la integran, abanderamos la corriente de la transformación digital como uno de los principales ejes de la gestión del Órgano Judicial.

En el mes de noviembre de 2025 se dieron pasos concretos en el abordaje del vínculo entre justicia penal e innovación tecnológica, a partir del análisis del Panel “Derecho, Tecnología y Formación Judicial”, concebido como un eje estructural para el fortalecimiento institucional del Poder Judicial. En dicho marco, se examinó la incidencia de la Inteligencia Artificial Generativa en el ámbito jurídico, con especial atención a sus aplicaciones y herramientas de uso práctico en la función jurisdiccional. Estas experiencias permitieron identificar el potencial de la IA para la optimización de procesos judiciales, en particular mediante la automatización de tareas de carácter repetitivo, habilitando una reasignación más eficiente de los recursos humanos hacia actividades de ma-

yor complejidad jurídica y decisoria, propias de la labor jurisdiccional penal.

Somos conscientes de que aún queda un tramo por recorrer para alcanzar la eficiencia digital que requiere nuestro sistema de justicia, y nos hemos comprometido a imprimir mayor velocidad para alcanzar ese objetivo. Por ello, mediante Acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia N°184, de marzo de 2022, se aprobó el Plan Estratégico Institucional 2020-2030, el cual, de forma congruente, establece en su eje estratégico de “Fortalecimiento Institucional” un componente de innovación tecnológica y modernización. Dicho componente persigue avanzar en el fortalecimiento, modernización e innovación de la administración de justicia mediante la formulación, implementación y supervisión de planes y proyectos que incorporen innovación, investigación, intercambio de experiencias, así como tecnologías de la información y las comunicaciones, que optimicen la utilización de los recursos, la efectividad y eficiencia de los procesos y faciliten la transparencia y la rendición de cuentas.

Como sucedió en múltiples países, la justicia panameña afrontó una digitalización a marcha forzada producto de la llegada de la pandemia, lo que dio paso a una verdadera revolución cultural y a un cambio de paradigma en el sector legal. Este proceso nos permite mirar con responsabilidad y cautela los avances tecnológicos más sofisticados, como la inteligencia artificial, entendiendo que su eventual adopción deberá ser progresiva, regulada y alineada con los valores fundamentales del Estado de Derecho.

Estoy convencida de que el buen uso de las tecnologías en el funcionamiento de las instituciones del sistema de justicia depende de los objetivos para los cuales sean implementadas. El presupuesto del Órgano Judicial es limi-

tado y, al igual que el presupuesto estatal de otros países, se ha visto impactado considerablemente por la pandemia del COVID-19 y sus secuelas económicas. Ante ello, podría cuestionarse la inversión en la informatización de los tribunales; sin embargo, su necesidad y urgencia están dadas por la obligación de las instituciones encargadas de la administración de justicia de responder a las crecientes demandas de eficiencia que la sociedad exige.

Si aplicamos un cambio hacia una justicia digital, modificaremos de fondo el modo en que operamos, obteniendo mayor disponibilidad de tiempo para que el servidor judicial pueda concentrarse en las actividades más complejas del proceso judicial, sentando además las bases para una futura incorporación responsable de herramientas tecnológicas más avanzadas, cuando el marco jurídico y las condiciones institucionales así lo permitan.

La justicia del siglo XXI no puede elegir entre ser eficiente o ser humana. Debe ser ambas cosas al mismo tiempo. La verdadera transición no es tecnológica; es ética. Nos obliga a decidir si utilizaremos los avances para excluir o para comprender, si automatizaremos sin pensar o si pensaremos mejor gracias a la automatización, si veremos expedientes o veremos personas.

No debemos temer a la inteligencia artificial. Debemos temer, más bien, a la ausencia de inteligencia emocional en nuestras decisiones. No debemos temer a los algoritmos, sino a la indiferencia frente al dolor humano que subyace en cada conflicto penal. La tecnología puede amplificar nuestras capacidades, pero solo la humanidad puede orientar su uso hacia fines verdaderamente justos.

La inteligencia artificial va de la mano de la modernización de los procesos judiciales. No se trata de sustituir la labor del juez ni de delegar decisiones en algoritmos,

sino de aprovechar herramientas tecnológicas avanzadas para optimizar la gestión de expedientes, distribuir cargas de trabajo, identificar cuellos de botella y planificar de manera más eficiente. Cuando se integra de manera responsable, la Inteligencia Artificial se fortalece la administración de justicia, se potencia la capacidad humana de decisión y se permite que los jueces concentren su tiempo en las cuestiones sustantivas y éticas del proceso penal.

Construir una justicia inteligente y humana es una tarea colectiva. Requiere jueces comprometidos, operadores jurídicos formados y una institucionalidad dispuesta a innovar sin renunciar a sus principios. Utilicemos la tecnología para ser más eficientes, pero utilicemos nuestra humanidad y nuestro espíritu, para ser más justos. Que la inteligencia de nuestros sistemas sirva siempre a la dignidad de las personas.

Esa es la justicia que fortalece el Estado de Derecho. Esa es la justicia que nuestras sociedades necesitan.

LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL DIGITAL EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Sergio J. Cuarezma Terán¹ | José Coronel De Trinidad²

Resumen

El texto examina el impacto de la inteligencia artificial en el sistema de justicia penal dentro del contexto de la revolución digital. Destaca que herramientas como los algoritmos predictivos y el análisis masivo de datos pueden mejorar la eficiencia, transparencia y capacidad preventiva del sistema judicial. Sin embargo, advierte sobre riesgos importantes, como la reproducción de sesgos, la afectación del debido proceso y la opacidad de los modelos algorítmicos. Se concluye que la incorporación de la IA debe estar sujeta a regulación, supervisión humana y respeto irrestricto de los derechos y garantías fundamentales, asegurando que la tecnología complemente —y no sustituya— el juicio humano en la administración de justicia.

- 1 Prof. Dr. h.c. mult. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Rector, profesor e investigador de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Investigador senior del Instituto de Estudios Penales “Alimena”, Instituto de Investigación Interdepartamental de la Universidad de Calabria, Italia. Experto del ILANUD y Miembro de la Comisión de la Redactora del Código Penal Tipo de Latinoamérica.
- 2 Máster en Ciencias de Datos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Máster en Educación Superior e Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Secretario General del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.

Palabras clave: inteligencia artificial, justicia digital, algoritmos predictivos, derechos humanos, debido proceso

Abstract

The text examines the impact of artificial intelligence on the criminal justice system within the context of the digital revolution. It highlights that tools such as predictive algorithms and large-scale data analysis can improve the efficiency, transparency, and preventive capacity of the judicial system. However, it warns about significant risks, including the reproduction of biases, potential violations of due process, and the opacity of algorithmic models. It concludes that the incorporation of AI must be subject to regulation, human oversight, and strict respect for fundamental rights and guarantees, ensuring that technology complements—rather than replaces—human judgment in the administration of justice.

Keywords: Artificial intelligence, Digital justice, Predictive algorithms, Human rights, Due process

I. Introducción

La inteligencia artificial (IA) es una de las tecnologías más transformadoras de nuestro tiempo, con un impacto significativo en múltiples aspectos de la vida cotidiana y en la estructura misma de la sociedad. Recientemente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha enfatizado la necesidad de que el desarrollo y la aplicación de la IA se basen en los principios de los derechos humanos. Esta perspectiva es crucial en un momento en que la IA está cada vez más integrada en diversos sectores, desde la economía y la medicina hasta la justicia y la seguridad.

Los recientes avances en IA generativa, como los sistemas ChatGPT, han demostrado el inmenso potencial de esta tecnología para democratizar el acceso al conocimiento, acelerar los avances científicos y mejorar la capacidad de procesar grandes cantidades de información. Sin embargo, para aprovechar plenamente estos beneficios, es esencial asegurarse de que los riesgos no superen las ventajas. Esto implica la necesidad de establecer límites claros y regulaciones efectivas.

La regulación de la IA es una tarea compleja. Existen dos enfoques principales: uno que se centra en la gestión de riesgos y promueve la autorregulación por parte de los desarrolladores de IA, y otro que integra los principios de derechos humanos en todo el ciclo de vida de la IA. El enfoque basado en los derechos humanos es esencial para evitar que la IA perpetúe sesgos y discrimine. Los sistemas de IA deben diseñarse y supervisarse adecuadamente para garantizar que las decisiones automatizadas sean justas y equitativas.

Uno de los desafíos más críticos es la protección de la privacidad en un mundo donde la recopilación y el análisis de datos personales son cada vez más comunes. Además, la igualdad y la no discriminación son áreas clave que deben ser protegidas. La IA utilizada para predecir comportamientos criminales ha mostrado sesgos que refuerzan la discriminación, socavando derechos fundamentales como la presunción de inocencia.

La IA también ha transformado la libertad de expresión, facilitando nuevas formas de comunicación, pero introduciendo riesgos de censura y manipulación. Las plataformas digitales tienen un poder considerable sobre la información, y es esencial desarrollar marcos legales que protejan este derecho fundamental en el entorno digital.

El control humano sobre la IA es fundamental. Este derecho implica supervisar, inspeccionar e intervenir en los sistemas de IA para garantizar su operación ética y conforme a valores humanos. Es necesario establecer marcos regulatorios claros que definan responsabilidades y obligaciones, garantizando transparencia y proporcionando mecanismos para impugnar decisiones injustas.

Los sistemas de IA deben diseñarse para ser auditados y supervisados por humanos, con procedimientos claros para revisar decisiones algorítmicas y salvaguardas que permitan la intervención humana cuando sea necesario. La IA debe explicar sus decisiones de manera comprensible, manteniendo la confianza y responsabilidad en su uso.

La educación y formación son cruciales para implementar el control humano sobre la IA. Profesionales en todos los campos deben comprender los principios básicos de la IA e interactuar con estos sistemas de manera informada y crítica. La formación adecuada asegura que estén equipados para reconocer y abordar los desafíos de la IA.

La integración de la IA en la sociedad debe gestionarse para promover el bienestar y los derechos humanos. Esto requiere un enfoque colaborativo que involucre a gobiernos, empresas, sociedad civil y ciudadanos. Solo a través de un esfuerzo conjunto se pueden desarrollar políticas y prácticas que aseguren que la IA beneficie a todos sin comprometer los valores de justicia, equidad y dignidad humana.

Desde mediados del siglo XX, hemos visto cómo las máquinas inteligentes han ido ganando protagonismo en nuestro día a día, facilitando innumerables aspectos de nuestras rutinas. Con la llegada de la revolución digital 4.0, este proceso se ha acelerado exponencialmente. El

acceso a la información, la comunicación y los servicios se ha vuelto más rápidos y eficientes, creando una dependencia masiva de la tecnología. Esta transformación ha modificado profundamente nuestras interacciones sociales y culturales, fomentando una mayor manipulación y control de la sociedad.

No obstante, la digitalización de nuestra sociedad conlleva riesgos significativos que deben ser gestionados tanto a nivel individual como político. Entre estos peligros se encuentran la ciberadicción, el miedo a estar sin el móvil (nomofobia), el miedo a perderse algo importante (síndrome FOMO), y la deshumanización de las relaciones interpersonales debido al uso excesivo de dispositivos digitales. Además, la falta de privacidad y la manipulación de la información pueden erosionar derechos fundamentales y la autonomía personal. Estas cuestiones no solo afectan a individuos, sino que también requieren decisiones políticas de gran envergadura para ser abordadas adecuadamente.

El mundo digital también plantea serios desafíos en términos de derechos humanos y pensamiento crítico. La invasión de la privacidad, la manipulación de datos y la creciente dependencia de algoritmos pueden llevar a una obsolescencia del pensamiento crítico y la autonomía individual. Esta transformación tecnológica demanda una defensa firme de la integridad y la dignidad humana, así como de la libertad y responsabilidad personal. Los jóvenes pensadores contemporáneos han señalado que la sociedad algorítmica tiende a sustituir la toma de decisiones autónomas, promoviendo un estado de no-pensamiento y servidumbre de las máquinas. Esta situación es especialmente preocupante en el ámbito de los derechos y libertades, donde la digitalización expansiva y la

robotización presentan peligros que requieren una vigilancia constante.

Así, mientras la sociedad digital y algorítmica ofrece numerosas ventajas, también plantea desafíos éticos y sociales que deben ser cuidadosamente abordados para garantizar una evolución equilibrada y respetuosa de los derechos humanos y la dignidad personal. Esta dualidad de oportunidades y riesgos exige un enfoque crítico y proactivo para aprovechar los beneficios de la tecnología sin comprometer los valores fundamentales de nuestra humanidad.

La transformación de la justicia en un entorno digital y algorítmico representa una evolución significativa que está siendo impulsada por diversos factores sociales, económicos, culturales y políticos. Este cambio ha llevado a la necesidad de adaptar los sistemas judiciales a las nuevas tecnologías, facilitando así un acceso más eficiente y transparente a la justicia.

La evolución hacia una justicia híbrida, también conocida como *Smart Justice*, implica la integración de tecnologías avanzadas como el *big data*, el aprendizaje automático y la minería de datos en los sistemas judiciales. Esto está cambiando el panorama de la justicia, permitiendo una mayor predictibilidad de las decisiones y estrategias legales más eficientes. No obstante, esta transformación también plantea la cuestión de mantener el equilibrio y garantizar que la justicia siga siendo humana y equitativa, evitando que se convierta en un proceso automatizado carente de sensibilidad y contexto humano.

El principal desafío radica en aprovechar estas tecnologías para mejorar el sistema judicial sin perder de vista la importancia de la intervención humana en la interpretación y aplicación de la ley. Es esencial garantizar que

los derechos y las garantías fundamentales de las personas sean preservados, asegurando que la justicia no se convierta en un mero proceso automatizado. Esta evolución hacia una justicia híbrida ofrece oportunidades significativas para mejorar la eficiencia y la transparencia del sistema judicial, pero también requiere un enfoque cuidadoso y equilibrado para abordar los desafíos éticos y legales que surgen en el camino.

La IA en el ámbito judicial tiene el potencial de aumentar las capacidades y se manifiesta como un soporte, un sustituto y un disruptor en el ecosistema normativo de la justicia digital. Este nuevo panorama plantea desafíos para la tecnología jurídica, mejorando la gestión y decisión de justicia a través de la innovación tecnocientífica. En la historia de la humanidad, la tecnología ha sido crucial en la adaptación y evolución, desde la agricultura hasta la inteligencia artificial, que ahora propone una transformación en la administración de justicia.

La IA se aplica en diversas áreas del derecho, desde la búsqueda de jurisprudencia hasta la gestión de procedimientos. La complejidad del derecho contemporáneo, con su hiper normatividad, hace que sea casi imposible para una sola persona conocer todas las leyes vigentes. Aquí es donde la IA puede ser de gran ayuda, optimizando tareas y facilitando el acceso a la información legal. No obstante, es crucial abordar los sesgos que pueden surgir en los sistemas de IA, asegurando que no perpetúen las discriminaciones existentes.

El uso de IA en la justicia no está exento de desafíos éticos. La falta de transparencia y los posibles sesgos en los sistemas de IA pueden afectar negativamente a grupos vulnerables. Por ello, es fundamental que los sistemas de IA sean transparentes, auditables y sujetos a supervisión humana. La implementación de la IA en el sis-

tema judicial debe centrarse en la persona, garantizando su dignidad y protegiendo sus derechos. En el caso de modelos de inteligencia artificial de “caja negra”, hay que advertir que garantizar la transparencia, el debido proceso y los derechos fundamentales de la persona no es posible, ya que las decisiones tomadas por este sistema no pueden ser auditadas ni explicadas, quitando así la transparencia del proceso, sin perjuicio que estos modelos tengan una eficiencia y precisión superior a otros tipos de modelos de aprendizaje automático.

El avance de la IA en la justicia debe ir acompañado de una regulación adecuada. La Unión Europea y la UNESCO han desarrollado principios y marcos regulatorios para el uso ético de la IA. Estos marcos buscan garantizar que la IA se utilice de manera que respete los derechos fundamentales y promueva el bien común.

La IA tiene el potencial de transformar la justicia, haciéndola más eficiente y accesible. Sin embargo, es crucial que su implementación se realice de manera ética, asegurando que no perpetúe injusticias y que siempre se centre en la protección de los derechos humanos. La construcción de un ecosistema normativo de Justicia Digital e Inteligencia Artificial requiere atención tanto a los derechos como a las garantías digitales, asegurando que las decisiones automatizadas en la justicia sean transparentes y sujetas a revisión humana. La integración de la IA en la justicia debe ser vista como una oportunidad para mejorar las capacidades humanas, optimizar los procesos judiciales y, en última instancia, fortalecer los derechos y garantías judiciales.

La incorporación de algoritmos y tecnologías digitales en el ámbito de la justicia está provocando una transformación profunda en la forma en que se llevan a cabo la prevención policial y la investigación penal. Los algorit-

mos asistenciales y complementarios han surgido como herramientas cruciales para mejorar la eficiencia y precisión de las actividades judiciales y policiales. Estas tecnologías permiten procesar grandes volúmenes de datos, identificar patrones y prever comportamientos delictivos, facilitando así decisiones informadas y estratégicas por parte de los operadores jurídicos.

En el contexto de la prevención policial, los sistemas algorítmicos predictivos son un claro ejemplo de cómo la tecnología está revolucionando la prevención y resolución de delitos. Utilizando datos históricos y técnicas avanzadas de análisis estadístico, estos sistemas pueden identificar áreas de alto riesgo y prever posibles crímenes. Por ejemplo, en Estados Unidos, herramientas como PredPol han sido implementadas para anticipar actividades delictivas en ciertas zonas geográficas. En Europa, países como Francia y Reino Unido han desarrollado programas similares, integrando datos socioeconómicos y ambientales para optimizar la eficacia de la vigilancia policial. No obstante, la dependencia de estos modelos de IA en los datos históricos de criminalidad significa que cualquier sesgo existente en los datos, como las tasas más altas de denuncias o la sobrerrepresentación policial en ciertas áreas, se transfiere a las predicciones delictivas.

La justicia predictiva representa un cambio significativo en el sistema de justicia penal, permitiendo una actuación más proactiva. Esto significa que la policía puede intervenir antes de que se cometan delitos, basándose en las predicciones generadas por los algoritmos. Sin embargo, esta capacidad predictiva también plantea serias preocupaciones éticas y legales. La posibilidad de que estas tecnologías perpetúen sesgos existentes, como el perfilamiento racial o socioeconómico, es real y debe ser cuidadosamente gestionada. Además, la opacidad de los algo-

ritmos utilizados puede generar desconfianza y cuestionamientos sobre la equidad y justicia de estas prácticas.

Los sistemas algorítmicos también han demostrado ser herramientas poderosas en la fase de investigación penal, permitiendo a los investigadores analizar grandes cantidades de información de manera rápida y precisa. Esto facilita la identificación de conexiones y patrones que podrían pasar desapercibidos para el ojo humano. Herramientas como COMPAS, utilizadas para evaluar el riesgo de reincidencia de los delincuentes, han sido objeto de controversia debido a su impacto en las decisiones judiciales y la posibilidad de sesgos implícitos en sus algoritmos.

La evolución hacia una justicia híbrida, en la que humanos y máquinas trabajan conjuntamente, parece inevitable. Esta transformación promete numerosas ventajas en términos de eficiencia y precisión, pero también plantea desafíos que deben ser abordados con cuidado. Es crucial establecer marcos regulatorios claros que aseguren la transparencia, la rendición de cuentas y la protección de los derechos fundamentales en el uso de estas tecnologías.

La justicia predictiva ha transformado el enfoque de la policía, permitiendo una respuesta más rápida y precisa a las amenazas delictivas. En lugar de reaccionar únicamente después de que los crímenes han ocurrido, las fuerzas del orden pueden ahora tomar medidas preventivas basadas en las predicciones generadas por los algoritmos. Este enfoque proactivo ha mejorado la capacidad de la policía para prevenir delitos y proteger a la comunidad. Sin embargo, también plantea cuestiones sobre la equidad y la justicia, ya que la dependencia de algoritmos puede llevar a decisiones basadas en datos sesgados o incompletos.

En la investigación penal, los algoritmos y las tecnologías digitales han facilitado la recopilación y el análisis de pruebas, mejorando la capacidad de los investigadores para resolver casos complejos. Estas herramientas permiten a los investigadores procesar grandes cantidades de datos rápidamente, identificar conexiones y patrones, y generar informes detallados que pueden utilizarse en los tribunales.

La transición hacia una justicia híbrida, en la que humanos y máquinas colaboran estrechamente, ofrece muchas oportunidades para mejorar la eficiencia y precisión de las actividades judiciales y policiales. Sin embargo, también plantea desafíos significativos que deben ser gestionados con cuidado. Es esencial establecer marcos regulatorios que aseguren la transparencia, la rendición de cuentas y la protección de los derechos fundamentales en el uso de estas tecnologías. Además, es crucial que los operadores jurídicos y policiales reciban una formación adecuada para utilizar estas herramientas de manera efectiva y ética, garantizando que se respeten los principios de equidad y justicia.

El uso de herramientas algorítmicas y de inteligencia artificial en la fase probatoria del proceso penal ha facilitado la recopilación y análisis de grandes volúmenes de datos. Estas tecnologías permiten a los operadores jurídicos acceder rápidamente a información relevante, identificando patrones y conexiones que podrían pasar desapercibidos para el ojo humano. Por ejemplo, los algoritmos pueden analizar registros telefónicos, transacciones financieras y otros datos masivos para detectar comportamientos sospechosos o patrones delictivos. Esta capacidad para manejar grandes cantidades de información de manera eficiente puede acelerar significa-

tivamente los procesos judiciales y mejorar la exactitud de las investigaciones.

La algoritmización de las fuentes de prueba implica el uso de tecnologías que no solo almacenan datos, sino que también los organizan y presentan en formatos específicos que pueden ser utilizados como evidencia en un juicio. Técnicas como el *predictive coding* permiten revisar rápidamente grandes volúmenes de información electrónica, identificando la documentación relevante para el caso. Esto es especialmente útil en litigios complejos que involucran una cantidad considerable de pruebas documentales. Al automatizar el proceso de revisión y selección de pruebas, estas tecnologías no solo ahorran tiempo, sino que también reducen el riesgo de errores humanos y mejoran la precisión del análisis probatorio.

Sin embargo, el uso de estas tecnologías también plantea importantes interrogantes y desafíos. Una de las principales preocupaciones es cómo garantizar que el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción sean respetados cuando se utilizan pruebas obtenidas mediante algoritmos. La supuesta neutralidad de los algoritmos puede llevar a una percepción errónea de infalibilidad, lo que pone en riesgo la equidad del juicio. Es crucial que los sistemas judiciales establezcan mecanismos para verificar y auditar los resultados generados por estas tecnologías, asegurando que las decisiones judiciales no se basen únicamente en pruebas algorítmicas.

Además, es fundamental considerar los posibles sesgos que pueden estar presentes en los algoritmos utilizados en el ámbito judicial. Los algoritmos son diseñados por humanos y, como tal, pueden reflejar los prejuicios y sesgos de sus creadores. Esto puede resultar en decisiones judiciales que perpetúan desigualdades y discriminaciones existentes. Por ejemplo, un algoritmo de predicción

del riesgo de reincidencia puede estar sesgado contra ciertos grupos étnicos o socioeconómicos, lo que podría llevar a una aplicación injusta de la ley. Es esencial que se implementen procedimientos para identificar y mitigar estos sesgos, garantizando que todos los individuos sean tratados de manera justa e imparcial.

Además, la creciente automatización de los procesos judiciales requiere un equilibrio cuidadoso entre la eficiencia y la protección de los derechos humanos. Es imperativo que se establezcan límites claros sobre el grado de algoritmización aceptable y las condiciones bajo las cuales estas tecnologías pueden ser integradas en el proceso penal. Esto incluye determinar quiénes son los responsables de diseñar los modelos algorítmicos y bajo qué estándares de inteligencia artificial operarán. Los legisladores y reguladores deben trabajar en colaboración con expertos en tecnología, ética y derecho para desarrollar directrices y normativas que aseguren el uso responsable y equitativo de estas herramientas.

La integración de algoritmos y tecnologías de inteligencia artificial en el proceso penal ofrece oportunidades significativas para mejorar la eficiencia y precisión de la administración de justicia. Sin embargo, también plantea retos considerables que deben ser abordados con regulaciones adecuadas y una vigilancia constante para asegurar que se respeten los derechos y garantías fundamentales de todas las partes involucradas. Es esencial que los sistemas judiciales adopten un enfoque equilibrado que maximice los beneficios de estas tecnologías mientras protege la equidad, transparencia y justicia en el proceso penal. Además, es crucial garantizar que la figura del juez humano no sea reemplazada por un juez máquina. La intervención humana en el sistema judicial es indispensable para interpretar y contextualizar los datos pro-

porcionados por la IA, asegurando que las decisiones judiciales se basen en un análisis completo y respeten los valores y principios fundamentales de la justicia.

CAPÍTULO V.

ENTRE EL OLVIDO Y LA INSTRUMENTALIZACIÓN: UNA MIRADA CRÍTICA A LA VICTIMOLOGÍA ACTUAL

LA VICTIMOLOGÍA: UNA APROXIMACIÓN

Martín Alexander Martínez Osorio¹

Sumario: I. Conceptos básicos: Victimización, desvictimización y prevención victimal. II. El reconocimiento de las víctimas a nivel internacional. III. Los derechos de las víctimas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Resumen

La victimología es una disciplina científica que estudia los procesos mediante los cuales una persona se convierte en víctima de un delito, así como las estrategias para su desvictimización y prevención. Surge como respuesta al enfoque tradicional de la criminología, que priorizaba al delincuente y relegaba a la víctima. Analiza la victimización como una experiencia compleja influida por factores individuales, sociales y culturales, distinguiendo entre victimización primaria, secundaria y terciaria. Asimismo, promueve políticas orientadas a evitar la revictimización y a garantizar una atención integral. La desvictimización busca la reconstrucción personal y social de la víctima, fomentando su resiliencia y reintegración. A nivel internacional, se reconoce progresivamente a la víctima como sujeto de derechos dentro del proceso pe-

1 Profesor de Derecho Penal de la Universidad Tecnológica de El Salvador y Consultor regional externo de UNODC en Centro América y República Dominicana. ORCID: <http://orcid.org/0000-0007-6013-9986>.

nal. Estos derechos incluyen información, participación, protección, asistencia y reparación. Finalmente, la victimología impulsa modelos de justicia restaurativa que priorizan la reparación del daño y la paz social por encima del castigo exclusivamente punitivo.

Palabras clave: victimología, victimización, desvictimización, derechos de la víctima, justicia restaurativa.

Abstract

Victimology is a scientific discipline that studies the processes by which a person becomes a victim of a crime, as well as strategies for victimization prevention and de-victimization. It emerged as a response to the traditional approach of criminology, which prioritized the offender and neglected the victim. It analyzes victimization as a complex experience influenced by individual, social, and cultural factors, distinguishing between primary, secondary, and tertiary victimization. It also promotes policies aimed at preventing re-victimization and ensuring comprehensive support. De-victimization seeks the personal and social reconstruction of the victim, fostering resilience and reintegration. At the international level, the victim is increasingly recognized as a rights-holder within the criminal process. These rights include information, participation, protection, assistance, and reparation. Finally, victimology promotes restorative justice models that prioritize damage repair and social peace over purely punitive punishment.

Keywords: Victimology, Victimization, De-victimization, Victim's rights, Restorative justice

I. Conceptos básicos: victimización, desvictimización y prevención victimal

A la victimología penal, en su concepción moderna, se le reconoce como una disciplina científica que estudia los procesos mediante los cuales una persona deviene en víctima y cómo puede lograrse que se despoje de tal calidad.² En otras palabras, la finalidad básica de este conjunto de conocimientos, es estudiar los procesos de victimización y desvictimización derivados de la comisión del delito. Y esto se logra a partir de un enfoque transdisciplinar en el que convergen estudios realizados desde diversas ópticas del conocimiento humano –v. gr: psicología, antropología, sociología, etc.–³

Existen diversas posturas doctrinales que han reclamado la desmesura con la que la criminología, por mucho tiempo, estudió al delincuente en desmedro del interés que debió corresponder a la víctima. Ello ha determinado en la actualidad, un viraje distinto en el ámbito de las ciencias sociales, enfocado en el estudio de las con-

2 El presente artículo se enfoca en una acepción sumamente estricta de la victimología, como aquella disciplina que estudia los procesos de victimización que derivan de la comisión del delito. Por ende, e intencionadamente, nos apartamos de aquellas concepciones amplias acerca del objeto de estudio de la referida disciplina, que también incluyen la victimización proveniente de hechos naturales o sucesos fortuitos. Un enfoque así de amplio se advierte en: Rodríguez Campo/García Mercader, quienes afirman que la victimización es “aquella afectación que una persona recibe en su esfera jurídica por conductas o hechos humanos y de la naturaleza que deterioran su estatus social-jurídico”. Al respecto, véase su libro: *Victimización y desvictimización*. Edit. Temis, Bogotá, 2014, pp. 17-18.

3 Tamarit Sumalla/Villacampa Estiarte, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2006, p. 32.

diciones por las cuales una persona deviene en víctima y qué procesos sociales inciden en la construcción de tal calidad. A partir de los datos obtenidos de la realidad, se buscan fomentar estrategias de prevención y reducción de las condiciones que llevan a tal situación. Además, elaborar diseños de respuestas jurídicas y asistenciales que permitan que en aquellos casos en que alguien resultó perjudicado por el delito, pueda reintegrarse de forma óptima a su medio social sin que pueda resultar re-victimizada una vez más.⁴

En palabras de Pereda Beltrán, la meta actual es construir una política víctimal del mismo modo que una política criminal, que permita prevenir situaciones de riesgo, así como disminuir los costes que implican el contacto de la víctima con el sistema de justicia penal e incidir en evitar nuevos sucesos re-victimizantes.⁵ Sin embargo, cabe advertir que este proceso social, ha trascendido al ámbito de las reformas penales en diversos países, generando una sobre-criminalización y una exasperación punitiva en diversos delitos, bajo la justificación de una mayor protección de las víctimas. Como pone de relieve Garland, nos encontramos en las recientes décadas en el “regreso” de la víctima al centro de la justicia penal. Y

4 En tal sentido Marchiori, define a la victimología como una “disciplina trascendente para la comprensión, asistencia, acceso a la justicia y reparación de las personas que sufren las consecuencias de los procesos de victimización”. Véase su obra: *Criminología: la víctima del delito*, Edit. Porrúa, México, 2015, p. 12.

5 Pereda Beltrán, “La victimología en el contexto de las ciencias sociales”, en: Pereda Beltrán/Tamarit Sumalla, *Victimología, teórica y aplicada*, Edit. Huygens, Barcelona, 2013, p 21.

este movimiento, en su lado más oscuro, incide en el fenómeno del neo-punitivismo contemporáneo.⁶

En este importante debate, Alonso Rimo, sostiene que este erróneo planteamiento no procede de la victimología. Al contrario, una *política criminal en clave victimológica* debe estar inspirada por las directrices que dimanan del marco político-constitucional en el que la figura de la víctima se enmarca dentro de los márgenes de respeto al carácter público y garantista del sistema penal.⁷ No debe perderse de vista entonces, el necesario trinomio *víctima, delincuente y sociedad* como la fórmula adecuada que debe regir en el ámbito de una correcta política criminal.

Dejando de lado estos excesos –que derivan más de un oportunismo político bajo la bandera de la víctima y no en un verdadero interés en la reconstrucción de

6 Para Garland, el debate acerca de los derechos de las víctimas en el ámbito anglosajón, ha llevado a que nos encontremos ante un “juego de suma cero” que define de la siguiente manera: “[t]oda atención inapropiada de los derechos o del bienestar del delincuente se considera como algo que va en contra de la justa medida de respeto por las víctimas. Se asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar «de parte» de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes”. Al respecto ver su libro: *La cultura del control*, Edit. Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 46-47. Sobre la extensión de esta justificación neo-punitivista en el ámbito iberoamericano y su respectiva crítica: Díez Ripollés, *La política criminal en la encrucijada*, 1º Edición, Edit. B de F, Montevideo, 2007, pp. 76-78. También: Silva Sánchez, *La expansión en el Derecho penal*, 3º Edición, Edit. B de F, Montevideo, 2011, pp. 46-48.

7 Alonso Rimo, “La víctima en el sistema de justicia penal II”, en: Baca Baldomero/Echeburúa Odriozola/Tamarit Sumalla, *Manual de Victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 400.

su integridad personal— debemos enfocar el estudio de los dos ámbitos esenciales en los que se mueve la óptica victimológica: la *prevención del riesgo de victimización* y el *ámbito de las medidas adecuadas para lograr una desvictimización*. En específico, el no agravamiento de tal situación por parte de los diferentes operadores del sistema penal luego de acontecido el delito.

I. 1. En primer lugar, debemos entender como *victimización*, al proceso por el cual una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático. Se trata de una experiencia individual, subjetiva y relativa culturalmente. Por ende, estamos ante un fenómeno complejo donde entran en juego factores de carácter individual, social y cultural, que condicionan el modo de vivir la referida experiencia. Aquí entran en consideración dos elementos importantes: (a) la consideración de los factores que intervienen en la precipitación del hecho delictivo; y (b) el impacto sobre la víctima que puede variar de acuerdo al sexo, edad, condiciones de salud, etc.⁸

La determinación del *riesgo victimal*, es decir, el riesgo de ser víctima potencial de un delito, requiere tener en cuenta factores individuales como los anteriormente citados. Pero también, su modo o estilo de vida, que puede implicar la convivencia con situaciones de riesgo o actitudes poco cuidadosas —v. gr. su cercanía con personas que se dedican a la prostitución, negocios dedicados al consumo de bebidas embriagantes o al tráfico de drogas—. Otro dato importante en este punto es su relación con los ofensores, y por qué éste, seleccionó a determinada víctima. Desde una perspectiva situacional, debe considerarse cuáles son los lugares que presentan mayo-

8 Sobre tales elementos: Tamarit Sumalla/Villacampa Estiarte, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, ob. cit, p. 47.

res oportunidades para generar un posible cometimiento de hechos delictivos. Por último, también conviene tener en cuenta factores estructurales como la marginación de determinados grupos poblacionales que los hace pasibles de ser víctimas de organizaciones criminales como acontece con los migrantes ilegales.⁹ Bajo este apartado se hace referencia a *víctimas de riesgo* como personas que poseen una mayor probabilidad de ser víctimas del delito y también, a las denominadas *víctimas vulnerables*. Estas últimas, son las que una vez sufrida la agresión, quedan más afectadas psicológicamente por lo ocurrido.

Como vemos, y siguiendo un sector amplio de la disciplina, la victimización es una experiencia vital a la que cada persona reacciona de acuerdo a sus características individuales, al tipo de hecho y la respuesta derivada de su ambiente. De acuerdo con un amplio número de estudios, los niños y adolescentes son quienes tienen el mayor riesgo de victimización, y son los más propensos a los negativos efectos de la misma.¹⁰ De igual forma acontece

9 *Ibíd.* pp. 50-51.

10 Sostiene Pereda Beltrán que se ha constatado en los estudios relativos a la victimización infantil, que los diferentes abusos y malos tratos sufridos por un niño, comportan graves secuelas para sus víctimas, que pueden perdurar a lo largo de los años y constituirse en importantes problemas psicosociales en la edad adulta. Afirma al respecto: “[d]esde el ámbito de la psicología del desarrollo, los resultados de diversos estudios sugieren que la vivencia de una experiencia fuertemente estresante, como en cualquier forma de victimización interpersonal, es un período de alta plasticidad neuronal como la infancia, provoca disregulaciones en el desarrollo neurofisiológico cerebral, lo que, a su vez, parece conllevar problemas de relación, disregulación del estado de ánimo y la conducta, así como múltiples problemas sociales y emocionales en etapas posteriores”. Al respecto: Pereda Beltrán, “La victimología en el contexto de las ciencias de

con los adultos mayores. Por ende, los diversos profesionales que se relacionan con las víctimas de cualquier delito, tienen que reconocer que *no existe un patrón único de respuesta por parte de la víctima*. Algunas exigen el esclarecimiento del hecho y la aplicación de la justicia, pero existen otras que deciden no denunciar, y mucho menos, no desean participar en el proceso como víctimas o testigos. En este caso, *debe respetarse lo que la víctima decida*.

Al efecto, los operadores del sistema de justicia penal deben brindarles la mayor información posible tanto de sus derechos como de las diversas opciones de apoyo y asistencia a las que puedan acudir. De ahí que Marchiori, relacione que la asistencia victimológica debe comprender el conocimiento, comprensión y ayuda a las víctimas para atenuar y superar las consecuencias producidas por el delito. Ello exige una labor de individualización de acuerdo con las características de la víctima, su núcleo familiar, su historia personal, la agresión sufrida, etc.

Posterior a ello, deviene el *diagnóstico victimológico* que se relaciona con el conocimiento de los datos relacionados a la víctima, al hecho delictivo, al daño provocado en ella y en su familia. Por último, destaca la profesora argentina, que dicha asistencia victimológica debe tener por objeto principal: atenuar las graves consecuencias que deja el delito en la víctima y en su familia como sobrevivientes de un hecho criminal.¹¹ No obstante lo anterior, regularmente aparece en estos cuadros el denominado *estrés post-traumático*, lo que implica un efecto psíquico perceptible vía pericial y que resulta de mucho interés en la

la salud”, en: Pereda Bletrán/Tamarit Sumalla, *Victimología teórica y aplicada*, Edit. Huygens, Barcelona, 2013, pp. 47-48.

11 Marchiori, *Criminología: la víctima del delito*, ob. cit., pp. 231-232.

cuantificación de los daños extra-patrimoniales —o morales como también se conocen— en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito.¹² Más allá de esto, la mayor parte de la victimología reconoce la existencia de tres tipos de victimización. Así se reconoce:¹³

- *Victimización primaria*: es el proceso por el que una persona sufre, de modo directo o indirecto, daños físicos o psíquicos derivados de un hecho delictivo o acontecimiento traumático. En este sentido, los daños no se limitan a los que suponen una afectación al bien jurídico protegido; sino también, pueden acaecer daños psíquicos derivados de actos sexuales o de delitos patrimoniales como el robo.
- *Victimización secundaria*: constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima su intervención en el proceso penal. Dentro de este concepto se comprenden los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judi-

12 Tamarit Sumalla agrega como consecuencia de la victimización se derrumban ciertas estructuras cognitivas del damnificado, en este sentido se afectan sus creencias en su invulnerabilidad personal, la percepción de que el mundo es “benevolente” así como una auto-percepción positiva de la vida. Ello de alguna manera determina la decisión adaptativa que tomará para superar el evento traumático. Esto es colaborar con la justicia penal, no denunciar o participar en el proceso penal, y aún sólo mantenerse informada como van las indagaciones. Empero, como se reitera *supra*, el sistema penal debe respetar lo que la víctima decida.

13 Tamarit Sumalla, *La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en: A.A.V.V., Manual de Victimología, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 32-33.

ciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral.¹⁴

- *Victimización terciaria*: es el conjunto de costes de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros. Este concepto se relaciona con la distribución de los costes del delito sobre las personas y sobre la sociedad. Aquí se analizan los niveles de ansiedad que aparecen en los internos de los centros penitenciarios; las consecuencias psíquicas sobre los hijos de las mujeres encarceladas que conviven con sus madres en prisión o el impacto del encarcelamiento sobre las personas que dependen económica o emocionalmente del penado.

I. 2. Empero, lo más destacado en el ámbito actual de la victimología es lograr la denominada *desvictimización*, esto es, un proceso complejo de reparación o reconstruc-

14 De acuerdo con el profesor Tamarit, también se comprende dentro de la victimización secundaria, los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación. Sin embargo, algunos autores consideran que la misma es parte de la victimización terciaria, así autores como el jurista mexicano Luna Castro, sostienen que esta comprende “las secuelas o derivaciones perjudiciales para la misma víctima primaria (directa o indirecta) por parte de los elementos conformadores de su propio entorno o contexto social (el resto de los integrantes del medio social en que se desenvuelve) y que por lo general se refleja a través de formas de estigmatización o etiquetamiento con alto factor de discriminación”. Desde su perspectiva, los medios de comunicación y la sociedad misma no pueden estimarse como factores de “victimización secundaria”, pues esta, es provocada únicamente por las entidades del sistema formalmente institucionalizado, y ello pese al potencial que tienen de magnificar o intensificar la victimización. Sobre lo anterior: Luna Castro, *Los derechos de la víctima y su protección en los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*, Edit. Porrúa, México, 2009, p. 30.

ción de las víctimas y en el cual intervienen múltiples factores y agentes. La desvictimización puede ser definida como un proceso de evolución personal, dinámico continuo, que incluye e interrelaciona diferentes procesos susceptibles de entrenamiento y desarrollo (resiliencia, esfuerzo moral, valores, autoestima, autoconocimiento, auto-desvictimización, construcción de los derechos victimales, etc.).¹⁵ La finalidad de este proceso es que la víctima comience de *nuevo a vivir* y no meramente *se resigna a sobrevivir*.

En otras palabras, se persigue la reintegración social de los sobrevivientes del delito y evitar situaciones tales como la estigmatización o la explotación de la condición de la víctima real o supuesta. Conviene advertir que este proceso no se limita a la asistencia psicológica, sino que implica también un reconocimiento social. Por ello, caben distintos tipos de justicia como los que se proponen en el ámbito de la justicia restaurativa y la de naturaleza terapéutica. De ahí que, deben intervenir diferentes componentes del sistema penal, así como profesionales e instituciones públicas o privadas que se relacionan con la atención a las víctimas. Sin embargo, en su sentido amplio, caben los sectores políticos, las iglesias y medios de comunicación, pues su labor puede coadyuvar de modo eficaz al reconocimiento de quienes sufren la peor parte de la infracción criminal.¹⁶ Cabe agregar dentro de este ámbito, las asociaciones de víctimas, esto es, colectivos de víctimas de determinados delitos que buscan incidir

15 Andreu Fernández, citada por Rodríguez Campos/García Mercader, *Victimización y desvictimización*, Edit. Temis, Bogotá, 2014, p. 98.

16 Sobre lo anterior: Tamarit Sumalla, Curso de especialización sobre victimología, sistema penal y justicia reparadora, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 2010, p. 25.

en el ámbito de las políticas públicas para que sean reconocidos sus derechos y se establezcan las medidas más adecuadas para su atención.

En este apartado, resulta conveniente destacar que la respuesta institucional por parte de la policía y de los demás entes de la administración de justicia, son importantes para tranquilizar a la víctima y su núcleo familiar; pues una respuesta de indiferencia o rechazo, provocarán una mayor angustia y desconfianza, conduciendo de forma posterior a una fractura familiar que agravará el daño iniciado con el delito. De acuerdo con ello, la familia de la víctima—conscientes del sufrimiento causado por la violencia— y con respaldo responsable de la administración de justicia, son fundamentales en la recuperación de la dignidad de la persona que ha sufrido la humillación social por el delito. Por ello, el proceso de desvictimización debe tener en cuenta: el daño producido por el delito y el daño adicional producido por la incomprensión y desconocimiento de los efectos y las consecuencias.¹⁷

En efecto, en los últimos años, se va abriendo paso dentro del ámbito de las ciencias del comportamiento el término *resiliencia*, el cual surge para describir la capacidad de una persona para mantener su estabilidad psíquica ante situaciones que suponen un desafío o riesgo. Este concepto no se refiere a la invulnerabilidad frente al estrés, sino a la capacidad de una persona o grupo para desarrollarse adecuadamente y proyectarse en el futuro a pesar de acontecimientos desestabilizadores, de condiciones de vida difíciles y de situaciones traumáticas, que pueden llegar a ser graves. Esta capacidad personal puede residir tanto en las características del individuo como en

17 Marchori, *Criminología. La víctima del delito*, ob. cit. pp. 6-7.

circunstancias de su entorno, viéndose influida por el propio desarrollo del sujeto y las ayudas que pueda recibir.¹⁸

I.3. En tercer lugar, uno de los cambios más abiertos al desarrollo de la victimología es de la *prevención victimal*. Aquí caben desde la formulación de programas de instrucción a las potenciales víctimas —e igualmente grupos o comunidades vulnerables— para su auto-protección, como también el diseño de políticas municipales o gubernamentales para reducir los riesgos de victimización, y también, buenas prácticas e instructivos policiales para atender de mejor manera a las víctimas. A tales efectos se suele distinguir en una *prevención primaria* —se actúa sobre la comunidad en general—; *prevención secundaria* —se enfoca en sectores propensos a ser víctimas de delitos en específico; y *prevención terciaria* —que implica la intervención sobre quienes ya han sido víctimas a fin de evitar una nueva revictimización—. ¹⁹

Herrera Moreno —siguiendo a Fattah— señala como factores que pueden incidir en la elaboración de medidas de prevención victimal las siguientes: (a) la oportunidad (relacionada con los rasgos de la víctima potencial); (b) los factores de riesgo socio-demográfico (edad, género, lugar de residencia); (c) la orientación del infractor, en

18 Rodríguez Campos/García Mercader, *Victimización y desvictimización*, ob. cit, P. 107. De acuerdo con estos autores, la resiliencia comprende: (a) sobrevivir al trauma; (b) cerrar la grieta (discernir entre lo que se puede cambiar y lo que no se puede cambiar para superar lo primero); (c) vivir con los demás (sociable); (d) el ciudadano de sí. Construye el amor a sí mismo, de donde de pronto sacará la fuerza para liberarse; y (e) el ciudadano de los demás. Responsabilidad comprometida con el prójimo que parece una característica de la resiliencia asumida”.

19 Tamarit Sumalla, *La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, art. cit., pp. 35-36.

cuanto selector de víctimas; (d) la exposición al riesgo, por el contacto con figuras o situacionales potencialmente peligrosas; (e) las asociaciones, en tanto transacciones determinadas por la homogeneidad entre los colectivos de víctimas e infractores; (f) los contextos espacio-temporales portadores del riesgo (en cuanto hay una distribución explicable y estratificada de los lugares y momentos peligrosos); (g) los comportamientos arriesgados (factores de invitación, provocación o negligencia auto-preventiva de la propia víctima); (h) las actividades de alto riesgo, especialmente las relacionadas con el ocio o el modo de ganarse la vida —ejemplo: el ejercicio de la prostitución—; (i) los comportamientos defensivos y evitativos: la curiosidad, la osadía y la pugnacidad son factores susceptibles de influir en los niveles de riesgo víctimal; y (j) la propensión del carácter estructural o cultural, que asocia inequívocamente aspectos de privación y miseria con los niveles de riesgo.

II. El reconocimiento de los derechos de las víctimas a nivel internacional

Históricamente, como lo apunta la doctrina especializada, el proceso penal ha sido concebido como un espacio de confrontación entre el Estado y la persona acusada de la comisión de un delito. Así, el Derecho estableció las reglas del juego de esa lucha, con una preocupación por garantizar los derechos del imputado frente al Estado. De ahí que, la víctima —siguiendo el decir del profesor Tamarit Sumalla— fue un invitado incómodo en dicha contienda.²⁰ Sin embargo, paulatinamente, se ha venido reconociendo la importancia de garantizar sus derechos dentro y fuera del proceso penal. Demás está de-

20 Tamarit, en Pereda Beltrán/Tamarit Sumalla, *Victimología teórica y aplicada*, ob. cit., p. 306.

cir, que nos encontramos ante la evolución del proceso jurisdiccional penal hacia una estructura triádica compuesta de tres elementos: *imputado-Estado-víctima*. Este progresivo protagonismo que la víctima adquiere en la política criminal contemporánea, ha tenido su base en la incesante normativa internacional que está promoviendo reformas legislativas en diferentes países de nuestro entorno iberoamericano.

En el primer ámbito, su principal manifestación ha sido la *Declaración de los Derechos de las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder*, adoptada en la Resolución 40734 de 29-XI-1985, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este instrumento proclama el derecho de las víctimas a ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad, y reconoce los derechos de acceso a la justicia, información sobre el proceso, asistencia, reparación a cargo de los agentes delictivos o terceros responsables, indemnización, en ciertos casos a cargo del Estado y protección ante los peligros para su intimidad y seguridad.²¹

- 21 No puede dejarse de lado otro importante instrumento internacional que la Declaración sobre los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones que corresponde la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16-XII-2005. Por otra parte, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas en su resolución 2005/20 de 22-VII-2005 aprobó las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, que desarrolla los derechos de información, audiencia, asistencia efectiva, seguridad, reparación y respeto a la privacidad de los niños, niñas y adolescentes que tengan relación con el sistema de justicia penal. Adicionalmente, conviene tener presente el Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional (1998), en especial, lo establecido en su artículo 68.

Lo relevante del referido instrumento internacional es la definición amplia que brinda de víctima: "...las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente". Además: "...los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir la víctima en peligro o para prevenir la víctima". Y se ostenta tal calidad, con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar que tenga la víctima con éste.

III. Los derechos de las víctimas

El desarrollo internacional, permitió la introducción en la mayor parte de ordenamientos procesales penales, de un reconocimiento legal de los derechos de las víctimas. Estos pueden estructurarse conforme a cinco contenidos: *información, participación, protección, asistencia y reparación*. Esto es: (a) *información* relativa al proceso penal y a los recursos y prestaciones a los que la víctima tiene derecho; (b) *protección* frente a amenazas o represalias contra su seguridad y la de su familia, pero además, quedan comprendidas aquí las medidas dirigidas a minimizar el impacto del proceso penal; (c) *participación*, lo que comprende el ser escuchada por los diferentes operadores del sistema de justicia penal y canalizar sus peticiones; (d) *asistencia*—llamada también victimo-asistencia— que conlleva no sólo asistencia jurídica, sino también la ayuda psicológica, psiquiátrica y cualquier otra medida de apoyo social. Y la (e) *reparación*, que contiene tanto una dimensión material y simbólica de resarcimiento del daño causado por el delito.

1. INFORMACIÓN

La víctima carece —generalmente— de toda información sobre la administración de justicia, sobre el proceso penal y los mecanismos jurídicos que serán utilizados dentro del mismo; desconoce la forma en que se desarrollarán las pericias o los interrogatorios, cuánto tiempo tardará el procedimiento y en cuantas ocasiones tendrá que testificar. De ahí que, la víctima debe estar informada acerca del progreso de su denuncia o de toda aquella actividad que se relacione con sus intereses.

No le falta razón a Marchiori, al afirmar que esta carencia de información, y por consiguiente la marginación que se hace a la víctima al desconocer sus derechos, constituye otra forma de victimización.²² Por ende, el derecho sobre la evolución de la causa, sobre las posibilidades de intervenir o sobre las consecuencias que ello posee para su persona y familia constituye el más elemental derecho que debe ser implementado *desde el primer contacto con las autoridades* (policías y fiscales).²³ Así, si bien la experiencia demuestra que son muy pocas las víctimas que desean intervenir, sí existe en la mayor parte de los casos un deseo de ser informadas de todo cuanto pudiera acontecer. Pues sabe que son decisiones judiciales que pueden afectarles. Por ende, el que la víctima manifieste una negativa expresa a recibir dicha información —pues considera que esto le afecta psíquicamente—, no es un argumento válido para que los diversos órganos del sistema de justicia penal ignoren en este derecho. El mismo debe cumplirse mientras ella no ejerza expresamente su derecho a no recibir la información.

22 Marchiori, *Criminología. La víctima del delito*, ob. cit., p. 185.

23 Tamarit Sumalla/Villacampa Estiarte, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, ob. cit., pp. 272-273.

La forma práctica de este derecho impone la creación y divulgación de folletos informativos que contengan datos básicos sobre el proceso penal y sus diversas fases, indicación sobre los pasos que conllevan las pericias en las que tendrá que intervenir o la manera en la que deberá desenvolverse en los interrogatorios, enumeración de las instituciones gubernamentales o privadas que pudieren brindarle diversos tipos de asistencia especializada, hasta llegar al envío de una copia íntegra de la decisión judicial en la que se haya visto involucrada.

2. PARTICIPACIÓN – O INTERVENCIÓN–

Como apunta Luna Castro, este derecho de intervención en los procesos jurisdiccionales fue entendido, en sus inicios, como de naturaleza eminentemente técnica; en otras palabras, como un derecho de acudir a los tribunales o de incitar al servicio jurisdiccional con relación a una determinada pretensión. Sin embargo, en la actualidad puede ser conceptualizado en tres distintos momentos: *primero*, el acceso a la justicia; *segundo*, una vez accedido, que sea posible la audiencia y la defensa, así como la protección de los derechos y la obtención de una decisión en un plazo razonable; y *tercero*, una vez dictada la sentencia, que ella tenga plena efectividad en su ejecución.²⁴

24 Sobre esta perspectiva, y en la cual retoma la excepcional agudeza del profesor español González Pérez, Véase: Luna Castro, *Los derechos de las víctimas y su protección*, ob. cit., pp. 41-42. Dentro de esta perspectiva, nos recuerda el profesor mexicano, que “uno de los retos de las judicaturas del mundo actual implica no sólo cumplir con un mayor acceso a los tribunales desde el punto de vista cuantitativo (más asuntos o expedientes), sino también cualitativamente hablando, esto es, garantizando la objetividad y excelencia en el ejercicio jurisdiccional requerido, y una de las formas esenciales para lograrlo resulta

Este derecho se relaciona con las diversas formas de intervención que puede tener la víctima dentro del proceso penal, y que van desde resguardar el derecho de audiencia así como la facilitación de las oportunidades de ofrecer y producir prueba hasta el derecho de mostrarse parte mediante la denominada acusación particular o querella. Actualmente, existe una tendencia legislativa en América Latina, a brindar un abanico de posibilidades de participación más allá de las que corresponden al querellante adhesivo o el acusador como: (a) intervenir y tener conocimiento de todas las actuaciones ante la policía, la fiscalía, cualquier juez o tribunal; (b) que se le nombre intérprete o persona que sea capaz de explicar sus pretensiones cuando ello sea necesario; (c) ser oída previamente ante cualquier solicitud favorable al imputado –salvo los casos en que habiéndose citado no comparezca a la audiencia–; (d) ofrecer pruebas personalmente en las etapas procesales determinadas para tal fin en el ordenamiento procesal penal, sin perjuicio de las facultades conferidas al fiscal; y (e) ser oída por la autoridad judicial o administrativa antes de adoptar una decisión que le perjudique.

3. ASISTENCIA

La asistencia a las víctimas es el conjunto de prestaciones dirigidas a reducir los efectos de la victimización y

ser la especialización judicial, dada la especialidad y diversidad compleja de las problemáticas o conflictos llevados ante los tribunales, con la legítima expectativa de los justiciables, no sólo de que se resuelva, sino que se resuelva bien (de manera técnicamente correcta)".

que permitan reintegración social de las víctimas.²⁵ En términos técnicos, nos estamos refiriendo a la denominada *asistencia victimológica*, que tiene como objeto la elaboración de un diagnóstico de carácter multi-disciplinar, cuyas conclusiones permiten adoptar diversas medidas de apoyo que coadyuven a restablecer de forma integral las diversas facetas personales de las víctimas del delito.²⁶ En efecto, se trata algo más que el apoyo jurídico, pues incluye la evaluación y el tratamiento en aspectos sociales, económicos, psicológicos y hasta de naturaleza psiquiátrica. De ahí que se requieran profesionales altamente especializados con una alta dosis de sensibilidad a las necesidades de la víctima y que posean suficiente inteligencia emocional. Se trata entonces, de una *asistencia especializada* que debe entrar a funcionar desde que se tiene el primer contacto con la víctima, e implica también, la necesidad de que exista un acompañamiento en toda aquella diligencia procesal o administrativa que pueda incidir en sus derechos y el ofrecimiento de servicios de apoyo que se consideren oportunos para su posterior proceso de desvictimización.

La necesaria multi-disciplinarietà profesional en delitos con una alta gravedad en su victimización—*v. gr.* la

25 Pereda Beltrán/Tamarit Sumalla, *Victimología teórica y aplicada*, ob. cit., P. 322.

26 En este punto seguimos Marchiori, quien caracteriza a la asistencia-tratamiento como la aplicación de todas las medidas tendientes al conocimiento, comprensión y ayuda a la víctima para atenuar y superar las consecuencias producidas por el delito. Por ende, el tratamiento que formulará con relación a la víctima, requiere de un correcto diagnóstico victimológico, que se basa en el conocimiento de los datos relacionados a la víctima, al hecho delictivo, al daño provocado en la víctima y en su familia. Véase su libro: *Criminología, La víctima del delito*, ob. cit., p. 231.

trata de personas o algunos delitos sexuales con altas dosis de violencia—, al decir de Vílchez Soto, requiere la intervención, al menos, de un: (a) psicólogo: para eliminar el sufrimiento de la persona y guiar a la misma hacia una vida mejor en la que dispondrá de unas herramientas que antes no tenía para afrontar los problemas; (b) psiquiatría: siempre que los síntomas sean muy agresivos es conveniente la ayuda de fármacos específicos y de un control en la ingesta de los mismos; (c) médico: algunas víctimas suelen tener secuelas físicas, algunas internas y, por lo tanto, difíciles de identificar salvo cuando sus efectos se han vuelto demasiado evidentes; (d) trabajador social: para servir de apoyo a las víctimas, son las personas indicadas para ayudarlas en la reinserción social y en que sean valoradas como parte de la sociedad; y (e) abogado: para defender sus derechos y hacer que las medidas de protección se apliquen.

Por ende, siguiendo a este especialista del comportamiento humano, un solo profesional no puede abordar todos los problemas derivados de la asistencia a las víctimas; puede ayudar a mejorar en un único aspecto, pero se dejará fuera los demás.²⁷ Por ende, *el concurso de diversas disciplinas profesionales es la clave para un óptimo proceso de reintegración de la víctima a su medio social*.

El derecho de asistencia posee una dimensión *intra-procesal* y otra de carácter *extra-procesal*. La primera implica brindar una asesoría jurídica de corte integral, la cual, no sólo debe comprender el soporte para enfrentar los diversos actos del proceso penal; sino también, los ac-

27 Vílchez Soto, “Asistencia psicológica a las víctimas de trata”, en: Lara Aguado (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, Edit. Civitas, Navarra, 2012, pp. 312-313.

tos que se efectúen ante las autoridades administrativas en un determinado país cuando se trate de víctimas extranjeras. La segunda, en contar con el respaldo y acompañamiento de la víctima en los planos médicos, psicológicos, psiquiátricos, sociales y económicos.

Por último, conviene tener presente que la asistencia a las víctimas requiere una labor de *individualización* con relación a cada caso concreto, es decir, que tome en cuenta los datos relacionados con la víctima, el hecho delictivo, el daño provocado en ella y en su familia. Por otra parte, la *voluntariedad de la víctima* en la adopción de las medidas y programas es una condición indispensable para su aplicación. De ahí que, no queda compelerse a los perjudicados a intervenir en prácticas clínicas o jurídicas que no sean de su agrado, so pena de generar una indeseable victimización secundaria por parte de las diversas instituciones estatales.

Resta decir, que siempre se aduce que la asistencia a las víctimas de los delitos es sumamente onerosa, y no se cuentan con los recursos económicos para ejecutar los programas; sin embargo, es dable buscar apoyo en los programas de voluntariado que pudieran impulsar las universidades bajo la modalidad de horas sociales y en las organizaciones no gubernamentales. Estas últimas pueden desarrollar actividades de asesoramiento y acompañamiento de víctimas en los diversos escenarios de la justicia penal, a fin de mantener la idea en las víctimas de que “no se encuentran solas ante los delincuentes”.

4. PROTECCIÓN

Este derecho consiste en adoptar las medidas para proteger a las víctimas y sus familias —también testigos y peritos que se relacionen con determinados procesos pena-

les— frente a la victimización secundaria o una probable re-victimización, es decir, ante probables riesgos personales que impliquen intimidaciones, represalias de individuos o grupos delictivos; así también, el evitar daños emocionales o psicológicos que puedan aparecer en el transcurrir del proceso penal, por ejemplo, cuando testifiquen ante la autoridad jurisdiccional.

Por tales motivos, es que se habla de protección de las víctimas *dentro* del proceso penal —ante eventuales venganzas del delincuente— y protección *del* proceso penal —la que puede tener lugar en la práctica de pruebas periciales o en los interrogatorios ante la autoridad judicial—. El derecho de protección ha sido reconocido en la letra c) del art 6 de los Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y de abuso de poder, cuando señala que los Estados deben adoptar “medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación o represalia”. Por su parte, en una materia más especializada, el Protocolo relativo a la trata de personas anexo a la Convención de Palermo contra la criminalidad organizada transnacional, señala en los núms. 1 y 5 de su art. 6, diferentes medidas como: (a) proteger la privacidad y la identidad de las víctimas, en particular, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas al delito; y (b) la adopción de medidas para resguardar a las víctimas mientras se encuentren en un determinado territorio.

En suma, desde el ámbito del Derecho internacional, se postula la protección tanto de la intimidad como la seguridad de las víctimas ante un riesgo grave de afectación, lo cual ha dado lugar a regulaciones específicas como las leyes de protección de testigos y peritos en causas criminales, y en las que fijan una diversidad de medi-

das que eviten, por ejemplo, la confrontación física entre la víctima y el procesado –salvo excepcionalmente que ello se requiera–. Adicionalmente, se identifican víctimas con una mayor vulnerabilidad y en las que caben aplicar medidas especiales para su protección.

Lo anterior resulta de suma importancia cuando nos encontramos en supuestos de criminalidad organizada. Aquí, el carácter asociado de esta forma delictiva, sus peculiaridades jerárquicas, la clandestinidad de sus actividades, sus reglas internas de funcionamiento y su enorme capacidad para obstaculizar y neutralizar la acción policial y judicial, es donde la colaboración de los ciudadanos resulta decisiva y necesaria para su combate y evitar la impunidad de sus actividades delictivas.²⁸

Pero, por otra parte, los procesos penales que se relacionan con la criminalidad organizada, son las situaciones más propensas para el desarrollo de la victimización secundaria. Así, por el *modus operandi* de esta compleja forma de delincuencia, los procesos jurisdiccionales suelen tener una duración desmesurada en la que las víctimas o los testigos pueden comparecer reiteradamente ante las autoridades; lo cual las enfrenta, en varias ocasiones, con los abogados de los presuntos autores del delito, o incluso, con los propios victimarios.²⁹

El derecho a la protección de las víctimas es un tema inacabado, pues requiere la implementación –tanto en los

28 Al respecto Cubillo López, *La protección de testigos en el proceso penal*, Edit. Civitas, Madrid, 2009.

29 Crespo Barquero, “La protección de las víctimas de la delincuencia organizada en el ordenamiento jurídico español”, en: Villacampa Estiarte (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 192.

espacios policiales y judiciales— de espacios reservados y en los que se pueda reducir la posibilidad de contactos con el imputado u otras personas que se relacionen con él. Adicionalmente, resulta necesaria la formulación de códigos de buenas prácticas y fomento de la sensibilización en los profesionales de diversas áreas que tienen contactos con ellas, a fin de que no contribuyan a perjudicar el maltrecho estado psíquico y emocional de los perjudicados por el delito. En especial, con relación a los abogados defensores, que buscan desacreditar a las víctimas mediante preguntas acerca de su vida sentimental o sexual anterior o concomitante con el delito. En estas situaciones, la autoridad jurisdiccional debe estar atenta a evitar en lo posible este tipo de cuestionamientos en víctimas que pueda advertirse que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad psíquica o emocional. A fin de minimizar estas incómodas situaciones, la información previa que pueda aportar el agente del Ministerio Público —u otro profesional de una entidad gubernamental o privada— acerca de los fines y el método del interrogatorio forense puede ser de mucha utilidad, junto a ello, resulta necesario el acompañamiento a la víctima por una persona de su confianza.

Por último, resta señalar que algunos ordenamientos en el ámbito del Derecho comparado, prescriben la necesidad de una *evaluación individual de cada víctima*, a fin de determinar sus necesidades especiales de protección. Este enfoque más dinámico permite superar una clasificación *a priori* como especialmente vulnerable (menores de edad/mayores de edad) que poseen la mayor parte de los códigos procesales vigentes en América Latina.³⁰ Es

30 Sobre lo anterior, Tamarit Sumalla, “Las víctimas de la delincuencia organizada”, en: Villacampa Estiarte (Coord.), *La de-*

así que las posteriores reformas legislativas en la materia, deben ir enfocadas en una evaluación individual de cada víctima, a fin de adoptar las medidas que resulten más pertinentes ponderando otros factores concurrentes. La evaluación debe realizarla un equipo técnico especializado, debiendo tener en cuenta: las características personales de la víctima, el tipo o la naturaleza del delito y las circunstancias en que fue cometido.

Conviene tener presente, que cuando se trate de delitos que se desarrollen bajo la modalidad de grupo u organización criminal, siempre será necesario adoptar motivadamente medidas que eviten el contacto visual con el infractor –por ejemplo, mediante un biombo, aplicación de la técnica gessel, circuito cerrado entre otras– cuando el caso lo amerite. La grabación de su testimonio para su posterior reproducción en la etapa contradictoria, puede evitar el constante número de manifestaciones que la víctima debe aportar en diferentes instancias. En resumen, como acertadamente sostiene Tamarit Sumalla, la víctima de una organización criminal es una víctima especialmente vulnerable, por ende, las medidas de protección que se autoricen deben resultar efectivas.³¹

5. REPARACIÓN

La reparación es lo contrario a la violencia, al castigo, a la humillación y al aislamiento provocado por el delito. Significa etimológicamente: “componer”, “remediar”, “enmendar”. Así, desde la perspectiva victimológica, es atender y remediar el daño causado a la víctima por una

lincuencia organizada: un reto a la política criminal actual, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 178.

31 *Ibíd.*, p. 186.

acción criminal con el fin de lograr su restablecimiento psíquico, material y social. Por ende, y de acuerdo con Marchiori, es un derecho que tiene el ciudadano que resultó perjudicado por el delito y se constituye en un componente esencial de la asistencia que el Estado debe proporcionarle.³²

Pese a que para algunos autores, la reparación debe considerarse una institución inacabada en cuanto a su evolución y poco depurada respecto a su naturaleza, características y efectos,³³ en la actualidad, existe un consenso de que la reparación posee un significado más amplio que el de la responsabilidad civil derivada del delito, y esto es porque: (a) abarca también la compensación del daño social producido por el delito, de ahí que, se postule en muchos casos por una reparación simbólica; (b) exige un esfuerzo personal relevante —no necesariamente económico— al responsable penal de la infracción; (c) atiende a una pluralidad de dimensiones del daño provocado por el delito, por lo que también tiene un contenido no esencialmente económico; y (d) el canon de exigibilidad al infractor en lo relativo a las prestaciones hacia la víctima, se mide conforme su capacidad. Por todo lo anterior, se habla que la reparación debe contener dos dimensiones: un *valor de resultado* y un *valor de acción*, susceptibles de compensar, al menos con relación a determinados delitos, una parte del desvalor propio del ilícito cometido.³⁴

32 Marchiori, *Criminología. La víctima del delito*, ob. cit., p. 201.

33 Luna Castro, *Los derechos de las víctimas y su protección*, ob. cit., p. 32.

34 Sobre lo anterior: Tamarit Sumalla, Curso de especialización sobre Victimología, sistema penal y justicia reparadora, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 2010, pp. 50-51.

El art. 5 de la sección A de los Principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y de abuso de poder (1985) afirma que: “[s]e establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos”.

Así el referido instrumento internacional, distingue entre el *resarcimiento* a cargo de los penalmente responsables o terceros, que consiste en la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la rehabilitación de derechos. Y la *indemnización-reparación*, que corresponde al Estado cuando no sea suficiente el importe al que se encuentra obligado el agente delictivo o del que provenga de otras fuentes, y que implica un aporte económico cuando: (a) las víctimas del delito hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; (b) la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización. A tales efectos, sostiene el principio número 13, que se “fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido”.

En la actualidad, existe una tendencia que tiene lugar desde los años setenta del siglo pasado, de incluir siste-

mas de reparación a favor de las víctimas de determinados delitos con cargo a fondos públicos. En este sentido, conviene tener presente el Convenio de la Unión Europea de 24-XI-1983, el cual recomendaba a los Estados del referido continente la implantación de sistemas de reparación pública con relación a determinados delitos violentos. Lo esencial de estos sistemas, es que operan de forma supletoria respecto de la responsabilidad civil derivada del delito y, en los cuales el Estado se atribuye un derecho de repetición frente al responsable civil.³⁵

Dentro de las razones que justifican este tipo de sistemas de reparación, de acuerdo con Rodríguez Manzanera, se encuentran: (a) si el Estado se ocupa de los sectores de población en condiciones desventajosas es pertinente que extienda su acción en beneficio de las víctimas de actos delictivos; (b) existe una obligación estatal de indemnizar, ya que no es capaz de proteger a la colectividad de la criminalidad, no obstante que ella paga los servicios de policía, tribunales, cárceles, etc.; (c) un aporte económico a las víctimas, puede facilitar su colaboración respecto al sistema de justicia penal; y (d) el estado de insolvencia económica en que se encuentran la mayor parte de delincuentes, por ser condenados a largas penas de prisión o porque carecen de las posibilidades monetarias para pagar los daños causados, entre otras razones. En suma, al tomar el Estado bajo su responsabilidad la seguridad ciudadana, toma también la obligación de re-

35 Sobre lo anterior: Pereda Beltrán/Tamarit Sumalla, *Victimología teórica y aplicada*, ob. cit., p. 321. Como muy bien exponen los autores, esto no tiene nada que ver con los supuestos en que el Estado es responsable civil subsidiario por los delitos o faltas cometidos por los servidores públicos, o con el mecanismo administrativo de la responsabilidad patrimonial del Estado por un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos”.

parar sus fallas, deber que también se manifiesta en los impuestos que los ciudadanos pagan al Estado para su protección.³⁶

Como vemos, la victimología exige un concepto *amplio* de reparación, que comprende: (a) una *reparación institucional-penal*, que puede implicar la condena del delincuente y el posterior cumplimiento de una pena; (b) una *reparación económica* que implica tanto la restitución como la indemnización pecuniaria, a cargo del agente delictivo o de un tercero —en este caso, el tercero civilmente responsable—; (c) una *reparación social-comunitaria*, que implica el reconocimiento de la responsabilidad y una disculpa a la víctima, lo que puede implicar escenarios a cargo de una justicia restaurativa. Dentro de esta categoría caben actos recordatorios de las víctimas de determinados delitos mediante la conmemoración. Lo que se busca aquí, es superar el dolor que sufren las víctimas y sus familiares por el olvido de los comportamientos criminales de parte de la justicia y la comunidad —por ejemplo nombrando de diferente manera a una plaza, cartas a las familiares, vigiliass religiosas, etc.—; (d) la *restitución monetaria* a la comunidad implica el pago de dinero por parte del autor del delito a otra entidad generalmente un programa comunitario dirigido a niños, ancianos, familiares sin hogar, hospitales, etc.; y el (e) *servicio a la comunidad*, el cual requiere que el agente delictivo realice algún servicio a la comunidad. Ejemplo: pintando instalaciones públicas, colaborar limpiando parques, etc.³⁷

36 Rodríguez Manzanera, *Victimología*, 11^o Edición, Edit. Porrúa, México, 2008, pp. 395-396. En especial, véanse los diversos sistemas de indemnización estatal en el mundo a los que hace referencia el connotado criminólogo mexicano

37 Sobre lo anterior: Marchiori, *Criminología, La víctima del delito*, ob. cit., pp. 195-198.

IV. Conclusiones

Efectuando una apretada síntesis de lo expuesto, podemos caracterizar como víctimas a quienes sufren las consecuencias directas o indirectas provocadas por el delito, y esto de forma independiente, a su reconocimiento como tales por los órganos jurisdiccionales. Partiendo de ello, y merced del importante aporte que el activismo victimológico ha realizado desde finales del siglo pasado, se le reconoce a las víctimas un estatus dentro y fuera del proceso penal, otorgándoles una variedad de derechos de rango constitucional e internacional (información, protección, intervención, asistencia y reparación del daño causado por el crimen).

Esto implica igualmente un cambio transcendental dentro del proceso penal, que ya deja de entenderse como una contienda entre el Estado y el imputado, y se deja ver como un escenario cuya legitimidad política se obtiene mediante la tutela de quienes también han resultado perjudicados por el delito. Como bien apunta Maier, la clara implementación de los modelos de enjuiciamiento acusatorio tiene que ver con esa decidida incorporación de la víctima al escenario procesal.³⁸ Y esto es independiente de su constitución como sujeto procesal o no. Sin embargo, queda mucho camino por recorrer.

En efecto, uno de los desafíos que impone la tutela judicial efectiva de las víctimas, es un procedimiento en el que puedan tener relevancia sus intereses y que no necesariamente implique el dictado de un castigo penal. Me refiero a la justicia restaurativa. De acuerdo con la Resolución 2002/12 del Consejo Económico Social de Naciones Unidas (ECOSOC), denominado “Principios Básicos

38 Maier, *Derecho procesal penal, Fundamentos*, 2° Edición, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 391.

para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal”, por proceso restitutivo se “...entiende todo proceso en el que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”. Citando el referido instrumento como ejemplos: la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.

Si bien en legislaciones procesales penales iberoamericanas este tipo de prácticas se suelen considerar complementarias a los modelos rígidamente punitivos, nada obsta en potenciar mayormente su uso, evitando toda restricción o limitación injustificada. De esta manera, podrá superarse el rígido “paradigma del castigo” por uno más cercano al restablecimiento de la paz social mediante el reconocimiento y satisfacción de los intereses de todos los involucrados (“paradigma restaurativo”).

Por otro lado, y en el exclusivo ámbito de estudio de la victimología, resta señalar la necesidad de estudiar los nuevos ámbitos de victimización que se relacionan —entre otros casos— con daños patrimoniales que se realizan a colectivos de personas mediante el uso de la tecnología (*investment scam*), las graves vulneraciones a la intimidad que acaecen ante el uso incorrecto de las social-media (*bullying, stalking, gossip, etc.*) o la difusión del *child sexual abuse material* (CSAM).³⁹

39 Vid.: Tamarit/Péreda, *Las respuestas de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edit. B de F, Montevideo, 2014.

Resulta oportuno que en algunos de estos ámbitos, se potencie una prevención victimológica de tipo asistencial en favor de los potenciales perjudicados. Pero también, cabe la posibilidad de establecer ciertas regulaciones legales y administrativas para evitar su comisión e igualmente la adopción de medidas civiles de reparación a los afectados. Medidas que pueden ir en simultáneo al uso del poder punitivo estatal.⁴⁰

Como último punto, resta reflexionar sobre los casos en que poblaciones enteras sufren graves vulneraciones de derechos humanos. Nos referimos a los procesos *macro-victimización*. ¿Qué hacer en aquellos casos que las instituciones gubernamentales vulneran los más elementales derechos de sus ciudadanos como acontece con la supresión de garantías constitucionales como el debido proceso para facilitar condenas masivas? ¿Qué respuestas podemos dar desde la victimología a quienes sufren diariamente detenciones ilegales, prisión preventiva indefinida o deben salir exiliados de su país por temor a represalias de quien ostente el poder político? Quizás la respuesta vaya más de la simple asistencia a quienes han sido criminalizados por el gobernante de turno y sea necesario proponer medidas para evitar que estos abusos se repitan cíclicamente en la historia de una nación.

En fin, la tarea en estos casos es construir una victimología que tenga como objeto el abuso del poder y su contención. Como en una ocasión lo señaló Aniyar De Castro: "... cuando los derechos humanos son masiva-

40 *Ibid.*, pp. 303-335.

mente violentados, nadie puede tranquilamente dormir en su cama”.⁴¹

V. Bibliografía

Alonso Rimo, “La víctima en el sistema de justicia penal II”, en Baca/Baldomero/Echeburúa Odrizola/Tamarit Sumalla, *Manual de victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Aniyar De Castro, *Criminología de los derechos humanos*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2010.

Crespo Barquero, “La protección de las víctimas de la delincuencia organizada en el ordenamiento jurídico español”, en: Villacampta Estiarte (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013.

Cubillo López, *La protección de testigos en el proceso penal*, Edit. Civitas, Madrid, 2009.

Diez Ripollés, *La política criminal en la encrucijada*, 1º Edición, Edit. B de F, Montevideo, 2007.

Garland, *La cultura de control*, Edit. Gedisa, Barcelona, 2001.

Luna Castro, *Los derechos de la víctima y su protección en los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*, Edit. Porrúa, México, 2009.

Maier, *Derecho procesal penal, fundamentos*, Tomo I, 2º Edición, Editorial Del Puerto, 2004.

Marchiori, *Criminología: la víctima del delito*, Edit. Porrúa, México, 2015.

41 Aniyar De Castro, *Criminología de los Derechos Humanos*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 61.

- Pereda Beltrán, “La victimología en el contexto de las ciencias sociales”, en: Pereda Beltrán/Tamarit Sumalla, *Victimología, teórica y aplicada*, Edit. Huygens, Barcelona, 2013.
- Rodriguez Campos/García Mercader, *Victimización y des-victimización*, Edit. Temis, Bogotá, 2014.
- Rodriguez Manzanera, *Victimología*, 11° Edición, Edit. Porrúa, México, 2008.
- Silva Sánchez, *La expansión en el Derecho penal*, 3° Edición, Edit. B de F, Montevideo, 2011.
- Tamarit Sumalla, “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en: Baca/Baldomero/Echeburúa Odriozola/Tamarit Sumalla, *Manual de Victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- Tamarit Sumalla, *Curso de especialización sobre victimología, sistema penal y justicia reparadora*, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 2010.
- Tamarit Sumalla, “Las víctimas de la delincuencia organizada”, en Villacampa Estiarte (Coord.), *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013.
- Tamarit Sumalla/Villacampa Estiarte, *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2006.
- Tamarit Sumalla/Pereda Beltrán, *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edit. B de F, Montevideo, 2014.
- Vílchez Soto, “Asistencia psicológica a las víctimas de trata”, en: Lara Aguado (Dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, Edit. Civitas, Navarra, 2012.

CAPÍTULO VI

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: BALANCE CRÍTICO Y PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA JUSTICIA PENAL

LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO PENAL POR VÍAS ALTERNATIVAS EN EL MARCO DE LA NUEVA FINALIDAD DEL PROCESO PENAL. REFLEXIÓN CRÍTICA

Sergio J. Cuarezma Terán¹

Sumario: 1. Introducción 2. Contextualización del proceso penal en América Latina 2.1 Breve historia y evolución del proceso penal en la región 2.1.1. El modelo inquisitivo 2.1.2. La transición a modelos acusatorios 2.1.3. Impacto de la globalización y los derechos humanos 2.2 Los modelos actuales de justicia penal en América Latina: Acercamiento punitivo vs. restaurativo 2.2.1. El acercamiento punitivo (la finalidad tradicional) 2.2.2. El acercamiento restaurativo (la nueva finalidad y sus vías alternativas) 3. La finalidad del proceso penal: la resolución del conflicto y por vías alternativas 3.1 Concepto de paz

- 1 Dr. h. c. mult. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Rector, Profesor e Investigador de Derecho penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua; Presidente del Capítulo Nicaragua del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP), Investigador *senior* del Instituto de Estudios Penales “Alimena”, Instituto de Investigación Interdepartamental de la Universidad de Calabria, Italia; Miembro del Comité Permanente de América Latina para la Prevención del Delito (COPLAD), Experto del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Miembro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo de Latinoamérica.

social en el contexto judicial 3.2 La reconciliación y restauración como objetivos del sistema penal 3.3 Ejemplos de cómo las vías alternativas buscan la convivencia (justicia restaurativa) 4. Las vías alternativas como herramienta para la nueva finalidad del proceso 4.1 Definición y propósito de las vías alternativas (MASC) 4.2 Cómo las vías alternativas promueven la paz social (evitando la sentencia) 4.3 El papel de los jueces y el sistema judicial en la promoción de las vías alternativas 5. Desafíos en la implementación de las vías alternativas de resolución de conflictos 5.1 Obstáculos en la aplicación de las vías alternativas (MASC) en América Latina 5.2 Desigualdad y acceso a la justicia alternativa 5.3 El rol de las instituciones en la implementación efectiva de las vías alternativas 6. Propuestas para fortalecer las vías alternativas como mecanismo de convivencia 6.1 Reformas al sistema judicial (para priorizar las vías alternativas) 6.2 Formación de los funcionarios judiciales en justicia restaurativa y MASC 6.3 Promoción de la participación de las víctimas y la comunidad en el proceso 7. Conclusiones 7.1 Resumen de los puntos clave 7.2 La irrelevancia de la sentencia punitiva para la paz social 7.3 Reflexión final: El futuro no es un mejor castigo, sino una mejor reparación.

Resumen

El trabajo analiza la transformación del proceso penal en América Latina desde una perspectiva que trasciende la mera sanción. Basándose en la nueva finalidad del proceso penal, el análisis se orienta hacia la resolución del conflicto y la restauración de la convivencia social. Se examina la evolución de los modelos punitivos frente

a los restaurativos, el papel de la sentencia judicial como instrumento de paz y los desafíos que enfrenta la justicia penal para consolidar un sistema centrado en la dignidad humana. Por tratarse de una reflexión crítica sustentada en la experiencia profesional y el análisis personal del autor, la argumentación se desarrolla desde la práctica jurídica y educativa, privilegiando la reflexión propia sobre los procesos observados, razón por la cual se prescinde de citas textuales o referencias a pie de página.

Palabras clave: proceso penal, justicia restaurativa, resolución de conflictos, convivencia y paz social, sentencia judicial.

Abstract: This paper analyzes the transformation of the criminal process in Latin America from a perspective that transcends mere punishment. Based on the new purpose of the criminal process, the analysis focuses on conflict resolution and the restoration of social coexistence. It examines the evolution of punitive versus restorative models, the role of judicial sentences as an instrument of peace, and the challenges criminal justice faces in consolidating a system centered on human dignity. As this is a critical reflection based on the author's professional experience and personal analysis, the argumentation is developed from legal and educational practice, prioritizing the author's own reflection on the observed processes, which is why textual citations or footnotes are omitted.

Keywords: Criminal process, restorative justice, conflict resolution, social coexistence and peace, judicial sentence.

1. Introducción

El Derecho procesal penal en América Latina atraviesa una transformación que trasciende un simple cambio de códigos; asiste a una redefinición de su finalidad última.

Históricamente, el proceso fue un instrumento de poder punitivo centrado en el castigo. Los sistemas de justicia se enfocaban en un modelo retributivo, donde la imposición de una pena sobre el individuo era la respuesta principal ante la comisión de un delito.

Hoy, sin embargo, esa visión ha sido superada. Ha emergido un enfoque donde la finalidad se orienta hacia la restauración de la convivencia y la paz social, legitimando la integración de mecanismos como la mediación y la conciliación (MASC) como vías centrales, y no meramente accesorias, del sistema.

Este trabajo analiza la profunda evolución, sosteniendo que dicho cambio, si bien hoy se defiende desde el humanismo (la reparación del daño y la atención a la víctima), fue catalizado en gran medida por las presiones estructurales de la globalización.

La transición a mercados transnacionales generó una imperativa demanda de “seguridad jurídica” para proteger las inversiones. El sistema judicial tradicional –lento, formalista y centrado en el castigo– era visto como un “costo de transacción” inasumible y un factor de “desorden judicial” que generaba incertidumbre.

La presión por la reforma tuvo, por tanto, un marcado carácter eficientista. La meta inicial no era la “justicia social”, sino la “justicia rápida” (*fast justice*) y la eficiencia operativa. Fue precisamente esta búsqueda de eficiencia económica la que abrió la puerta a los MASC (mediación, conciliación), vistos como herramientas idóneas para “descongestionar” los despachos y garantizar soluciones expeditas, lo que por algunos fue interpretado como una privatización de la justicia.

Irónicamente, estas herramientas introducidas por razones de eficiencia de mercado traían consigo una filoso-

ña radicalmente opuesta a la del castigo. La justicia restaurativa se opone al modelo retributivo: mientras este último se enfoca en castigar al infractor, el primero busca reparar el daño causado a la víctima. Los MASC reorientaron el foco: del “hecho delictivo” pasaron al “conflicto humano”; del “castigo” pasaron a la “reparación”; y del “autor” pasaron a la “víctima” y la “comunidad”. El proceso penal dejó de ser solo un espacio de confrontación para intentar ser un espacio donde las comunidades buscan sanar.

Para explorar dicha transformación, este trabajo reflexiona, en primer lugar, sobre la evolución de los sistemas judiciales en la región y su progresiva incorporación de los mecanismos alternativos. Seguidamente, se analiza el concepto de paz social, su relación con el Derecho penal y el impacto de la justicia restaurativa. Finalmente, se exponen los principales desafíos que enfrenta la implementación de estas vías alternativas en la región y se discuten las perspectivas futuras de este enfoque.

2. Contextualización del proceso penal en América Latina

2.1 BREVE HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL PROCESO PENAL EN LA REGIÓN

El proceso penal en América Latina ha sido históricamente influenciado por diversas tradiciones jurídicas, que van desde el derecho romano-germánico hasta el derecho anglosajón, con una marcada prevalencia de los sistemas de derecho civil. Esta herencia jurídica europea, especialmente la del modelo inquisitivo, desempeñó un papel crucial en la formación de los sistemas procesales penales de la región, aunque con notables variacio-

nes que responden a contextos políticos, sociales y culturales específicos.

A lo largo de la historia de América Latina, el proceso penal ha pasado por distintas fases, desde una estructura predominantemente inquisitorial, donde el juez desempeñaba un rol central en la investigación y en la determinación de la culpabilidad, hasta la adopción más reciente de modelos acusatorios, que buscan hacer más transparente y equitativa la administración de la justicia penal.

2.1.1. El modelo inquisitivo

En las primeras etapas de la historia de América Latina, el proceso penal adoptó el modelo inquisitorial. En este modelo, el juez no solo actúa como árbitro del proceso, sino que también tiene un rol activo en la investigación de los hechos, recopilando pruebas, interrogando a los acusados y tomando decisiones unilaterales sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado. En este sistema, la defensa del acusado no era siempre un derecho efectivo, y las garantías procesales eran limitadas. Este enfoque se utilizó en la mayor parte de los países latinoamericanos hasta bien entrado el siglo XX, cuando empezaron a surgir movimientos hacia la reforma y modernización del sistema penal.

El sistema inquisitivo era un sistema de justicia despersonalizado, secreto, feudal y muy marcado por el autoritarismo, especialmente en los períodos de gobiernos centralizados que prevalecieron en gran parte de la región durante el siglo XIX y parte del XX. Este enfoque se sustentaba en la idea de que la verdad podía ser descubierta exclusivamente por la autoridad judicial, lo que dejaba poco espacio para la participación del acusado, su defensa y, fundamentalmente la víctima, cuya reparación no era un fin del proceso.

2.1.2. La transición a modelos acusatorios

A partir de finales del siglo XX y principios del XXI, América Latina vivió un proceso de reformas de la justicia penal que incluyeron la adopción de sistemas acusatorios. Estos cambios se inspiraron en modelos considerados más modernos, como algunos desarrollados en países del norte de Europa y ciertas variantes del sistema anglosajón. Se valoró en ellos su énfasis en la oralidad, la publicidad del juicio y el rol activo de las partes.

Sin embargo, es importante matizar esta influencia, ya que el sistema norteamericano, en particular, su fuerte componente de negociación penal (acuerdos de pena), ha sido objeto de múltiples cuestionamientos respecto a su opacidad en fases previas al juicio, y las disparidades estructurales que afectan el acceso a una defensa efectiva. Por ello, si bien estos modelos aportaron elementos valiosos, la adopción en América Latina ha buscado ir más allá, implementando no solo la eficiencia, sino también la resolución real del conflicto a través de vías alternativas, con base a una finalidad del proceso penal que, además, respondan a los principios del debido proceso y la equidad.

La transición hacia el sistema acusatorio en América Latina ha sido un proceso largo y complejo, más de 34 años, que estuvo marcado por las tensiones entre los modelos tradicionales y las demandas de transparencia, equidad y efectividad en los juicios penales. La reforma procesal penal que se implementó en muchos países de la región se basó en la premisa de que la justicia debía ser un proceso de examen público, incluyendo la presunción de inocencia, la creación de audiencias públicas y una mayor participación de la defensa en el que las pruebas fueran presentadas de forma clara y en el que las partes pudieran presentar sus argumentos de manera equilibra-

da; y sobre todo, abrieron el espacio procesal para soluciones distintas a la sentencia, como las salidas alternas y los mecanismos de justicia restaurativa.

2.1.3. Impacto de la globalización y los derechos humanos

El fin de las dictaduras y el avance de la democracia en América Latina también fueron factores clave que impulsaron las reformas en el proceso penal. La globalización y las exigencias internacionales de respeto por los derechos humanos facilitaron la adopción de principios procesales más abiertos, como el acceso a un juicio justo, el respeto a la defensa y la independencia judicial. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jugó un papel fundamental en la promoción de reformas orientadas a garantizar la protección de los derechos fundamentales de los acusados. Este enfoque humanista fue el sustento filosófico para priorizar la reparación de la víctima sobre la simple punición del Estado.

2.2. LOS MODELOS ACTUALES DE JUSTICIA PENAL EN AMÉRICA LATINA: ACERCAMIENTO PUNITIVO VS. RESTAURATIVO

En la actualidad, los sistemas de justicia penal de América Latina se caracterizan por una dualidad entre dos enfoques fundamentales: el acercamiento punitivo y el restaurativo. Ambos enfoques tienen sus raíces en los modelos procesales que se han ido construyendo en la región, pero responden a visiones muy diferentes del papel de la justicia penal en la sociedad.

2.2.1. El acercamiento punitivo (la finalidad tradicional)

El acercamiento punitivo se refiere a un modelo de justicia centrado en la sanción severa como forma de preven-

ción general y especial. Este modelo se basa en la premisa de que el castigo es necesario para disuadir a la sociedad de cometer delitos y para rehabilitar a los delincuentes a través de la pena. En muchos países de América Latina, los sistemas penitenciarios siguen influenciados por esta visión, que da prioridad al castigo sobre la rehabilitación. Las políticas públicas tienden a enfocarse en el encarcelamiento masivo y en la imposición de penas severas, especialmente para delitos relacionados con el crimen organizado, el narcotráfico y la violencia.

El acercamiento punitivo se ha visto fortalecido por el aumento de la percepción de inseguridad en muchos países de la región, lo que ha generado un clamor popular por políticas más duras contra el crimen. Esto se refleja, por ejemplo, en la legislación que permite penas más largas (y actualmente penas privativas de libertad perpetuas sujetas a revisión) para ciertos delitos y que, en ocasiones, privilegia la prisión preventiva sobre otras medidas cautelares.

2.2.2. El acercamiento restaurativo (la nueva finalidad y sus vías alternativas)

Por otro lado, el acercamiento restaurativo ha cobrado fuerza en las últimas décadas en América Latina, especialmente como respuesta a los fracasos del modelo punitivo y como la materialización de la “nueva finalidad” del proceso penal. Este enfoque se basa en la resolución del conflicto y la reparación del daño causado por el delito, a través de vías alternativas que evitan la sentencia punitiva. Este modelo se inspira en la justicia restaurativa, un concepto que promueve la restauración de los derechos de las víctimas y la reparación del daño, en lugar de simplemente aplicar una pena que se limite a castigar.

Los países que adoptan modelos restaurativos elevan las vías alternativas (MASC) a herramientas centrales del proceso penal, implementando prácticas como la mediación, la conciliación, las audiencias restaurativas y los programas de reinserción social.

La experiencia latinoamericana es un claro ejemplo de este giro. Se han implementado centros especializados en justicia restaurativa en países como Argentina, Chile y Costa Rica, los cuales facilitan que las partes involucradas en un conflicto penal (víctima, agresor y comunidad) lleguen a acuerdos de reparación.

En este sentido, la justicia alternativa busca reconstruir los vínculos sociales y la convivencia, considerándose una herramienta especialmente útil en el contexto de delitos menores y juveniles.

Además, el modelo restaurativo no se limita a una reparación económica o simbólica del daño, sino que involucra a las comunidades en el proceso de sanción, favoreciendo una visión holística de la justicia. En este modelo, el estado penal deja de ser el único agente central de la justicia, y las vías alternativas le otorgan a las víctimas y a la sociedad un papel más activo en la resolución del conflicto.

El proceso penal en América Latina ha experimentado transformaciones significativas, desde la adopción del sistema inquisitorio hasta la implementación de reformas hacia modelos acusatorios más transparentes y equitativos. Al mismo tiempo, la región enfrenta un debate constante sobre las bases de su sistema de justicia penal, con la dicotomía entre enfoques punitivos y restaurativos. Mientras que el enfoque punitivo sigue dominando en muchos países debido a la preocupación por la seguridad y la percepción del crimen, los enfoques restaura-

tivos buscan ofrecer alternativas reales que promuevan la rehabilitación y reconciliación.

La evolución del sistema penal en América Latina sigue siendo un campo de debate activo, que exige una reflexión profunda sobre los principios de justicia, equidad y derechos humanos. La elección entre un enfoque punitivo y restaurativo no es una disyuntiva fácil, y cada país debe considerar sus particularidades sociales, económicas y políticas al formular políticas de justicia penal. No obstante, el diálogo, la reflexión y la innovación serán claves para el diseño de un sistema de justicia penal que no solo castigue, sino que, a través de la resolución alternativa de conflictos, también construya una sociedad más justa y pacífica.

3. La finalidad del proceso penal: la resolución del conflicto y por vías alternativas

La justicia penal no puede comprenderse únicamente como un mecanismo técnico de resolución de conflictos que culmina en una sentencia. El proceso penal ha evolucionado para reconocer que su finalidad no es solo la imposición de una pena, sino la restauración de la paz social. Esta “nueva finalidad” del proceso implica un cambio de paradigma: el objetivo es la resolución real del conflicto, no la mera punición.

Esta óptica redefine el rol de todos los actores. El proceso penal, tradicionalmente visto como una experiencia dolorosa marcada por la incertidumbre, puede transformarse en una oportunidad de restauración. Sin embargo, esta restauración raramente se alcanza a través del juicio oral y la sentencia punitiva, que por naturaleza son confrontativos y retributivos.

La verdadera materialización de esta nueva finalidad se encuentra en las vías alternativas, como la mediación y la conciliación. Estos mecanismos procesales están diseñados específicamente para evitar la sentencia punitiva y centrarse en la víctima y la reparación del daño. El juez, por tanto, deja de ser el actor central (el ejecutor del fallo) para convertirse en un guardián de la finalidad del proceso penal y la garantía de que estas vías alternativas se implementen de manera justa y efectiva, trasladando el protagonismo a las partes y a los facilitadores (mediadores).

3.1 CONCEPTO DE PAZ SOCIAL EN EL CONTEXTO JUDICIAL

El concepto de paz social ha sido tradicionalmente asociado con la estabilidad y el orden. Sin embargo, en el contexto del nuevo proceso penal, la paz social debe ser entendida como la capacidad del sistema de justicia para reconciliar a la sociedad *sin* necesidad de recurrir al castigo. Más que una simple ausencia de conflicto, la paz social implica un restablecimiento del tejido social dañado, y la resolución de los conflictos de manera que todas las partes involucradas encuentren una solución justa, privilegiando el acuerdo reparatorio sobre la sentencia.

En América Latina, el concepto de paz social ha adquirido una importancia crítica, especialmente en el marco de las reformas judiciales que han tratado de equilibrar las demandas de seguridad pública con los derechos humanos de los individuos. La justicia penal se convierte en un espacio clave donde se dirimen no solo las disputas entre el estado y los individuos, sino también los conflictos dentro de la propia comunidad. La justicia penal, en este sentido, debe ser vista como un mecanismo para restaurar la paz, asegurando que la sociedad no solo castigue,

sino también sanación y reconciliación, y esto se logra de manera más efectiva a través de las vías alternativas.

A lo largo de la historia de América Latina, especialmente durante el periodo de dictaduras militares y regímenes autoritarios, se ha percibido que la paz social se lograba a través de la imposición del orden, frecuentemente sin tener en cuenta los derechos de las víctimas ni la rehabilitación de los infractores.

Con la transición hacia democracias más robustas, el concepto de paz social ha ido evolucionando, adoptando un enfoque más inclusivo que busca la reconciliación y la rehabilitación, objetivos que son el pilar de la mediación y la conciliación.

3.2 LA RECONCILIACIÓN Y RESTAURACIÓN COMO OBJETIVOS DEL SISTEMA PENAL

Dentro del sistema penal moderno, la reconciliación y la restauración se han consolidado como los objetivos esenciales de esta “nueva finalidad”. Estos dos objetivos se encuentran íntimamente relacionados con la justicia restaurativa, y las vías alternativas (MASC) son el instrumento procesal para alcanzarlos. La reconciliación y la restauración no solo buscan evitar el castigo, sino también sanar las heridas y reparar los daños tanto a las víctimas como a la sociedad.

La reconciliación, como objetivo del sistema penal, se refiere al proceso mediante el cual el delincuente, la víctima y la sociedad logran superar los conflictos derivados del delito. Este proceso no significa simplemente perdonar u olvidar el daño causado, sino reconocer el sufrimiento de las víctimas y permitir que el infractor asuma su responsabilidad de una manera constructiva. Este concepto se encuentra profundamente relacionado con

la noción de justicia restaurativa, que enfatiza la restauración de las relaciones dañadas y el reconocimiento del daño causado por la conducta delictiva.

La implementación del sistema penal restaurativo también ha encontrado un nicho de éxito en la región para delitos comunes, tal como se observa en países como México y Perú. En estas jurisdicciones, las mediaciones entre víctimas y agresores se han utilizado para fomentar la reparación directa del daño. Este tipo de mediación no solo se limita a cuestiones materiales, sino que también permite que las víctimas se sientan escuchadas y que los infractores tengan la oportunidad de reparar el daño emocional causado, promoviendo así la finalidad resocializadora del proceso.

La restauración, por otro lado, tiene un alcance más amplio, y busca devolver al infractor a la sociedad de manera que pueda integrarse sin seguir reproduciendo el comportamiento criminal. Si bien esto puede implicar procesos de rehabilitación postsentencia, la vía alternativa busca la restauración antes de la sentencia, fomentando la responsabilidad personal del infractor como requisito para la reparación y la extinción de la acción penal, cortando así el ciclo de reincidencia sin necesidad de la punición.

3.3 EJEMPLOS DE CÓMO LAS VÍAS ALTERNATIVAS BUSCAN LA CONVIVENCIA (JUSTICIA RESTAURATIVA)

La justicia restaurativa, implementada a través de vías alternativas, ha sido vista como la respuesta idónea a los sistemas punitivos tradicionales. Este enfoque no solo se centra en el castigo, sino en la reparación del daño, la rehabilitación del infractor y la reconciliación entre las partes.

La experiencia en materia penal juvenil a lo largo de América Latina demuestra un claro compromiso con este modelo. Un ejemplo clásico observable en la región, como el sistema implementado en Costa Rica, permite que los menores infractores tengan la oportunidad de participar en programas de justicia restaurativa. A través de este diálogo con las víctimas, se busca la reparación del daño causado mediante la restitución, ya sea material o simbólica. Este enfoque ha mostrado ser una vía efectiva para reducir la reincidencia en los adolescentes, ya que les ofrece una oportunidad para asumir responsabilidad de manera concreta y no solo a través del castigo.

En contextos de complejidad social o posconflicto, la justicia restaurativa alcanza su máxima expresión. La implementación de sistemas de justicia transicional, tal como se ha desarrollado en Colombia, a través del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, es un modelo a nivel mundial. Este sistema no solo busca el castigo de los responsables, sino que prioriza los mecanismos alternativos para promover la reconciliación y la reparación integral de las víctimas. En este sentido, las víctimas tienen la oportunidad de expresar su dolor, recibir respuestas por parte de los responsables y participar en procesos de reparación simbólica, como la restitución de tierras o el reconocimiento público de los hechos. Este enfoque ejemplifica cómo la justicia penal puede contribuir a la reconciliación nacional en sociedades profundamente marcadas por la violencia.

Para el ámbito de los delitos comunes y de bajo impacto social, el enfoque también es claro. En jurisdicciones como México, la implementación de audiencias restaurativas (una vía alternativa) en ciertos tipos de delitos ha permitido que las víctimas y los infractores lleguen a acuerdos. Estos acuerdos no solo compensan el

daño material, sino que también favorecen la reintegración social del infractor mediante trabajos comunitarios o programas educativos. Este tipo de procesos buscan, además, cambiar la mentalidad de los infractores, quienes, en lugar de sentirse objeto de una mera sanción, tienen la oportunidad de aprender y mejorar su comportamiento para contribuir positivamente a la comunidad.

La justicia restaurativa ha demostrado ser eficaz para restaurar el tejido social y promover la convivencia y la paz social. En lugar de centrarse en el castigo, este modelo busca, como hemos expresado, transformar los conflictos en oportunidades de diálogo y entendimiento, donde la rehabilitación del infractor y la reparación del daño son fundamentales para lograr una sociedad más justa y cohesionada. Los programas de justicia restaurativa también promueven una cultura de paz, ya que muestran que el castigo no siempre es la única forma de resolver los conflictos y que la reconciliación y el perdón pueden ser herramientas poderosas para superar el daño causado.

4. Las vías alternativas como herramienta para la nueva finalidad del proceso

4.1 DEFINICIÓN Y PROPÓSITO DE LAS VÍAS ALTERNATIVAS (MASC)

En los modelos contemporáneos de justicia, el fin del proceso penal ya no es determinar si el hecho es o no punible y quienes son autores y partícipes (esto pasa a un nivel secundario), sino la resolución del conflicto. La sentencia judicial, entendida como la imposición de una sanción, es el acto formal que representa el fracaso de las vías conciliatorias y la continuación del modelo punitivo tradicional.

En contraposición, las vías alternativas de resolución de conflictos (MASC) —como la mediación, la conciliación o los acuerdos reparatorios— son los mecanismos procesales diseñados para alcanzar la “nueva finalidad” del proceso: la restauración de la paz y la convivencia social. Su propósito central es resolver el conflicto de manera consensuada, evitando, prima fase, la sentencia punitiva, en un marco que garantice los derechos humanos y la reparación de la víctima. En este contexto, la vía alternativa se convierte en el instrumento idóneo de restauración, donde el Estado busca reparar el daño y generar las condiciones para que las partes involucradas reconstruyan sus relaciones.

El sistema de justicia, bajo esta nueva óptica, debe actuar como un agente que promueve la restauración de la paz de la comunidad, y esto lo logra priorizando las MASC sobre el juicio y la sentencia. Esta visión está en el corazón de la justicia restaurativa.

4.2 CÓMO LAS VÍAS ALTERNATIVAS PROMUEVEN LA PAZ SOCIAL (EVITANDO LA SENTENCIA)

Las vías alternativas tienen un potencial transformador para promover la paz social, precisamente porque no son punitivas. Para que la solución sea restaurativa, debe centrarse en la reparación integral del daño, no en el castigo. La justicia penal, idealmente, no debería consistir en sancionar, sino en reparar las consecuencias del delito.

Cuando un conflicto se deriva a una vía alternativa, el objetivo no es hacer que el infractor sufra (como buscaría la sentencia), sino curar el daño causado y evitar la perpetuación del conflicto. Por ejemplo, si una persona comete un robo (en los casos permitidos por la ley), la vía alternativa (mediación o acuerdo reparatorio) buscará la

restitución del bien, pero también un acuerdo sobre la reparación simbólica o el compromiso de no repetición.

Este tipo de enfoque tiene como base el principio de que el proceso penal debe ser un mecanismo de resolución de conflictos, en el que el objetivo central sea el conflicto humano, para restaurar la paz social. En este contexto, el acuerdo reparatorio (y no la sentencia) busca un equilibrio restaurativo, donde no se aumenta el conflicto ni se exacerba el sufrimiento, sino que se promueven soluciones justas que contribuyan a la convivencia.

4.3 EL PAPEL DE LOS JUECES Y EL SISTEMA JUDICIAL EN LA PROMOCIÓN DE LAS VÍAS ALTERNATIVAS

El papel de los jueces y magistrados es fundamental, pero su rol cambia drásticamente. En el modelo punitivo, el juez es el protagonista que impone la sentencia; en el modelo restaurativo, el juez es un promotor, facilitador o garante de las vías alternativas.

Los jueces tienen la responsabilidad de no incrementar el conflicto, sino de orientar a las partes involucradas hacia las MASC (mediación, conciliación) como la solución principal y preferente. Esto implica que los jueces no deben ser meros árbitros que esperan el juicio para imponer una sanción, sino que deben actuar como los primeros promotores del diálogo, su rol, con la nueva finalidad del proceso se modifica radicalmente, deja de ser pasivo para ser activo en la configuración positiva del conflicto.

Cuando un juez identifica un caso donde existen medidas restaurativas viables, tiene la obligación de orientar el proceso hacia la reparación del daño, en lugar de continuar hacia el juicio oral. En muchos casos, el juez debe derivar el caso a mediación, lo cual facilita la sanación emocional y promueve un acuerdo que, en última

instancia, contribuye a la restauración de la paz social (la verdadera finalidad del proceso).

Por ejemplo, en un caso de lesiones leves, el juez no debe buscar la sentencia de prisión o trabajo comunitario; debe verificar si las partes pueden llegar a un acuerdo reparatorio o a una conciliación, aún antes de la sentencia. El juez, por tanto, no solo debe ser el encargado de hacer cumplir la ley punitiva, sino el encargado de guiar a las partes hacia las soluciones alternativas que aseguren la paz social. Para ello, los jueces deben estar bien formados no solo en leyes penales, sino también en los principios de justicia restaurativa y en las técnicas de mediación.

Una parte esencial de este enfoque restaurativo es que los jueces, en su rol de garantes del debido proceso, deben asegurar que los acuerdos (no las sentencias) sean efectivas para sanar las relaciones y reparar el daño. Esto no solo involucra medidas de reparación material, como el pago de indemnizaciones, sino también la reparación emocional y simbólica, como el reconocimiento del daño causado, las disculpas públicas y la disposición a cambiar.

En algunos países de América Latina, los jueces han comenzado a priorizar estas vías alternativas, permitiendo que los infractores asuman responsabilidad directa, lo que fomenta su rehabilitación sin necesidad de la punición. Este tipo de prácticas refleja el cambio de mentalidad, alejándose de la visión punitiva tradicional.

El rol de las vías alternativas en la restauración de la convivencia y la paz social es esencial en un sistema de justicia penal orientado hacia la reconciliación. Las soluciones no deben limitarse a la aplicación de un castigo, sino que deben contemplar la reparación del daño y la sanación de las relaciones sociales rotas por el delito.

Para ello, los jueces y magistrados deben actuar como facilitadores del diálogo, orientando a las partes involucradas hacia soluciones que restauren el equilibrio social y promuevan una convivencia pacífica y equitativa. El sistema judicial, entonces, se convierte en un pilar para la construcción de la paz social, utilizando las MASC como las herramientas principales para alcanzar la nueva finalidad del proceso.

5. Desafíos en la implementación de las vías alternativas de resolución de conflictos

5.1 OBSTÁCULOS EN LA APLICACIÓN DE LAS VÍAS ALTERNATIVAS (MASC) EN AMÉRICA LATINA

La implementación de las vías alternativas de resolución de conflictos (MASC) en América Latina ha enfrentado varios desafíos a lo largo del tiempo, a pesar de los esfuerzos por adoptar este enfoque dentro del sistema judicial. Estos obstáculos son de naturaleza sociopolítica, estructural y cultural, lo que ha dificultado su plena integración en los sistemas penales de la región. Aunque algunos países han logrado avances significativos, otros aún enfrentan barreras considerables.

Uno de los principales obstáculos en la aplicación de las prácticas restaurativas es la resistencia al cambio dentro del sistema judicial. En muchos países de América Latina, el modelo tradicional de justicia penal sigue siendo el punitivo, que se enfoca principalmente en el castigo, la retribución y la prevención del delito mediante penas severas. Este enfoque tiene profundas raíces históricas y culturales, que han dificultado la transición hacia modelos restaurativos, más orientados a la reparación del daño y a la rehabilitación de los infractores.

En varios países, la desconfianza en el sistema de justicia restaurativa también es un desafío importante. La sociedad y los actores del sistema penal, incluidos algunos jueces y fiscales, pueden ser escépticos acerca de la efectividad de la justicia restaurativa, especialmente en delitos graves o de alta criminalidad. Este es un problema especialmente notable en países con altos índices de criminalidad como México, Brasil o Colombia, donde existe una percepción generalizada de que la pena debe ser severa para disuadir el crimen. La falta de información y formación sobre el sistema de justicia restaurativa es otro obstáculo significativo que contribuye a la resistencia al cambio, ya que muchos operadores del sistema judicial no están suficientemente capacitados para implementar y aplicar las nuevas prácticas.

Además, la estructura del sistema judicial y el desajuste entre el modelo punitivo tradicional y el restaurativo generan un conflicto estructural. El sistema judicial de muchos países latinoamericanos está diseñado para retribuir y castigar (llegar a juicio y sentenciar) más que para rehabilitar a los infractores a través de la reparación temprana. Esta falta de infraestructura para llevar a cabo programas de mediación y reparación limita las posibilidades de aplicar las vías alternativas de manera efectiva.

5.2 DESIGUALDAD Y ACCESO A LA JUSTICIA ALTERNATIVA

La desigualdad en el acceso a la justicia es otro obstáculo clave para la implementación de las vías alternativas en América Latina. Las disparidades económicas y sociales entre los distintos sectores de la población impactan directamente en la manera en que las personas pueden acceder a los mecanismos judiciales. En muchas regiones, especialmente en áreas rurales o empobrecidas, las per-

sonas más vulnerables no tienen el acceso adecuado a los servicios legales, y las soluciones restaurativas como la mediación o las audiencias restaurativas son menos accesibles para estas comunidades.

Los grupos marginados —como las personas indígenas, las mujeres, y las personas de bajos recursos económicos— a menudo enfrentan obstáculos adicionales en el acceso a la justicia, como discriminación estructural, falta de representación legal o ignorancia sobre sus derechos. Estos grupos pueden verse excluidos de los procesos restaurativos, lo que afecta la eficacia de estos y perpetúa las desigualdades sociales. Además, las desigualdades en la representación legal dificultan que las víctimas y los infractores de contextos marginalizados puedan participar de manera justa en los procesos restaurativos, ya que los recursos legales y de mediación son limitados en muchos casos.

Otro factor es la inequidad entre las comunidades urbanas y rurales, donde las comunidades rurales a menudo carecen de acceso a mecanismos de justicia restaurativa, como los centros de mediación o los programas de reparación, debido a la falta de infraestructura judicial en esas áreas. Esto limita la capacidad de los sistemas de justicia para ser inclusivos y para abarcar a todas las personas en situación de conflicto.

5.3 EL ROL DE LAS INSTITUCIONES EN LA IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DE LAS VÍAS ALTERNATIVAS

La implementación efectiva de las vías alternativas (MASC) en América Latina depende, en gran medida, del compromiso y la capacidad de las instituciones encargadas de la justicia penal. En este sentido, las instituciones judiciales tienen un rol clave en la promoción, desarrollo

y aplicación de los enfoques restaurativos. Para que este modelo funcione de manera efectiva, es necesario que las instituciones judiciales (fiscalía, judicatura) estén adecuadamente formadas y, sobre todo, comprometidas con la justicia restaurativa.

El rol de los jueces y fiscales es fundamental, ya que son los que deciden si un caso debe resolverse a través de medidas restaurativas o punitivas. En muchos países, los jueces y fiscales tienen poca formación sobre las prácticas restaurativas y, por lo tanto, no las consideran como una opción viable en sus decisiones. La formación y la sensibilización de los operadores del sistema judicial sobre los beneficios de la justicia restaurativa son necesarias para superar este obstáculo. El desafío aquí es crear una cultura judicial que valore y aprecie la reconciliación, el (viejo arte del) diálogo y la rehabilitación como medios eficaces para abordar el crimen, en lugar de seguir confiando exclusivamente en el castigo.

Además, la coordinación interinstitucional es crucial para implementar programas de justicia restaurativa que involucren a diversos actores como el Ministerio Público, el Órgano Judicial, organizaciones de la sociedad civil, victimólogos y mediadores capacitados. Las instituciones de seguridad pública, por ejemplo, deben colaborar con las autoridades judiciales y las comunidades para garantizar que los infractores sean sometidos a procesos restaurativos adecuados y que las víctimas reciban la compensación y apoyo necesarios.

El compromiso político es también un factor determinante. Los gobiernos deben invertir recursos para implementar y fortalecer los mecanismos restaurativos dentro del sistema de justicia penal. Esto incluye la asignación de fondos para la capacitación de jueces y fiscales, el establecimiento de programas de mediación y repa-

ración del daño a nivel comunitario, y la creación de infraestructuras adecuadas que permitan llevar a cabo estos procesos. En algunos países, como Costa Rica y México, se han dado pasos importantes para incorporar la justicia restaurativa en la legislación, pero todavía queda trabajo por hacer para garantizar su aplicación efectiva en todo el sistema judicial.

Además, el compromiso social es esencial para el éxito de las prácticas restaurativas. Las comunidades deben estar involucradas en los procesos judiciales restaurativos, como mediadores, voluntarios o simplemente como parte interesada en el proceso de reconciliación. Las prácticas restaurativas, al involucrar a las comunidades, permiten una respuesta colectiva al crimen y ayudan a fortalecer el sentido de pertenencia y cohesión social.

6. Propuestas para fortalecer las vías alternativas como mecanismo de convivencia

El fortalecimiento del rol de las vías alternativas de resolución de conflictos es un desafío importante para muchos sistemas de justicia en América Latina. Con la creciente aceptación de la justicia restaurativa, es crucial que se adopten estrategias para garantizar que el proceso penal no solo castigue, sino que también fomente la rehabilitación, la reconciliación y la restauración de las relaciones sociales a través de estas vías. En este sentido, las reformas al sistema judicial, la capacitación de los operadores en la gestión de estos mecanismos y la promoción de la participación de las víctimas y la comunidad en los acuerdos reparatorios son pasos fundamentales hacia una justicia más efectiva, inclusiva y restauradora.

6.1 REFORMAS AL SISTEMA JUDICIAL (PARA PRIORIZAR LAS VÍAS ALTERNATIVAS)

Las reformas al sistema judicial son necesarias para garantizar que el proceso penal priorice las vías alternativas por sobre la sanción punitiva, buscando la rehabilitación del infractor y la reparación del daño causado a las víctimas. Para fortalecer la resolución alternativa como un espacio de convivencia y paz social, es fundamental que las reformas se enfoquen en la reconstrucción de la confianza en el sistema judicial y en la prevención del delito a través de mecanismos restaurativos.

Una de las primeras reformas debe ser una revisión estructural del sistema judicial, que permita que los tribunales estén mejor equipados para manejar casos que impliquen mecanismos restaurativos. Esto incluye la creación de unidades especializadas en mediación y conciliación dentro de los procesos judiciales. Algunos países ya han iniciado este camino, como Costa Rica, donde se han establecido tribunales y centros de mediación para facilitar acuerdos entre víctimas e infractores sin necesidad de pasar por un proceso judicial tradicional.

A nivel legislativo, se debe reformar el marco normativo para incluir explícitamente el derecho a la reparación y la rehabilitación del infractor. Por ejemplo, en países como Colombia y México, se han implementado reformas que permiten la mediación entre las partes, la reparación del daño y la integración de programas de rehabilitación. La reforma debe permitir que los jueces tengan la facultad de aprobar acuerdos que vayan más allá del castigo, buscando opciones como el trabajo comunitario, la educación y la reparación simbólica del daño.

Es importante que estas reformas aseguren que la justicia restaurativa no esté limitada a ciertos tipos de delitos o personas, sino que sea accesible para todos los

sectores sociales. Las reformas deben garantizar que las comunidades marginadas, como las comunidades indígenas o los barrios de bajos recursos, tengan acceso igualitario a estos mecanismos de resolución de conflictos. De esta manera, la justicia no solo será un espacio de sanción, sino de cohesión social y de inclusión para todos.

6.2 FORMACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES EN JUSTICIA RESTAURATIVA Y MASC

La formación de los operadores judiciales en justicia restaurativa es uno de los pilares fundamentales para fortalecer la aplicación de las vías alternativas en la restauración de la convivencia social. Los jueces, fiscales, defensores y demás actores del sistema judicial deben comprender a fondo los principios de la justicia restaurativa, los cuales se basan en la reparación del daño, la responsabilidad del infractor y la reconciliación entre las partes.

Los operadores judiciales deben ser capacitados en técnicas de mediación, gestión de conflictos y mecanismos de reparación que les permitan facilitar acuerdos entre las víctimas y los infractores. Además, es necesario que los jueces comprendan cómo gestionar, facilitar y validar los acuerdos reparatorios y las mediaciones para que logren los objetivos de rehabilitación y reintegración social. Esta capacitación debe incluir tanto la teoría como la práctica, con entrenamientos específicos en la aplicación de estos enfoques dentro del marco normativo del sistema penal.

Además de la formación técnica, los operadores judiciales deben ser sensibilizados sobre los beneficios sociales y humanitarios de la justicia restaurativa. Esto puede implicar talleres y seminarios en los que se resalten historias de éxito y casos prácticos en los que la mediación y

acuerdos restaurativos hayan logrado resolver conflictos de manera efectiva, en lugar de recurrir al castigo severo.

Es fundamental que los operadores judiciales no solo reciban formación legal, sino que también trabajen junto con profesionales de otras disciplinas, como psicólogos, trabajadores sociales y mediadores, para tratar los casos desde una perspectiva holística. Este enfoque interdisciplinario es clave para que las soluciones alternativas puedan abordar no solo la culpabilidad del infractor, sino también las causas subyacentes del delito, como el desarraigo social o la falta de educación.

6.3 PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y LA COMUNIDAD EN EL PROCESO

Una de las características fundamentales de la justicia restaurativa es la participación de las víctimas y las comunidades en el proceso penal. Las víctimas no deben ser solo espectadoras pasivas ni testimoniales en el juicio, sino que deben poder participar activamente en la reparación del daño y en el proceso de reconciliación. La comunidad, por su parte, juega un papel crucial en la reintegración del infractor y en la restauración de la paz social.

En los procesos restaurativos, las víctimas tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y necesidades, y, de ser posible, recibir una compensación o reparación del daño causado. En lugar de centrarse únicamente en la pena, el proceso busca que el infractor se responsabilice por sus actos y participe activamente en la reparación del daño. Este tipo de mediación no solo promueve la justicia, sino también la sanación emocional de las víctimas, quienes se sienten más valoradas y reconocidas.

La comunidad debe ser parte del proceso, especialmente en casos donde el delito haya afectado la seguridad y

cohesión social. El papel de la comunidad es clave en el proceso de reintegración del infractor, a través de programas como trabajos comunitarios o proyectos de rehabilitación social. La reparación simbólica y el perdón público también pueden ser herramientas poderosas para reconstruir las relaciones sociales afectadas por el delito.

En muchas regiones de América Latina, la justicia comunitaria juega un rol vital en la resolución de conflictos, especialmente en comunidades rurales o marginadas. Promover la participación comunitaria en el proceso penal, mediante consejos de justicia o tribunales comunitarios, puede ayudar a fortalecer la legitimidad de las soluciones alternativas y a promover la reconciliación local. Las comunidades, al ser parte activa del proceso, no solo pueden facilitar la rehabilitación del infractor, sino también asegurar que la solución sea más justa, adaptada a sus realidades sociales.

7. Conclusiones

7.1 RESUMEN DE LOS PUNTOS CLAVE

A lo largo de este artículo, hemos analizado la profunda transformación del proceso penal en América Latina, que se desplaza de una simple finalidad punitiva a una mucho más compleja: restaurar la convivencia y la paz social. Como expresamos, la evolución del modelo inquisitivo al acusatorio no fue solo un cambio de forma, sino la apertura filosófica a una “nueva finalidad” del proceso, donde la víctima y la reparación del daño adquieren un protagonismo que antes era exclusivo del estado y su potestad de castigar.

El eje central de este trabajo ha sido exponer que la sentencia punitiva no es la herramienta idónea para al-

canzar esta nueva finalidad. Por el contrario, como se exploró, la sentencia es la antítesis de la restauración; es un mecanismo de interrupción del conflicto, pero no de resolución. La verdadera materialización de esta nueva finalidad se encuentra en las vías alternativas de resolución de conflictos (MASC), como la mediación y la conciliación.

En este contexto, hemos destacado cómo la experiencia regional con iniciativas de justicia restaurativa demuestra que la paz social se construye de manera más efectiva a través de acuerdos reparatorios que surgen del diálogo entre las partes. Sin embargo, como se analizó, los principales obstáculos para la consolidación de este paradigma no son legales, sino culturales (la resistencia de los funcionarios judiciales a ceder el protagonismo del juicio) y estructurales (la desigualdad en el acceso a estos mecanismos).

7.2 LA IRRELEVANCIA DE LA SENTENCIA PUNITIVA PARA LA PAZ SOCIAL

La sentencia judicial punitiva es, en gran medida, irrelevante para la construcción de la paz y la convivencia social. La sentencia es un acto de poder vertical, un monólogo del Estado que impone una “verdad” legal y un castigo, pero que rara vez restaura el tejido social roto e incrementa el conflicto. La víctima puede obtener “justicia” legal, pero no necesariamente reparación, y el infractor puede ser neutralizado, pero no responsabilizado.

La “nueva finalidad” del proceso penal, analizada en este ensayo, exige reconocer que la verdadera justicia restaurativa ocurre *fuera* de la sala de juicio: en la sala del diálogo. El proceso penal tradicional, centrado en la sentencia, es un fracaso en términos de convivencia porque está diseñado para excluir (encarcelar) y no para reintegrar (reparar).

7.3 REFLEXIÓN FINAL: EL FUTURO NO ES UN MEJOR CASTIGO, SINO UNA MEJOR REPARACIÓN

El futuro del proceso penal en América Latina no debe centrarse en cómo castigar mejor, sino en cómo reparar más eficazmente. La “nueva finalidad” del proceso es un mandato de paz que nos obliga a superar la cultura punitiva y que vincula genética y funcionalmente, a las partes involucradas en el proceso penal. Como analizamos, esto enfrenta el reto de la desigualdad estructural: las vías alternativas no pueden ser un lujo para delitos menores en barrios ricos, mientras la justicia punitiva se reserva para los sectores marginados.

Los jueces y magistrados deben transformar radicalmente su rol. Su principal función ya no debe ser la de “juzgar y sentenciar”, sino la de actuar como “guardianes y facilitadores” de las vías alternativas para restaurar la convivencia y la paz social. Deben ser los primeros en derivar los casos a mediación y en proteger la validez de los acuerdos reparatorios.

Finalmente, las reformas en América Latina deben dejar de enfocarse en la eficiencia del juicio oral y centrarse en la efectividad de las MASC. La paz social no se alcanzará construyendo más cárceles o celebrando juicios más rápidos, sino invirtiendo en centros de mediación y en la formación de operadores que entiendan que el éxito del proceso penal moderno no se mide por el número de condenas, sino por el número de conflictos resueltos.

LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES. BALANCE ACTUAL –2025–

Luis Mario Carrasco¹

Sumario: I. Introducción, II. Los procedimientos alternos para la resolución de conflictos en el código procesal de Panamá, III. Actualidad de los procedimientos alternos de solución del conflicto penal en el foro nacional, IV. Las ventajas y los peligros de los métodos alternos de resolución de conflictos, V. Conclusión

Resumen

Los procedimientos alternos de solución de conflictos penales buscan resolver ciertos delitos sin llegar a un juicio oral, priorizando la celeridad, la economía procesal y la justicia restaurativa. En Panamá, estos mecanismos cobraron especial relevancia con la entrada en vigor del Código Procesal Penal acusatorio, que redefinió el proceso penal como un medio para resolver conflictos y no solo para imponer sanciones. Entre estos procedimientos se encuentran el desistimiento de la pretensión punitiva,

- 1 Máster en Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Especialista en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica, Master of Science in Administration College of Business Administration, University of Notre Dame, Indiana U.S.A. Profesor e Investigador de Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Exmagistrado titular del Tribunal Superior de Apelaciones, República de Panamá.

la mediación, los criterios de oportunidad, la suspensión condicional del proceso y los acuerdos de pena o de colaboración. Su aplicación ha contribuido significativamente a la descongestión del sistema judicial y a una mayor participación de la víctima. No obstante, su uso excesivo puede generar riesgos como la banalización del poder punitivo del Estado y percepciones de impunidad. Por ello, se insiste en que estos métodos deben aplicarse principalmente a delitos de menor gravedad y bajo un adecuado control judicial, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la credibilidad del sistema penal.

Palabras clave: procedimientos alternos, solución de conflictos, justicia restaurativa, control judicial, percepciones de impunidad

Abstract

Alternative procedures for the resolution of criminal conflicts aim to resolve certain crimes without reaching an oral trial, prioritizing speed, procedural economy, and restorative justice. In Panama, these mechanisms became particularly relevant with the implementation of the accusatory Criminal Procedure Code, which redefined the criminal process as a means to resolve conflicts and not only to impose sanctions. These procedures include the withdrawal of the punitive claim, mediation, opportunity criteria, conditional suspension of the process, and plea or cooperation agreements. Their application has significantly contributed to alleviating the judicial system and increasing victim participation. However, their excessive use can generate risks, such as the trivialization of the state's punitive power and perceptions of impunity. Therefore, it is emphasized that these methods should primarily apply to less serious crimes and be subject to appropriate judicial control, ensuring respect for fundamental rights and the credibility of the criminal system.

Keywords: Alternative procedures, Conflict resolution, Restorative justice, Judicial control, Perceptions of impunity

I. Introducción

Los procedimientos alternos para la solución del conflicto penal son propuestas legislativas que buscan resolver determinadas situaciones generadas por la comisión de un delito sin necesidad de llegar a un juicio oral y público. La finalidad de estos es la de racionalizar el uso del sistema penal, reservando la alternativa del juicio público para los casos de mayor gravedad, promoviendo soluciones eficaces y restaurativas cuando ello sea posible ante infracciones de menor entidad y gravedad.

En el Derecho Procesal panameño, los diferentes procedimientos alternos a los cuales nos referiremos en esta presentación fueron incorporados de poco a poco por vía de leyes especiales las cuales, entre el año de 1987, hasta la entrada en vigor del Código Procesal Penal nos permitió contar en un Código Procesal de esquema inquisitivo con todos los procedimientos actualmente vigentes en el Código Procesal Penal, salvo el acuerdo de pena o de colaboración.

Pero es solo a partir de la entrada en vigor del actual Código Procesal Penal de orientación acusatoria que la importancia y el perfil de los procedimientos alternos de resolución de conflictos han alcanzado mayor relevancia e importancia.

¿Por qué de esto?

Es posible tomar nota de factores de orden procesal como el evidente fracaso del antiguo juicio penal, caracterizado por la escrituralidad y un exagerado formalismo junto a una excesiva litigiosidad que redundó al fi-

nal en procesos judiciales inaceptablemente largos, excesivamente costosos con resultados en no pocos casos insatisfactorios, tales como nulidades procesales que eliminaban juicios enteros.

También han influido factores de orden extraprocesal tales como el impulso criminológico por devolverle el control del proceso a los protagonistas del conflicto. Súmese a lo anterior, la vigencia de la llamada justicia restaurativa que se decanta por un intercambio entre el ofensor y la víctima con énfasis en atender el daño sufrido por la víctima y por la sociedad buscando caminos de reparación.

Además de las razones que hemos mencionado en los párrafos anteriores, no es posible obviar que la entrada en vigor del Código Procesal Penal en el año 2011 redefinió los fines de la investigación y del procesamiento penal dando paso a una coyuntura que convirtió en protagonistas importantes a los métodos alternos como veremos a continuación.

El Libro III de Procedimiento Penal en el Código Judicial Panameño de 1987 en su Artículo 1941 señala que *el objeto del proceso penal es investigar los delitos, descubrir y juzgar a sus autores y partícipes*.

Contrástese lo anterior con lo señalado en el Artículo 272 del Código Procesal Penal vigente cuando al explicar los fines de la investigación dispone que *la fase de la investigación tiene por objeto procurar la resolución del conflicto si ello resulta posible, y establecer si existen fundamentos para la presentación de la acusación mediante la obtención de toda la información y elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad, presentados por el Ministerio Público o el querellante o ambos, con la oportunidad de la defensa del imputado*.

Frente a este cambio en un ensayo anterior señalábamos que ...*para el codificador panameño el proceso penal ha pasado de ser un mero instrumento para permitir la investigación de delitos y la aplicación de las consecuentes sanciones y se ha convertido en un mecanismo que aspira primariamente a resolver el conflicto generado por la conducta cuestionada y solo en un segundo plano para generar los insumos requeridos que permitan fundamentar una acusación penal.*²

II. Los procedimientos alternos para la resolución de conflictos en el código procesal de Panamá

1. EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA

El artículo 201 del Código Procesal Penal indica que antes del juicio oral la víctima podrá desistir de la pretensión punitiva, pero esto solo sería factible frente a un inventario cerrado de delitos. La mayoría de los delitos enumerados se ejecutan sin violencia o el uso de armas, salvo las modalidades culposas del homicidio, las lesiones personales y el delito de lesiones personales culposas.

Debe señalarse que, aunque el desistimiento encabeza el inventario de los procedimientos alternos de resolución de conflictos, el mismo técnicamente no puede ser tenido como un procedimiento en sí mismo ya que de lo que se trata es de un acto de voluntad unilateral por parte de la víctima que pone fin a un procedimiento que ya se encontraba en curso.

2 Carrasco Mandeville, Luis Mario. *Los procedimientos alternos de solución del conflicto y los fines del proceso penal*. p. 142. Obra colaborativa, El Derecho Penal en Tiempos de Colera. tirant lo blanch, ciudad de México, 2020.

El desistimiento admitido trae como consecuencia la extinción de la acción penal.

2. LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN

Aquí hablamos de dos mecanismos de resolución de conflicto que ponen en escena de manera directa a los protagonistas del diferendo para que de manera negociada busquen poner un final a sus diferencias

La conciliación implica que las partes acuerden someter sus diferencias a la consideración de un tercero quien actuaría como un facilitador para la resolución del conflicto.

La mediación propone que sean las partes quienes resuelvan entre ellas el conflicto planteado. Se trata de un mecanismo propio de la justicia restaurativa en que el imputado y la víctima asistidos por un mediador, buscan un acuerdo voluntario que repare el daño causado. El papel del mediador es el de facilitar que las partes elaboren su propia solución.

En la praxis tribunalicia local, *la mediación penal es la que tiene relevancia práctica en nuestro medio, dado que la conciliación como tal no opera en nuestro medio, al menos hasta ahora.*³

Tanto la conciliación como la mediación proceden únicamente frente a los delitos que permitan el desistimiento de la pretensión punitiva según el artículo 201 del Código Procesal Penal.

3 Ello Solano, César Román. *Metodos alternos a la solución del conflicto en el sistema penal acusatorio panameño*. Jurídica Pujol, S.A. 2021, p. 68.

3. LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

La Ley Procesal vigente en la República de Panamá, le permite al Ministerio Público abstenerse de ejercer la acción penal o de desistir de ella cuando el autor o partícipe del delito hubiese sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral tan grave que torne innecesaria o desproporcionada una pena o cuando el hecho investigado no afecte gravemente el interés de la colectividad o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia. Debo enfatizar que la aplicación del principio de oportunidad por regla general queda condicionada a que se trate de hechos que no afecten gravemente los intereses de la colectividad.

En clave técnica habría que añadir que, al igual que con el desistimiento, aquí no se trata de un procedimiento sino del ejercicio de una prerrogativa unilateral concedida al Ministerio Público como titular de la acción penal. En otras palabras, se trata de un instrumento que modifica el curso del procedimiento penal ordinario permitiendo su terminación anticipada bajo ciertas condiciones.

4. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO SUJETO A CONDICIONES

Cuando se trate de infracciones a la ley penal en las cuales la posible pena a imponer no exceda de tres años de prisión o se trate de arresto de fines de semana, prisión domiciliaria o de días multas, el imputado por vía de su defensor puede solicitar que el juez ordene la suspensión de la causa penal que se le sigue siempre y cuando no se hubiere dictado el auto de apertura a juicio, y el imputado admita los hechos y convenga en reparar los daños causados.

En estos casos el juez queda facultado para suspender la sustanciación de la causa por un plazo que puede oscilar entre un año y tres, e imponerle al imputado algunas condiciones y obligaciones de comportamiento.

5. LOS ACUERDOS

La ley procesal panameña permite que el imputado y el Ministerio público alcancen acuerdos ya sea para evitar la celebración del juicio o para fortalecer probatoriamente otras causas penales. La ley entonces favorece esta situación en dos modalidades ya sea los conocidos acuerdos de pena y los acuerdos de colaboración eficaz.

Los acuerdos de pena implican que el imputado admita su responsabilidad a cambio de una propuesta de pena formulada por el Ministerio Público usualmente reducida.

En este escenario el papel del juez se circunscribe a verificar la voluntariedad de las partes especialmente la del imputado, así como la efectiva comprensión de este último en cuando a sus derechos y a las prerrogativas a las cuales renuncia al acogerse a un acuerdo y finalmente a verificar la ausencia de indicios de corrupción o de banalidad.

Los acuerdos son, en realidad, la única innovación que el Sistema Penal Acusatorio introdujo al sistema en materia de procedimientos alternos de resolución de conflictos. La discusión en el foro sobre la viabilidad de este procedimiento alternativo se mantiene. Vale señalar que la constitucionalidad del mismo ya fue demandada generándose un pronunciamiento de 31 de julio de 2017 en el cual la Corte Suprema de justicia patrocinó la constitucionalidad del mismo señalando en parte lo siguiente: ...

La negociación de los acuerdos penales no debe ser vista como un fuero o privilegio para la persona imputada, sino como la

facultad del Estado de aplicar políticas criminales encaminadas a dar solución al conflicto penal, en tiempos razonables, sirviendo a la optimización de principios constitucionales de nuestro Estado de Derecho, como lo son la simplificación de trámites, la economía procesal y la ausencia de formalismos.

Cabe destacar que esta herramienta procesal tiene utilidad en la medida que procura la eficiencia del Sistema Judicial, reduciendo la movilización de recursos económicos en la restauración del orden social. Además, permite que estos recursos puedan concentrarse en la desarticulación de redes criminales o en la persecución de delitos con mayor impacto en la sociedad.

El Pleno de la Corte no comparte los argumentos del demandante constitucional, puesto que el Estado se reviste de una supremacía en el ejercicio del poder punitivo, reservándose el derecho absoluto de aplicar las sanciones a los responsables de cometer delitos; comprendiendo el jus puniendi como el derecho a sancionar del Estado, a través de los jueces: observando en la acción penal, a cargo del Ministerio Público el punto de partida del proceso judicial.

De esta manera, queda establecida con claridad la potestad del Ministerio Público, en defensa de los intereses del Estado, de llevar a cabo los acuerdos de pena, de acuerdo a las circunstancias evidenciadas en cada caso, dejando en mano de los Jueces de Garantías su validación, siempre que su celebración no deleve violación de las garantías fundamentales o indicios de corrupción o banalidad, considerando que son los jueces la última barrera de protección entre el poderío estatal y los sujetos del proceso.

La segunda modalidad de acuerdos, es decir, los de colaboración eficaz implican que una persona imputada debe presentar información relevante, verificable y útil para

la investigación de delitos graves o complejos a cambio de beneficios penales bajo el control judicial. Aquí realmente no se busca reparar un conflicto intersubjetivo, sino más bien, procurar información útil para profundizar en una pesquisa penal compleja, tales como las que presentan los esquemas de criminalidad en la actualidad. En síntesis, la finalidad de esta clase de acuerdo es eminentemente instrumental en función de fortalecer la persecución penal en los casos de criminalidad organizada.

6. LAS FORMAS NATURALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El Artículo 205 del Código Procesal Penal alude a las llamadas formas naturales de resolución de conflictos en referencia específica a prácticas mantenidas por nuestros pueblos indígenas como un medio de administración de justicia local fundado en sus propios valores, visiones y formas de vida a cargo de las autoridades tradicionales indígenas.

II. Actualidad de los procedimientos alternos de solución del conflicto penal en el foro nacional

En el año 2018 presentamos una ponencia sobre los procedimientos alternos de la solución del conflicto en Panamá, con la intención de medir sus efectos en la praxis judicial nacional.

Con estadísticas facilitadas por el Órgano Judicial, estuvimos en condiciones de cotejar la distribución porcentual de las resoluciones y sentencias dictadas por los Jueces de Garantías y de juicio oral con relación a los casos ingresados en los cuales se formuló imputación desde el 2 de septiembre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2018. Los resultados del análisis estadístico dejaron constancia del notable impacto de estos procedimientos

en el proceso penal ya que de 40,242 negocios despachados por Jueces de Garantías y Tribunales de Juicio los acuerdos de pena (26%), los desistimientos (6%) y las suspensiones provisionales del proceso (25%) representaron el 57% de los negocios despachados, todo ello sin ponderar los casos de extinción de la acción penal (10%) ni el alto porcentaje de causas (22%) pendientes de resolución por varios motivos incluyendo aquí los negocios en espera de acuerdos de mediación.

Un estudio estadístico actualizado hasta el mes de septiembre del año 2025 acredita que la tendencia va en crecimiento ya que los acuerdos de pena (32%), las suspensiones condicionales del proceso (28.8%), los criterios de oportunidad (0.5%), los desistimientos (4.0%) y los acuerdos de mediación (4.3%) juntos representan un 69.6% de las causas despachadas, en contraste con un 5.7% de negocios despachados por la vía de un juicio oral.

III. Las ventajas y los peligros de los metodos alternos de resolución de conflictos

Continuando con la lógica de encontrar mecanismos para resolver el conflicto sin agotar la vía de un juicio oral, examinaremos algunas claras ventajas que ofrecen los procedimientos alternos, así como algunos peligros que el uso inadecuado de los mismos puede representar.

A. VENTAJAS

1. Celeridad procesal y descongestión del sistema penal.

Quizás la característica más saliente de los procedimientos alternos es que facilitan una solución temprana del conflicto evitando la inversión de tiempo que implica someterse al proceso ordinario con todas las fases que el mismo implica. La voluntad del codificador a este res-

pecto fue clara en el sentido de permitirle a las partes en conflicto ante ciertas clases de delitos un mecanismo expedito para resolver la situación; por ello la oportunidad de acceder a estos procedimientos de estos procedimientos (salvo el desistimiento) se presenta lo más pronto posible, es decir, durante la fase de investigación.

La practica tribunalicia no ha seguido esta disciplina y nos encontramos aún con escenarios en los cuales los tribunales de juicio terminan aplicando salidas alternas en detrimento de sus propias competencias que deberían limitare a la celebración del juicio.

Pero aún con lo observado en el párrafo anterior, no cabe duda de que la aplicación de estos métodos ha significado una reducción para la carga de trabajo del Ministerio Público y del Órgano Judicial, permitiéndole al sistema de justicia penal dedicarles más tiempo a las infracciones que se revisten de mayor gravedad.

2. Humanización del Proceso Penal y Satisfacción Directa para la Víctima.

Los métodos alternos permiten la participación de la víctima en la resolución del conflicto. Como se ha señalado en doctrina, si de lo que se trata es de buscar en primera instancia una solicitud definitiva al conflicto nada hace más sentido que rescatar la figura de la víctima y devolverle voz y opinión frente a la situación planteada.

Por otro lado, se promueve la humanización del proceso en la medida en que se introduce un objetivo restaurativo al momento de resolverse el conflicto por encima de la simple imposición de una pena.

3. Economía Procesal

Una solución en un periodo de tiempo relativamente corto reduce el costo económico y disminuye las tensiones emocionales de la litigación penal para todas las partes, evitando procesos largos y medidas cautelares innecesarias.

B. PELIGROS

*1. Posible banalización del *jus puniendi*.*

Es un axioma debatido y aceptado, que los métodos alternos para la resolución de conflictos penales constituyen un mecanismo para ayudar a descongestionar la enorme carga de trabajo que agobia nuestros despachos judiciales. Pero es importante no perder el enfoque de lo que supone administrar responsablemente justicia penal en una democracia moderna. La justicia efectiva es algo más que despachar expedientes de manera eficiente. No hay que perder de vista la trascendencia que significa la resolución de un conflicto penal en sociedad, por ello la importancia de procedimientos públicos que le permitan a la comunidad presenciar y ser testigos de las decisiones que se refieren a transgresiones que afectan directamente las aspiraciones de seguridad común por referirse a comportamientos que afectan bienes jurídicos tutelados esenciales para la pacífica convivencia social.

Una exagerada tendencia hacia el eficientísimo procesal sobre toda otra consideración genera prácticas francamente contrarias a la misión de un juzgador penal y sus obligaciones, favoreciendo un clima de impunidad que penetra en la conciencia social y ocasiona reacciones de rechazo a los sistemas que administran la justicia penal. Tengamos en cuenta que un uso excesivo de estos métodos bien puede generar la percepción de que el delito es

un asunto negociable todo lo cual conspira contra el importante efecto preventivo de la sanción penal.

Presento un ejemplo para ilustrar el punto.

Para ello propongo algunas interrogantes como, por ejemplo, ¿Cuál sería la sanción penal que más se aplica en el país cuando se recurre a métodos alternos? La respuesta para los que se desenvuelven en el medio es obvia, sesenta meses de prisión. ¿Por qué? Porque sesenta meses es el límite máximo permitido por el Artículo 65 del Código Penal para acceder al beneficio de la pena sustitutiva de trabajo comunitario. Por este camino hemos visto la misma pena de sesenta meses de prisión aplicada para sentenciados por peculado, delincuencia organizada, robo y agresiones sexuales entre otros ejemplos, en una violación a mi juicio de las obligaciones del juzgador según las enumera el Artículo 79 del Código Penal al momento de la aplicación e individualización de las penas. Es en el interés de la víctima de la comunidad y del propio imputado que la sanción impuesta obedezca a las particulares circunstancias que acompañen cada caso en particular y no a un estándar objetivo eficientista para arribar a una pena con la cual se pueda acceder a un sustitutivo penal. Sobre este tema el Juez Roberto Sánchez ha escrito lo siguiente: *“Como pena sustitutiva, es una de las opciones más utilizadas ante las penas de 60 meses o menos. Un elemento importante es el consentimiento del sancionado para dar fe de que comprende la naturaleza de la figura, las condiciones impuestas y, sobre todo, su manifestación de voluntad de trabajar sin percibir remuneración ya que, a falta de ese consentimiento, estaríamos ante trabajos forzados.*

Fueron excluidos de esta figura los delitos contra la libertad e integridad sexual contra menores de 14 años y los delitos de hurto pecuario. Los primeros debido a la gravedad y daños permanentes sufridos por las víctimas.

Se considera que exponer a las víctimas en esta modalidad de pena a procesos judiciales o al posible contacto con su agresor, vulnera su bienestar y contraviene el interés superior del menor, especialmente durante su proceso de recuperación. Y en el caso del hurto pecuario, por la grave afectación al patrimonio de las víctimas y el aumento de casos en el país.”

No hay que perder de vista que los métodos alternos de resolución de conflictos penales proceden en principio para solventar conflictos de menor gravedad. Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia ha reiterado este principio en un pronunciamiento del 13 de junio de 2025 en el cual señaló lo siguiente: *Ciertamente le corresponde a los Tribunales y al Ministerio Público procurar resolver el conflicto sugerido a consecuencia del hecho punible, a través de los mecanismos alternativos que permita la ley, para contribuir a restaurar la armonía y la paz social, tomando en cuenta que la pena representa una medida extrema; no obstante, esto no puede interpretarse de forma tal que sean aplicados a la totalidad de los casos, pues de la atenta lectura de la regulación que de ellos hace el compendio procesal penal se desprende su aplicación para delitos de menor gravedad.*

El pronunciamiento de la Corte que no es el único, junto a la experiencia acumulada desde la entrada en vigor del nuevo sistema en el año 2011, que nos debe llevar a la conclusión de que los métodos alternos de la resolución de conflictos penales no pueden operar para todas las infracciones penales. Razones de política criminal, deben imponer el postulado de que no toda infracción penal puede ser resuelta por acuerdo entre partes lo que obliga a reconocer una categoría de delitos para los cuales los métodos alternos no son aplicables.

Comencemos por reconocer que de acuerdo con la arquitectura procesal vigente es posible determinar con

claridad que el codificador, salvo en el caso de los acuerdos, dispuso la procedencia de los métodos alternos para infracciones penales de poca gravedad. Con relación a los acuerdos de pena pensamos que ya es el momento de abrir la discusión frente al tema de que, si en realidad es posible que particulares o incluso particulares y el Ministerio Público representado por un fiscal mantengan la potestad de negociar entre ellos sin un juicio público cualquiera infracción penal, o si existen conductas que requieren del despliegue pleno del jus puniendi por constituir ataques graves a bienes jurídicos fundamentales con afectación a la estructura social de la comunidad. Estamos hablando por ejemplo de delitos graves contra la vida, la violencia sexual, la criminalidad organizada, la corrupción y el peculado entre otros.

Esta es una discusión pendiente y es de esperar que pronto se materialice para fortalecer la credibilidad de nuestro sistema de administración de justicia penal.

2. Ausencia de criterios uniformes y control judicial limitado.

A pesar de los ya casi 15 años de vigencia del nuevo sistema en el país, las decisiones en materia de métodos alternos no presentan perfiles de uniformidad dentro de un sistema en el cual, por regla general, ante situaciones fácticas similares, deben generarse soluciones parecidas. Ello obedece a una multiplicidad de factores entre los cuales menciono la relevancia de los actores intervinientes, la mayor o menor capacitación del personal que participa del proceso y la existencia de criterios judiciales dispares, todo lo cual, de mantenerse, puede afectar el sentimiento de seguridad jurídica.

Por otro lado, el papel del juez en la administración de los métodos alternos de resolución de conflictos, en

lo especial en lo atinente a los acuerdos debe ser repensado porque como bien lo ha dicho la propia Corte Suprema en un párrafo que citamos en líneas anteriores, *“son los jueces la última barrera de protección entre el poderío estatal y los sujetos del proceso”*. Lo anterior conlleva a que nuestros jueces de garantías asuman en propiedad las prerrogativas del cargo que ostentan y controlen de manera efectiva la real equidad material de los acuerdos sometidos a su consideración de conformidad con la evidencia sometida a su conocimiento y establezcan un estándar que permita por ejemplo censurar por banalidad cuando consideren que así proceda o cuando no exista claridad en cuanto al acatamiento del respeto de las garantías constitucionales del sindicado.

IV. Conclusión

El Sistema Penal de corte acusatorio a pesar de sus 15 años de implementación en el país, sigue siendo un instrumento novedoso en una sociedad que por 500 años vivió en materia judicial penal una realidad inquisitiva distinta con valores antagónicos a los que ahora se promueven, por ello no es posible rendirse ante la complacencia de los hechos cumplidos y, por el contrario, hay que redoblar los esfuerzos por mantener iniciativas de capacitación permanente para que el personal que administra el sistema encuentre foros para el debate y para consensuar en la medida de lo posible frente a los problemas que se presentan en la práctica procesal.

**RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS JUECES DE GARANTÍAS Y
TRIBUNALES DE JUICIO ORAL DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
DEL ÓRGANO JUDICIAL, SEGÚN TIPO DE RESOLUCIÓN: DE
SEPTIEMBRE DE 2011 A SEPTIEMBRE DE 2025**

Tipo de resolución	Total	Porcentaje
TOTAL...	171,087	100.0%
Sentencia mediante Acuerdo de Pena	54,715	32.0%
Sentencia Condenatoria	3,615	2.1%
Sentencia Absolutoria	2,270	1.3%
Sentencia Mixta	3,911	2.3%
Suspende Condionalmente el Proceso	49,298	28.8%
Sobreseimiento	1,895	1.1%
Acumulación de Procesos	2,223	1.3%
Criterio de Oportunidad	925	0.5%
Archivo Provisional	450	0.3%
Admite solicitud de desistimiento	6,853	4.0%
Valida acuerdo de mediación	7,357	4.3%
Prescripción de la acción penal	143	0.1%
Extinción de la acción penal	37,432	21.9%

Fuente: Elaborado por la Dirección Administrativa de Estadísticas Judiciales, a partir de los controles de realización de audiencias y controles administrativos de las Oficinas Judiciales del Sistema Penal Acusatorio.

Bibliografía

Carrasco Mandeville, Luis Mario. Los procedimientos alternos de solución del conflicto y los fines del proceso penal. Obra colaborativa, El Derecho Penal en Tiempos de Colera. tirant lo blanch, ciudad de México, 2020.

Sánchez, Roberto Alexander. Comentario del Título III Capítulo I del Código Penal. Obra colaborativa. Código Penal y Código Procesal Penal con comentarios y anotaciones. Circulo de Escritores República de Panamá 2025.

Tello Solano, César Román. Métodos alternos a la solución del conflicto en el sistema penal acusatorio panameño. Jurídica Pujol, S.A. 2021.

CAPÍTULO VII

EL LABERINTO PENITENCIARIO: DE LA UTOPIA RESOCIALIZADORA A LA REALIDAD CARCELARIA

LA IMPOSIBLE RESOCIALIZACIÓN DEL CONDENADO

MEDITACIONES DESDE EL DERECHO ARGENTINO

Gustavo A. Arocena¹

Sumario: 1. Introducción, 2. La consagración del “ideal resocializador” en el ordenamiento jurídico de la República Argentina, 3. El ideal resocializador en el Estado social y democrático de Derecho argentino frente a los principales modelos de readaptación social, 4. Reflexiones conclusivas. Bibliografía

Resumen

En el presente artículo, el autor analiza la adecuada reinserción social del recluso como finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el Estado social y democrático de Derecho de la República Argentina. Con ese propósito, el jurista identifica los diferentes modelos de readaptación social (“readaptación para la moralidad” y “readaptación para la legalidad”), con sus virtudes y críticas. Por último, él examina los condicionamientos que impone un arquetipo de Estado social y democrático.

- 1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, y Posdoctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Profesor Titular de Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Vicerrector de Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ, Managua, Nicaragua). Miembro Fundador de la Academia Argentina de Ciencias Penales. Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3695-1233>.

co de Derecho, a la hora de adherir a uno u otro de esos modelos, y finalmente expone sus razones a favor de un paradigma de readaptación social mínimo.

Palabras clave: pena privativa de la libertad, reinserción social del condenado, castigo penal, Estado social y democrático de Derecho.

Abstract

In this article, the author analyzes the adequate social reintegration of the prisoner as the purpose of the execution of the custodial sentence in the social and democratic state of law of the Argentine Republic. To this end, the jurist identifies the different models of social readaptation (“readaptation for morality” and “readaptation for legality”), with their virtues and criticisms. Finally, he examines the conditions imposed by an archetype of social and democratic state of law, when adhering to one or the other of these models, and finally exposes his reasons in favor of a paradigm of minimal social readaptation.

Keywords: penalty of deprivation of liberty, social reintegration of the convicted person, criminal punishment, social and democratic rule of law.

Provocación inicial

Escribe Galeano:

Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata: en su gran mayoría, son presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno del Dante parece cosa de Disney. Continuamente, estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces, las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y, de paso,

matan a todos los que pueden, y así se alivia en algo el problema de la falta de espacio. En 1992, hubo más de cincuenta sublevaciones de presos en las cárceles latinoamericanas con más graves problemas de hacinamiento. Los motines dejaron un saldo de novecientos muertos, casi todos ejecutados a sangre fría (Galeano, 2005, pp. 94 y 95).

Por su lado, Zaffaroni, en su ya clásico *En busca de las penas perdidas*, enfatiza:

La prisión ...es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante: *genera una patología cuya característica más saliente es la regresión*, lo que no es difícil de explicar. El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto; se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce (fumar, beber, mirar televisión, comunicarse telefónicamente, recibir o enviar correspondencia, mantener relaciones sexuales, vestirse, etc.).

Por otra parte, se le lesiona la autoestima en todas las formas imaginables: pérdida de privacidad y de su propio espacio, sometimiento a requisas degradantes, etc. A ello se agregan las deficientes condiciones de casi todas las prisiones: superpoblación, alimentación paupérrima, falta de higiene y asistencia sanitaria, etc., sin contar con las discriminaciones en razón de la capacidad de pago de alojamientos y comodidades.

El efecto de la prisión, al que se denomina *prisonización*, sin duda que es deteriorante y sumerge a la persona en una “cultura de jaula”, que nada tiene que ver con la de la vida del adulto en libertad.

Esta “inmersión cultural” no puede interpretarse como una tentativa de reeducación ni nada que se le parezca o se aproxime a lo que postula la llamada “ideología del tratamiento”; sus formas de realización son tan opuestas a este discurso, que el menos advertido se percata inmediatamente del carácter encubridor del mismo. La mera circunstancia de que el 70% de los presos de la región no estén condenados está señalando la palmaria confesión de la falsedad del discurso resocializador (Zaffaroni, pp. 153 y 154).

Estas líneas, que desafiadamente hemos denominado “Provocación inicial”, se inspiran en la finalidad de introducir una intuición que difícilmente podrán poner en crisis, no sólo los expertos del Derecho penal, sino también los legos en asuntos jurídicos, a saber: ¿cómo podría enseñarse a vivir en libertad a una persona a través de su encierro en una institución total, como la cárcel, que supone la privación de todas las libertades?

La contradicción institucional del concepto de “prisión resocializadora” es, pues, evidente. En la cárcel, al recluso se le indica desde la hora en que debe despertarse y levantarse, hasta el momento en que debe buscar el descanso reparador por la noche, desde qué alimentos ingerirá durante el día, hasta el lugar y la oportunidad en que habrá de trabajar, educarse y esparcirse. La cotidianeidad carcelaria, en síntesis, se caracteriza por la centralización de la toma de decisiones en un centro único que expropia

al sujeto encerrado de toda posibilidad de configurar su plan de acción diario en forma autónoma. La “infantilización” del ser humano que ello acarrea, máxime en privaciones de la libertad de extensa duración, es palmaria.

Pérez Fernández y Redondo Illescas, en torno a este asunto, informan:

En el marco de la investigación carcelaria tiene ya cierta tradición el estudio de los efectos psicológicos que la prisión produce en los sujetos encarcelados. Clemmer (1940) fue el primero que se refirió, con este significado, al efecto prisionización. A partir de investigaciones mayoritariamente realizadas en prisiones norteamericanas, la prisionización ha sido concebida en términos de la asimilación por los internos de hábitos, usos, costumbres, y cultura de la prisión, así como una disminución general del repertorio de conducta de los mismos, por efecto de su estancia prolongada en el centro penitenciario (...). Estos efectos tendrían lugar tanto durante el período del encarcelamiento de los sujetos como en su posterior vida en libertad.

(...)

Entre los efectos más destacables de la prisionización se encontrarían los siguientes:

Un aumento del grado de dependencia de los sujetos encarcelados, debido al amplio control conductual a que se ven sometidos. La mayoría de las decisiones que afectan a su vida diaria le son impuestas, escapando a su propio control. Si evaluamos la «localización del

control» (que puede ser interna o externa), consiguientemente, se produciría en ellos un desplazamiento de éste hacia el polo “externalista”. Esto es, atribuirían la causación de su propio comportamiento a factores externos, fuera de ellos mismos (Pérez Fernández – Redondo Illescas, 1991, p. 2).

En pocas palabras, la cárcel *desocializa*. Y pretender reinsertar socialmente a una persona a través de ella es, en el mejor de los casos, naif o absurdo, o si lo miramos con mayor rigurosidad, cínico.

Pero lo cierto es, como veremos, que el ordenamiento jurídico convencional y constitucional vigente en la República Argentina prescribe que el régimen penitenciario debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial sea, justamente, la reforma y la readaptación social del condenado.

Ante esto, y la necesidad de observar tales disposiciones jurídicas de máxima jerarquía normativa del universo de Derecho de nuestro país, resulta imprescindible una reinterpretación del llamado “ideal resocializador” que sea compatible con el respeto de los derechos humanos de las personas que purgan una pena en prisión.

Con ese propósito emprendemos la elaboración del presente artículo.

1. Introducción

Resulta llamativa la asimetría que, en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, muestran los estudios sobre la *finalidad de la pena* y los que versan acerca de la *finalidad de la ejecución de la pena*; principalmente, de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Con respecto a la primera, los textos son vastísimos y —en muchos casos— particularmente rigurosos;² en cambio, en lo tocante al objetivo del cumplimiento del encierro carcelario, las fuentes bibliográficas son limitadas, no sólo en cantidad, sino también en la profundidad de los análisis y reflexiones que proponen los expertos. A lo

- 2 Enumerar a los juristas que han estudiado de modo pormenorizado el tópico de la fundamentación de la pena, también tratado bajo la denominación de “teorías de la pena”, sería una tarea ímproba. De cualquier manera, podemos mencionar, entre muchísimos otros, a Edmundo Mezger (Tratado de Derecho penal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, t. II, p. 412 y ss.), Adolf Merkel (Derecho penal. Parte General. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 189 y ss.), Claus Roxin (Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En AA.VV., *Determinación judicial de la pena*. Julio B. J. Maier —compilador—. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p. 15 y ss.), Hans-Heinrich Jescheck — Thomas Weigend (Tratado de Derecho penal. Parte General. Granada: Comares, 2002, p. 71 y ss.), Günther Jakobs (Derecho penal. Parte General. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 8 y ss.), Helmut Frister (Derecho penal. Parte General. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 59 y ss.), Paul Bockelmann — Klaus Volk (Derecho penal. Parte General. Lima: Valletta 2020, p. 34 y ss.), Eric Hilgendorf — Brian Valerius (Derecho penal. Parte General. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 3 y ss.), Wolfgang Naucke — Winfried Hassemer — Klaus Lüderssen (Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: B de f, 2004), Santiago Mir Puig (Derecho penal. Parte General. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 46 y ss.), Jesús María Silva Sánchez (Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch: 1992, p. 179 y ss.), Giovanni Fiandaca — Enzo Musco (Derecho penal. Parte general. Bogotá: Temis, 2006, p. 685 y ss.), Heiko H. Lesch (La función de la pena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), David M. Kennedy (Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016) y Maximiliano Rusconi (Derecho penal. Parte General. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 53 y ss.).

sumo, y salvo contadas excepciones,³ los autores se restringen a invocar la finalidad preventivo-especial positiva que las leyes extendidamente asignan a la ejecución de la pena privativa de la libertad y a referenciar la reinserción social del delincuente perseguida por aquélla, pero sin ahondar en el contenido de esta meta resocializadora, ni vincularla con el modelo de Estado y sistema penal en el cual ella se inserta.

¿A qué responde esta situación?

Es difícil determinarlo con certeza, pero nos animamos a conjeturar que él responde a la confusión existente entre la legitimación y las funciones de la pena, que ha sido atinadamente identificada por autores que van desde Ferrajoli (2013, t. I, p. 115 y ss.) hasta Mir Puig (1998, p. 45 y ss.), pasando por Rivera Beiras 2006, p. 183), entre otros.

- 3 Entre los pocos juristas que han abordado *con profundidad y en forma específica* el problema de la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad merecen citarse, principalmente, Francisco Muñoz Conde (La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. En Doctrina Penal, año 2, n^{ros} 5 a 8, 1979, p. 625 y ss.), Alessandro Baratta (Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990), José Daniel Cesano (Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria. Córdoba: Alveroni, 1997, p. 112 y ss.), Eugenio Raúl Zaffaroni (Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. En AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 181 y ss.) y Gustavo A. Arocena (*Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014, p. 61 y ss.).

Para despejar este desorden metodológico, diremos, sin pretensiones de exhaustividad —pues no es éste el objeto del *paper*—, que el problema de la legitimación de la pena se vincula con los *fundamentos del castigo penal*, mientras que el asunto de las funciones de la pena se relaciona con la *finalidad de la ejecución del castigo*.

Así, en torno al tópico de la legitimación de la pena se han propuesto dos grandes grupos de teorías que han intentado dar respuesta al interrogante sobre el fundamento del castigo penal, a saber: las *teorías absolutas*, que conciben a la pena como un fin en sí misma, y las *teorías relativas*, que la consideran un medio para la prevención de futuros delitos, ya sea reparando en la sociedad en su conjunto (“teorías de la prevención general”) o bien parando mientes en el sujeto infractor (“teorías de la prevención especial”). Se dividen en positivas y negativas, según que persigan la *utilidad* de la pena a través de la reafirmación del valor de las normas para la comunidad (*prevención general positiva*), de la disuasión de potenciales delinquentes por conducto de la amenaza de la imposición de una pena (*prevención general negativa*), de la readaptación social del infractor (*prevención especial positiva*) o de su neutralización (*prevención especial negativa*).

Ahora bien, el asunto de las funciones de la pena se resuelve a través de la indagación en torno a los objetivos que debe cumplir la *ejecución* de la sanción, tanto la privativa de la libertad (de la cual nos ocuparemos específicamente en este artículo, atento su *centralidad* en los sistemas de consecuencias jurídicas del delito de vigencia preponderante en nuestro entorno), como los castigos pecuniarios y las penas privativas de derechos distintos de la libertad ambulatoria (*pena de inhabilitación*).

Quizá este hiato entre el estudio de los fines de la pena y los de su ejecución haya venido de la mano del debate

acerca de los cometidos del Derecho penal realizado por la doctrina comparada, "...que dio respaldo teórico y legítimo la separación de la ejecución de las penas con el momento de su irrogación" (Horvitz, 2018, p. 931). Pionero, en este sentido, fue Claus Roxin y su texto de 1966 –republished con posterioridad– intitulado "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", donde el jurista alemán aduce que "...el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras, amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y ...esas tres esferas de actividad necesitan de justificación cada una por separado" (Roxin, 2008, p. 63).

Si de resumir se trata, puede afirmarse que los fines de la pena se vinculan con las "teorías de la pena" que indagaban sobre su justificación y sobre la manifestación del castigo en los momentos de su determinación legislativa (*escalas penales consagradas por el legislador*) y judicial (*pena concreta impuesta por el juez*). Por su parte, los fines de la ejecución de la pena se relacionan –en el caso de la pena de prisión– con la función que se le atribuye a su realización concreta y con su materialización durante la individualización penitenciaria.

Sin perjuicio de la aludida falta de atención pormenorizada del tema, su importancia es capital, habida cuenta que las finalidades que la ejecución de la privación de la libertad *debe* cumplir y, ya en el plano empírico –analizado con perspectiva sociológica–, las que *efectivamente cumple*, constituyen condiciones de legitimación de la criminalización secundaria de una persona, o sea, del sometimiento de un ser humano concreto a persecución, juzgamiento y castigo por la comisión de un hecho delictuoso.

En la medida en que la configuración normativa de la función de la ejecución de la pena (su finalidad en el mundo del *deber ser*) se ajuste al modelo de Estado en el que ella se aplique, e incluso que su concreta manifestación

en el mundo del *ser* se acomode a dicha estructuración normativa de la sanción, la persecución penal, el juzgamiento y, en especial, el castigo de un ciudadano por la perpetración de un delito se encontrará debidamente legitimada y, con esto, justificada.

De allí, entonces, la relevancia de escrutar las funciones y finalidades de la ejecución de la sanción penal.

Ha de añadirse, en torno a todo esto, que la función de la ejecución del castigo penal

constituye un tema inevitablemente *valorativo*, opinable, pues, y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado. La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado (Mir Puig, 1982, p. 15).

Las indagaciones sobre la finalidad de la ejecución penitenciaria cuenta, de este modo, con una premisa valorativa fijada por el ordenamiento jurídico que debe orientar el estudio del tópico –y también de la propia teoría del delito–, a saber: la adopción de un modelo de Estado determinado.

Adelantando premisas, subrayaremos que, en el caso argentino, ese modelo es el de un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso de los derechos y las garantías individuales, y celoso de la tutela de la dignidad inherente al ser humano.

Por consiguiente, la función que el ordenamiento jurídico argentino asigne a la ejecución de la pena privati-

va de la libertad ha de interpretarse, en su sentido y alcance, en sintonía con la premisa valorativa derivada de la adopción de un tal modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Inspirados en el objetivo de analizar estos tópicos, comenzaremos estudiando la recepción de la finalidad resocializadora en el Derecho argentino, para luego escrutar el sentido y alcance del ideal resocializador en un Estado social y democrático de Derecho como el de nuestro país. A continuación, evaluaremos críticamente los distintos modelos de reinserción social del condenado y sus críticas, para finalmente vincularlos con el paradigma adoptado por el ordenamiento jurídico nacional. Para cerrar, propondremos unas breves reflexiones conclusivas.

2. La consagración del “ideal resocializador” en el ordenamiento jurídico de la República Argentina

Por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional argentina,⁴ distintos *instrumentos internacionales de derechos humanos* —entre los que se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ (O.N.U., Nueva York, 1966) y la Convención Americana sobre De-

4 Disposición esta que, en lo que interesa a los fines de este texto, establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos allí enumerados, “...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

5 En adelante: P.I.DD.CC.PP.

rechos Humanos⁶ (O.E.A., San José de Costa Rica, 1969)—han adquirido jerarquía constitucional.⁷

Como consecuencia de ello, estos instrumentos internacionales, aunque no se han incorporado materialmente al “cuerpo” de la Constitución formal, han pasado a integrar junto con ésta el llamado “bloque de constitucionalidad federal”, que se ubica en la cúspide del orden jurídico interno del Estado y se erige, así, en principio fundante y de referencia para la validez de las restantes normas del sistema.

Ahora bien, en lo que a la ejecución de las penas privativas de la libertad se refiere, este bloque de constitucionalidad federal contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia (Salt, 1999, p. 155).

Con respecto al Derecho penal de las personas mayores de dieciocho años, las convenciones internacionales de derechos humanos constitucionalizadas traen normas que, entre otros, consagran el derecho a que el régimen penitenciario consista en un tratamiento cuya finalidad

6 En adelante: C.A.DD.HH.

7 Mediante la regla del **artículo 75, inciso 22, C.N.** se superó la vieja discusión relativa a la **posición jerárquica** de los tratados internacionales y las leyes nacionales. Es que la reforma constitucional de 1994, además de equiparar a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la propia Constitución de la Nación, *consagró la superioridad jerárquica de los tratados respecto de las leyes*; lo hizo en los siguientes categóricos términos: *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

esencial sea la reforma y la readaptación social del condenado (art. 10, apartado 3, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 6°, C.A.DD.HH.). Es lo que, en el ámbito de la doctrina jurídica, ha dado en llamarse “ideal resocializador.

Por otro lado, ya en un peldaño normativo de jerarquía inferior, la ley argentina 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad, que disciplina la materialización de esta especie de sanción, en todas sus modalidades, también incluye disposiciones que receptan el mencionado ideal resocializador.

En efecto, en su **art. 1°**, este conjunto normativo, tras la reforma de la **ley 27.375**, prescribe: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, **procurando su adecuada reinserción social**, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto”.

Para nosotros, y esta es la tesis que defenderemos en el presente *paper*, el universo normativo que acabamos de presentar, e incluso el modelo de Estado social y democrático de Derecho que adopta la Argentina, **imponen un paradigma de readaptación social determinado**, a saber: la *resocialización para la legalidad*, conforme la cual —según veremos— la ejecución de la pena privativa de la libertad debe orientarse sólo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo a la ley, y no a imponerle los criterios valorativos dominantes en la sociedad, por resultar esto último violatorio del derecho a la dignidad y autodeterminación del recluso.

3. El ideal resocializador en el Estado social y democrático de Derecho argentino frente a los principales modelos de readaptación social

3.1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL MODELO DE REINSERCIÓN SOCIAL DEL CONDENADO

La reforma de la Constitución argentina de 1994 ha introducido en el plexo axiológico de la Ley Suprema un cúmulo de cláusulas y expresiones lexicales –tales como “sistema democrático”, “orden institucional” (art. 36), “valores democráticos” (art. 75, inc. 19), “orden democrático” (art. 75, inc. 24), “igualdad real de oportunidades” (art. 37; art. 75, inc. 23), “igualdad de oportunidades” (art. 75, inc. 19) o “acción positiva” (arts. 37 y 75 inc. 23)– que traducen un espíritu, un conjunto de principios, propio de lo que se ha dado en llamar *liberalismo en solidaridad social* o *Estado social y democrático de derecho*.⁸

Pero este conjunto de principios paradigmáticos de un Estado social y democrático de Derecho se inserta, en el núcleo básico de nuestra Constitución, dentro de un conjunto normativo que no carece de enunciados que –como el art. 19⁹– abrevan en un *ideario de corte liberal-individualista*.

Esta circunstancia resulta particularmente útil al momento de sustentar una concepción que, como la nuestra,

8 Sobre esto, v. Bidart Campos, 1997, t. VI, p. 243.

9 Esta disposición prescribe: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

estima que la consagración constitucional de un modelo de Estado de sesgo social y democrático, en modo alguno empee el reconocimiento del máximo goce posible de los derechos de cada ciudadano como objeto al cual debe también tender la organización estatal.

De otro costado, de lo anterior se sigue que la injerencia estatal en la esfera del ciudadano que cumple una pena privativa de la libertad orientada a su adecuada reinserción social no puede ser de cualquier clase, responder a cualquier modelo o habilitar una intensidad ilimitada. Para decirlo con otras palabras, un modelo de Estado social y democrático de Derecho no tolera cualquier paradigma de reinserción social, sino que admite únicamente una resocialización para la legalidad.

3.2. LA LEY ARGENTINA 24.660 Y LA REINSERCIÓN SOCIAL DEL CONDENADO

Hemos anotado que el **art. 1° de la ley 24.660**, luego de la reforma de la **ley 27.375**, establece que la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, procurando su adecuada reinserción social.

A nuestro ver, la norma, además de acoger el fin de la ejecución de las penas privativas de la libertad que – mediante la alocución “readaptación social” – adoptan los tratados internacionales constitucionalizados (art. 10, apartado 3, P.I.DD.CC.PP.;¹⁰ art. 5, apartado 6°, C.A.DD.

10 Textualmente, esta disposición manifiesta: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

HH.¹¹), explicita el modelo de programa de readaptación social al que adhiere (Cesano, 1997, p. 145).

En cuanto al aserto precedente, cabe anotar que hay juristas –como, por ejemplo, Cesano– que destacan que los instrumentos constitucionalizados, en cierta medida, “...matizan el fin preventivo especial a través de la readaptación, utilizando la expresión lingüística «esencial»”. Esto significa

algo muy interesante: que en ciertos casos la imposición de una pena privativa de libertad puede no dirigirse a la readaptación. En ese caso la legitimación de la pena deberá buscar otros horizontes. En efecto, no será necesario cuando el sujeto condenado no requiera de readaptación. Pero tampoco lo será en aquellos casos en que aun cuando esté necesitado de tratamiento, el interno no admita voluntariamente, en forma libre, someterse al mismo (Cesano, 2007, p. 95).

No puede negarse que, a partir de la ajustada interpretación gramatical de las disposiciones pertinentes de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, esta conclusión se presenta inobjetable.

Es que, el art. 10, apartado 3, del P.I.DD.CC.PP., refiere: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad *esencial* será la reforma y la readaptación social de los penados”, mientras que el art. 5, apartado 6°, de la C.A.DD.HH. aduce: “Las penas privativas

11 Expresamente, esta regla señala: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

de la libertad tendrán como finalidad *esencial* la reforma y la readaptación social de los condenados”.

De esta forma, tanto aquél como ésta, establecen que el ideal resocializador resumirá el fin principal o más importante que debe perseguir la ejecución de la pena de encierro carcelario; pero, a la vez, tales reglas permiten advertir que “fin sustancial” del tratamiento penitenciario no equivale a “fin exclusivo” o “fin único” de tal injerencia estatal; habrá casos en los cuales otras finalidades podrán o, incluso, deberán ser las razones que legitiman la materialización del enclaustramiento punitivo.

Sin perjuicio de esto, no puede pasarse por alto que la ley 24.660 –que es un conjunto normativo de jerarquía infraconstitucional, pero que, por versar específicamente sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad, puede reputarse reglamentario de los principios constitucionales relativos a dicha materia– consagra la finalidad de reinserción social con un alcance, con una extensión distinta.

Lo aseverado es así, puesto que, según se acaba de puntualizar en el texto principal, el párrafo 1º del art. 1º de la ley dispone, lacónicamente, que la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad “...lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, [...]procurando su adecuada reinserción social”. La norma, pues, prevé para la realización de la sanción privativa de la libertad una única meta legitimante, a saber: la reinserción social del condenado. Ella, en suma, no consagra sino sólo la resocialización del recluso, como exclusivo objetivo cuya persecución legitima el cumplimiento del castigo carcelario.

Frente a este estado de cosas normativo cabe preguntarse: ¿cómo deben compatibilizarse una regla constitu-

cional que exige que la privación punitiva de la libertad se dirija principalmente –aunque no en forma excluyente– a la readaptación social del condenado y una disposición infraconstitucional que prescribe que el encierro penitenciario debe perseguir exclusivamente la reinserción social del recluso?

Pensamos que, para responder adecuadamente a este interrogante, debe repararse en la naturaleza jurídica que haya de asignársele al ideal resocializador consagrado en las disposiciones de los tratados internacionales constitucionalizados a las que hemos aludido precedentemente.

Es evidente que el mismo título de la presente tesis adelanta nuestra concepción sobre el punto: se trata de verdaderos principios o directrices, con el alcance que oportunamente se ha dado a esta expresión; se trata, pues, de normas de carácter muy general que, a la manera de ideales regulativos, señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social o político.

Por lo demás, la ley 24.660 adopta este entendimiento, desde que la propia rúbrica de su Capítulo I reza: “*Principios* básicos de la ejecución”. En cambio, no proceden de igual manera los tratados constitucionalizados, los que, como se ha visto, consagran la reforma y la readaptación social de los condenados como finalidad esencial de la ejecución del castigo, pero no estipulan cuál es la naturaleza de tal meta resocializadora. De allí que, según he manifestado, resulte imprescindible indagar respecto de este aspecto, pues una será la situación si afirmamos que es un derecho subjetivo o una garantía favorable al recluso, y otra muy distinta si sostenemos que es un principio o directriz.

Veamos.

Para aducir válidamente que el ideal resocializador representa un *derecho subjetivo* del condenado, debería poder entendiéndose como un derecho reconocido por el Estado y verificable en términos de lo que disponen determinadas normas positivas que imponen a los órganos estatales ciertas prestaciones a favor del recluso.¹² El derecho subjetivo aparece, así, como correlato de una obligación activa del Estado que tiene como destinatario a una cierta persona, a saber: el recluso. De otro modo, y con palabras de Ferrajoli, el derecho subjetivo se muestra como “...cualquier expectativa positiva (de prestaciones) ...adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Ferrajoli, 1999, p. 37).

A nuestro modo de ver, no es ésta la situación del ideal resocializador que recepta la norma constitucional de origen supranacional.

No lo es, según nuestra opinión, porque la meta resocializadora no resulta empíricamente verificable sobre la base de normas jurídicas positivas. Tanto las disposiciones de los tratados internacionales de jerarquía constitucional relativas a la ejecución penitenciaria, como las prescripciones infraconstitucionales que las reglamentan —en particular, la ley 24.660— consagran, como veremos a lo largo de esta investigación, un importante conjunto de reglas de derechos y garantías de las que es titular el recluso (p. ej., el derecho al trabajo —art. 106—, el derecho de aprender —art. 133—, el derecho a la salud —art. 143—, el derecho a la libertad de conciencia y de religión —art. 153—, el derecho a comunicarse periódicamente con la familia, allegados, curadores y abogados —art. 158—, etc.),

12 Para esta aproximación al concepto de “derecho subjetivo” a partir del pensamiento *positivista metodológico*, v. Nino, 1999, p. 196.

pero no plasma la reinserción social del condenado como un derecho subjetivo en sí mismo.

De tal suerte, la reforma y la readaptación social del condenado, aun cuando se la pretendiera reconocer como un genuino derecho del recluso, no podrá ser admitida como un derecho jurídico subjetivo, sino como un derecho moral del interno, entendiendo por tal un derecho que, según ciertos principios asumidos como válidos – que dependen de consideraciones meta-éticas –, es incorrecto negar a cualquier de los individuos que componen una cierta clase, el acceso a una situación que sea benéfica para cada uno de tales individuos (Nino, 2000, pp. 217 y 218). No es un derecho jurídico subjetivo del condenado desde que no existen normas del sistema jurídico que consagren de modo inconcuso la obligación, el deber jurídico del Estado de efectuar una prestación cuyo concreto y específico contenido sea el logro –no ya la búsqueda– de la reinserción social de la persona condenada a una pena privativa de la libertad.

Esto no impide que el derecho del recluso a su reinserción social, por ser un derecho moral de aquéllos comúnmente llamados “derechos individuales”, sea concebido como un derecho dirigido a los órganos estatales e impliquen su *deber moral* de reconocerlos, dictando el legislador normas que creen el derecho jurídico correspondiente y resolviendo los jueces los casos sometidos a su consideración, teniendo en cuenta dicho derecho moral del interno.

La consideración del derecho moral a la reinserción social del recluso, como un derecho individual del condenado, no reviste trascendencia menor, si se tiene en cuenta que la presencia de un derecho moral

no supone necesariamente que haya un deber moral correlativo, sino cuando se resuelven una serie de cuestiones que hacen a la posibilidad de provisión del bien [...] del que se trate] por parte de otros individuos y a la distribución entre ellos de las cargas atinentes a esa provisión (Nino, 1999, p. 218).

En el caso del derecho del interno a la reinclusión social pareciera que el conjunto de reglas de derechos y garantías constitucionales y legales del recluso al que he aludido en el texto principal (derecho al trabajo, derecho de aprender, derecho a la salud, derecho a la libertad de conciencia y de religión, derecho a las relaciones familiares y sociales, entre otros) sientan las condiciones o prerequisites que hacen posible o, incluso, favorecen la mayor factibilidad, la mayor capacidad de realización del ideal resocializador.

Tampoco parece el ideal resocializador una *garantía favorable al recluso*.

Este aserto, de alguna manera, se vincula con lo desarrollado en el apartado anterior.

Es que, al fin y al cabo, *stricto sensu*, una garantía no es otra cosa que la forma de asegurar el cumplimiento de un derecho. En este sentido, Ferrajoli aduce

las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional (Ferrajoli, 1999, p. 25).

A este respecto, conviene puntualizar que el giro lingüístico “**readaptación social**” es singularmente polisémico y que la formulación misma de la finalidad de la ejecución de la pena de encierro que él designa ha sufrido múltiples configuraciones (reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción, resocialización), lo cual es sintomático de la diversidad de interpretaciones que ella ha suscitado.

Cabe añadir, incluso, que parte de la doctrina jurídica más actual denuncia la crisis de las denominadas “ideologías *re*” y la vulnerabilidad de su “uso nebuloso” por parte de los segmentos penitenciarios del sistema penal.

Así, por ejemplo, Zaffaroni asevera que los “discursos *re*” tienen inconvenientes para estos operadores penitenciarios, tales como los siguientes: a) Hace vulnerables a tales operadores, frente a las críticas que se dirigen a las ideologías en que se basan aquellos discursos; b) Aparecen como discursos anticuados; c) La distancia que se para el discurso de la realidad los hace vulnerables a las críticas periodísticas, políticas y de intereses comprometidos con la “privatización” de la justicia; y d) La convicción de que esta distancia es infranqueable provoca un progresivo efecto de anomia profesional con severos efectos sobre la autoestima (Zaffaroni, 1997, pp. 185 y 186).

En la misma orientación se expide Lewis (h)

la Constitución —a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10º, p. 3º) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5º, p. 6º)— establece que la «reforma de los penados» o «readaptación social de los penados» son fines esenciales de la ejecución de las penas de prisión. Pese a ello, es claro que el marco de las ideologías

“re” hoy se encuentra quebrado, y por esto mismo dichos términos deben ser reinterpretados dentro de una progresividad adecuada a las transformaciones del conocimiento. En esa línea, las referidas expresiones se pueden entender como imponiendo un trato humano, lo menos deteriorante posible y que ofrezca la posibilidad de reducir los índices de vulnerabilidad (Lewis, 2002, p. 155).

Para nosotros, estas críticas dirigidas a las llamadas “ideologías *re*” se encuentran plenamente fundadas sobre la base de importante evidencia empírica.

Con todo, la vigencia en el ordenamiento jurídico argentino del ideal resocializador, impone al jurista práctico que, más allá de reconocer que aquella está consagrada por disposiciones —como la del art. 1° de ley 24.660— sancionadas con arreglo a las normas constitucionales que regulan el dictado de la ley, se escudriñe la posibilidad de pergeñar una interpretación del principio de reinserción social que averse todo peligro de tensión entre reglas infraconstitucionales y prescripciones de rai-gambre constitucional.

Incluso la jerarquía constitucional de los arts. 10, apartado 3, del P.I.DD.CC.PP., y 5, apartado 6°, de la C.A.DD.HH. (art. 75, inc. 22, Const. argentina) conduce a que dicho *control de adecuación constitucional* involucre un “análisis” de compatibilidad o coherencia entre distintos enunciados normativos de jerarquía constitucional como la que ostentan, justamente, el “principio de reinserción social” y, por ejemplo, derechos como el relativo a la dignidad humana de los reclusos (art. 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.).

Para expresarlo en otros términos, corresponde afirmar que la aplicabilidad de una norma vigente del universo jurídico argentino no se resuelve sólo con un juicio sobre la “legalidad” de la disposición, sino que es necesaria, además, una ponderación de la admisibilidad constitucional del precepto, o sea, sobre su “legitimidad constitucional”.

Y, en el caso, los certeros reproches que han merecido las “ideologías *re*” no impiden que se proponga una interpretación del ideal resocializador que no resulte lesivo de principios tales como los relativos a la dignidad humana, la autonomía personal y la libertad de pensamiento, entre otros.

Lo mismo pensamos en orden al instituto de la “calificación de concepto” instituido en el art. 101 de la ley 24.660 que, tras señalar que el interno será calificado de acuerdo al concepto que merezca, estipula: “Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social”.

Es que, aun cuando haya propuestas a favor de una reforma penitenciaria para que se abandone la práctica de evaluar la evolución personal del interno como actividad central resocializadora integrante de una pena privativa de la libertad, por ser ella propia de un Derecho penal de autor y resultar lesiva de los principios constitucionales de acto, legalidad, jurisdiccionalidad y defensa, existe la posibilidad de concebir una interpretación de la “nota conceptual” que la torne aceptable en términos constitucionales.

En el desarrollo del presente texto procuraremos exponer dichas interpretaciones.

Más allá de las críticas presentadas a las nociones de “reinserción social” y de “calificación de concepto”, hay juristas que, igualmente sobre la base de constataciones empíricas, sumadas a una inquebrantable convicción, defienden la finalidad preventivo-especial positiva de la ejecución penitenciaria como algo “posible”, como algo que no es un “mero postulado teórico”.

Entre estos autores, podemos citar a Segovia, quien se reconoce

convencido de la importancia de mantener el postulado de la reinserción social como horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. La reinserción social de los infractores no es un mero vano deseo alumbrado por los primeros ilustrados, retomado por humanismo cristiano y los correccionistas y asumido cordialmente por toda la tradición humanizadora del derecho penal. El horizonte de la reinserción —en muchos casos, sería mejor hablar de inserción, pues no ha llegado a haber nunca plenamente aquella— se asienta en el *principio de perfectibilidad humana*. Éste no es otro que la innata capacidad humana no sólo para modificar el entorno que habita, sino para cambiarse y perfeccionarse a sí mismo. Sin él, no habría aprendizaje posible, la enseñanza, la transmisión de la experiencia, serían tareas inútiles. En último término, esta nota de la condición humana supone *el principio de responsabilidad* (en otro caso barreríamos de un plumazo el sistema penal) y encuentra su fundamento último en la mismísima dignidad de la persona.

Por eso, el ser humano es capaz de reconducir su vida, de retomar el rumbo frenético en el que le han introducido las circunstancias de la vida, de romper con toda suerte de espirales deterministas, adicciones sin salida aparente, patologías sin cura y hacerse conductor responsable de su propia existencia. Tan importante como que alguien pueda cambiar, es la concurrencia de un facilitador casi imprescindible: alguien que crea en la recuperabilidad de la persona y tenga la audacia de apostar comprometidamente por ello (Segovia, 2005, p. 32).

Por lo demás, y en lo tocante a la *calificación de concepto*, cabe afirmar que el origen del instituto en los paradigmas de la criminología clínica de principios del siglo XX no impide que al mismo se conciba *contextualizadamente*, reparando en las exigencias de un paradigma constitucional de la ejecución de la pena de encierro carcelario que, como el que rige en Argentina, recepta coetáneamente los principios de “reinserción social”, “dignidad humana del recluso” y, como derivación de este último, “autodeterminación del condenado”.

Una tal interpretación surgirá, como veremos infra, de la concepción del ideal resocializador “en términos mínimos”, y del entendimiento de que todo esfuerzo que libre y voluntariamente realice el condenado que reconozca la conveniencia de no cometer delitos¹³ y, aún, pro-

13 En la misma orientación, de la Fuente y Salduna: “...mediante la idea de reinserción social se debe procurar... que la persona penada comprenda la obligación de respetar la ley. Es decir, aun cuando no esté de acuerdo con el sistema de valores que rige nuestro ordenamiento jurídico, a través de la ejecución de

cure reducir la eventual vulnerabilidad que lo llevó a la cárcel no puede resultar irrelevante o carente de significación en relación con la injerencia punitiva del Estado dirigida a su futura adecuada reinserción social y hacia los operadores de las instancias de aplicación del sistema penal. Un emprendimiento del recluso en aquella dirección puede reconocerse, sin que exista vulneración alguna a su derecho a la autodeterminación y la libertad de pensamiento, como una trascendente contribución para su futuro desenvolvimiento eficaz en la sociedad libre y, secundariamente, para la finalidad elemental del Derecho penal de asegurar la convivencia pacífica. En términos concretos: si, por ejemplo, puede sostenerse razonablemente que una persona resultó encarcelada, no por su temeridad o la eficiencia del aparato de persecución penal del Estado, sino por la torpe comisión de un delito derivada de su limitada instrucción, su nula capacitación laboral y su consiguiente falta de empleo, no parece ilegítimo, arbitrario o descabellado que se valore positivamente durante la ejecución de la privación de su libertad todo esfuerzo dirigido a adquirir los elementos que le aporten una mayor instrucción, una plausible capacitación laboral y una consecuente probabilidad mayor de lograr –sin incurrir en conductas que lo lleven a la prisión– el sustento propio necesario y el de los suyos. Desde luego que la falta de cualquier iniciativa del condenado en aras de la superación de las circunstancias por las que cometió el delito y las que lo hacen vulnerable a la selectividad inherente al poder punitivo del Estado en modo alguno puede ser valorada en su contra; si así se

la pena se debe procurar que conozca y entienda que el cumplimiento de las normas resulta obligatorio y es una necesidad para una adecuada convivencia social” (de la Fuente – Salduña, 2019, pp. 35 y 36).

lo hiciera, habría, aquí sí, una inadmisible violación de su derecho a configurar su plan de vida con arreglo a los propios valores, intereses y preferencias. Pero, insistimos, en caso de ausencia de toda imposición al condenado, su realización de actividades que le permitan comprender las consecuencias de la desmañada comisión de delitos, a la vez que apartarse de su situación de vulnerabilidad, materializa un comportamiento intramuros que implica una expresión de sentido relevante para la finalidad de lograr que, en el futuro, el recluso opte por una conducta apegada a la legalidad.

3.3. LOS DISTINTOS MODELOS DE REINserCIÓN SOCIAL DEL CONDENADO, SUS CRÍTICAS Y EL PARADIGMA ADOPTADO POR EL DERECHO ARGENTINO

Sentado todo lo anterior, puede anotarse que dos son los principales modelos de readaptación social que se presentan, según la intensidad de la resocialización, a saber: la **resocialización para la moralidad** y la **resocialización para la legalidad** (Muñoz Conde, 1979, p. 630). Se los denomina, también, **programas de resocialización máximos** y **programas de resocialización mínimos** (García-Pablos de Molina, 1979, p. 664), respectivamente.

En los paradigmas de resocialización para la moralidad o paradigmas resocializadores máximos, el objetivo del encierro carcelario es que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse, pues la “regeneración moral” es la única vía de retorno a la sociedad sin riesgo de comisión de futuros delitos (De la Cuesta Arzamendi, 1993, p. 12).

Estas concepciones han merecido fundadas críticas, basadas en el convencimiento de que la imposición de creencias y convicciones, orientada a la aceptación acrí-

tica del sistema vigente, es intolerable en regímenes políticos democráticos, pluralistas y respetuosos de la libertad de pensamiento del ser humano.

Por el contrario, en los paradigmas de resocialización para la legalidad o paradigmas resocializadores mínimos, la ejecución de la pena privativa de la libertad, en un Estado de Derecho, debe orientarse sólo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley.

También estas posiciones han sido objeto de embates, por reputarse que la mera adecuación del comportamiento externo a la legalidad formal no implica verdadera resocialización. Asimismo, se sostiene que son enfoques que soslayan que el Derecho penal tiene una cierta función pedagógica respecto de los valores protegidos, cuyo respeto es parte de la normalidad social.

Sin perjuicio de las críticas mencionadas, parece innegable que en un Estado social y democrático de Derecho y basado en el principio de la autonomía individual, como el nuestro, la única alternativa posible es la resocialización para la legalidad.

En la misma dirección, se ha sentenciado:

la imposición del tratamiento en un Estado de derecho resulta inadmisibles, ya que no se pueden imponer determinadas costumbres o modificaciones de la personalidad a un individuo. Lo anterior encuentra sentido en que tal imposición constituiría una violación a los principios de autonomía y dignidad; aunado a que el respeto a la dignidad humana durante la ejecución de la pena privativa de libertad

está asegurado por disposiciones constitucionales (Sáenz Rojas, 2007, p. 131).

Es que, como retóricamente pregunta Roxin:

¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla? ¿De dónde obtenemos el derecho de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no han de poder vivir los que lo hacen al margen de la sociedad –bien se piense en mendigos o prostitutas, bien en homosexuales– del modo que deseen? La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos, ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes? (Roxin, 2008, p. 58).

La respuesta no puede ser otra que ésta: ningún argumento jurídico legitima a una porción mayoritaria de la sociedad a imponer a otra, minoritaria, sus valores, intereses o preferencias; no hay razones que genuinamente impidan que cualquier persona configure su propio plan de vida al margen de la axiología dominante en una determinada comunidad, siempre que ello no lesione bienes jurídicos de terceros; no es suficiente, en suma, que ciertas personas, por sus elecciones de vida contrarias a las de la mayoría, sean reprochadas mediante una sanción penal.

Si se admitiera un modelo de readaptación –como el de la resocialización para la moralidad– en el que el Estado, a través de la ejecución de la pena privativa de la libertad, pretende imponer las creencias, convicciones, valores, ideologías e ideales que definen al sistema vigente, se habilitaría una **intolerable violación del derecho a la dignidad humana**, que –como hemos visto–

ha sido específicamente consagrado por el art. 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP., y por el art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH., respecto de toda persona privada de libertad.

Este derecho a la dignidad personal reconoce, como perteneciente a cada ser humano, una capacidad personal que le permite adoptar –libremente, sin ninguna injerencia estatal– sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea (Cesano, 1997, p. 115).

Sobre esto, puede afirmarse que, aunque existan disensos respecto de su sentido y alcance, las oscuridades teóricas del concepto de “dignidad” no impiden que la concibamos en términos *kantianos*, entendiéndola como aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, o sea, algo que no tiene un valor meramente relativo, sino un valor interno.¹⁴ Con arreglo al pen-

- 14 No se equivoca Häberle cuando afirma la dependencia cultural (y, sobre todo, religiosa) de las concepciones de la dignidad humana: “De las diversas cláusulas sobre la dignidad humana de las constituciones [puntualiza el constitucionalista alemán] se llega a percibir, «entre líneas», que aquéllas [las fórmulas de lo que es la dignidad humana] están referidas a una concepción culturalmente específica de la dignidad humana” (Häberle, 2007, p. 289, con negrita agregada). Sin embargo, y como lo reconoce el propio constitucionalista europeo, pensamos que existe un *núcleo* del concepto de “dignidad humana” que es independiente del ámbito cultural, toda vez que hay “...ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana [que] deben ser tomados en cuenta en todas las culturas, con lo cual se convierten en contenido de un concepto de dignidad humana que no sea [*rectius*: es] reductible a una cultura específica” (Häberle, 2007, p. 291). Por eso, en el texto principal, procuraremos delinear un concepto, quizás sólo una *noción*, de “dignidad humana”, con validez “universal”, esto es, para cualquier

samiento de Kant, el ser humano es un fin en sí mismo porque es un ser dotado de razón y voluntad libre, que, a su vez, puede proponerse fines. El hombre es un ser capaz de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto, de distinguir entre acciones morales e inmorales, y de obrar según principios morales, es decir, de obrar de forma responsable. Es, justamente, esta aptitud para comportarse responsablemente la que hace que a las personas puedan *imputárseles* sus acciones y que aquéllas se erijan en fines en sí mismas: son *autónomas* y merecen, por ello, un *respeto incondicionado*. El valor de la persona "...no remite al mercado ni a apreciaciones meramente subjetivas (de conveniencia, de utilidad, etcétera), sino que proviene de la dignidad que le es inherente a los seres racionales libres y autónomos" (Michelini, 2010, p. 42). Se advierte, pues, que la autonomía moral es el concepto central con el que Kant caracteriza al ser humano, y constituye la *razón de ser* de la dignidad humana: "La *autonomía* es ...el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional" (Kant, 1996, p. 49).

Por su parte, Schünemann ha enfatizado que

el libre albedrío no es un mero dato biofísico, sino una parte de la llamada *reconstrucción social de la realidad* e incluso, según creo, pertenece a una capa especialmente elemental de la cultura occidental, cuyo abandono sólo sería concebible en caso de liquidación de esta cultura en su globalidad. Dado que las singularidades lingüísticas de una sociedad y, en especial, la gramática de su lengua,

país, con independencia de sus concepciones culturales y religiosas.

de conformidad con la convincente tesis central de la teoría del lenguaje de Humboldt y Whorf, ponen de manifiesto una determinada visión del mundo, difícilmente podrá discutirse, al menos en el caso de las lenguas indogermánicas, lo arraigado del libre albedrío en las más elementales formas gramaticales. En efecto, la construcción de las frases con un sujeto agente y un objeto que padece la acción, así como las formas gramaticales de la voz activa y la pasiva muestra una visión del mundo conformada por el sujeto activo, y, en última instancia, por su *libertad de acción*, que constituye un punto de partida del que no se puede prescindir en tanto en cuanto tales estructuras lingüísticas dominan nuestra sociedad” (Schünemann, 1991, pp. 154 y 155).

Pensamos, en definitiva, que el principio de respeto a la dignidad inherente del ser humano exige que nunca se trate a éste de una manera que niegue la importancia distintiva de su propia vida; y la dignidad de las personas en general, *no es un atributo accidental*, sino una expresión equivalente a la afirmación de su humanidad, de su capacidad para actuar autónomamente, sin injerencias estatales o de terceros que le sean impuestas coactivamente.

Sentado todo lo anterior, puede afirmarse que el derecho a la dignidad humana lleva implícito el principio de autonomía personal que –sobre la base de la ya citada “regla de reserva” del art. 19 Const. Argentina– permite a cada ser humano delinear y realizar libremente, sin injerencias de terceros, su propio plan de vida.

El principio de autonomía personal se muestra, así, como un precepto que marca la esfera de autonomía individual “...que por su naturaleza escapa a toda reglamen-

tación, colocando al hombre frente a su creador en un refugio que es fortaleza impenetrable y por la cual desfilan la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y, en definitiva, toda su intimidad” (Midón, 2009, t. 1, p. 205).

Es evidente que, conforme antes aseveráramos, en un Estado de Derecho, pluralista y democrático como el argentino, no existe una facultad para reprimir con una sanción penal lo *distinto*, lo que *discrepa con la axiología y la subjetividad social* dominante en una sociedad, en un tiempo y un lugar determinado.

Por lo demás, desde que en toda sociedad coexisten diferentes sistemas sociales parciales (familia, clase, subcultura, etcétera), con distintos sistemas de valores y diversas concepciones del mundo, la recuperación del condenado para la sociedad, que presupone el ideal resocializador, no puede aspirar a otra cosa que a hacer aceptar al penado las normas básicas y generalmente vinculantes que rigen en esa sociedad.

No se equivocaba Würtenberger cuando, ya en 1967, sostenía que

la legalidad puede ser concebida como una forma específica de la actitud humana frente al poder del legislador, a la vez que añadía que a la esencia de la legalidad corresponde el que a los sometidos a la ley no pueda exigírseles una motivación de su actuar que afecte los principios éticos del orden jurídico, por más que aquella pueda, a menudo, existir; y es que la peculiaridad de la legalidad con respecto a la moralidad consiste más bien, en primer lugar, en un reconocimiento de la existencia del orden legal en tanto tal. Por consiguiente, quien en la realización de las acciones de

legalidad respeta las normas de la ley afirma la idea jurídica del orden personificada en la ley. No es necesario que la intención del que actúa legalmente abarque otros elementos. El que actúa conscientemente de acuerdo con las normas orienta su conducta según la ley como dato que no necesita ser examinado en el fundamento de su validez, y que encuentra ya dado en el ámbito vital del mundo social. Quien así procede, pues, reconoce en el actuar de acuerdo con la ley, el orden realizado en ella, en la medida en que, en tanto súbdito del Derecho, utiliza al poder protector del orden jurídico también para sí. Ya esto demuestra en qué medida la actitud de la legalidad está caracterizada por una cierta sobriedad y una frialdad objetiva. Cuando la comunidad jurídica y el Estado exigen del hombre la conducta legal del respeto voluntario a la norma, no plantean estos poderes exigencias exageradas al actuar del individuo, no lo convocan a la entrega completa a objetivo éticos supremos o a deberes (Würtenberger, 1967, pp. 84, 93, 94 y 95).

De allí que un paradigma de resocialización para la legalidad deba admitir que tanto la “actitud de legalidad” como la conciencia jurídica orientada por la ley jurídica puedan contradecir los criterios “superiores” de la ética.

Y es por esto mismo que la doctrina jurídica sentencia que “...se debe abandonar el criterio por el que se busca incidir en la personalidad de quien delinque y centrarse en un enfoque de intervención frente a los hechos y las causas estructurales del delito” (González Placencia, 2011, p. 374) o –según los términos que hemos propues-

to en la presente tesis— los hechos y las causas estructurales de la prisionización de una persona por la comisión de un delito.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se muestra, así, como el instrumento enderezado a lograr restablecer en el condenado el respeto por las normas penales fundamentales que él ha inobservado, para lograr que, absteniéndose de cometer nuevos delitos, acomode su comportamiento futuro a las expectativas de conducta contenidas en tales disposiciones.

Con arreglo a esta lógica discursiva, se advierte que el medio para la consecución de dicho objetivo no puede ser otro que ofrecerle al condenado los elementos para un desarrollo personal que le permita fortalecer su *competencia* para configurar su propio plan de vida y su capacidad de reflexión sobre las consecuencias de su propia acción, para que de ese modo, al recuperar su libertad, pueda desenvolverse eficazmente en la vida en sociedad mediante el cumplimiento de las expectativas inherentes a un rol visto como “positivo” por la comunidad en que habrá de reinsertarse.

No podrá consistir en una imposición de “reforma” de su personalidad —habida cuenta que ello constituiría una injerencia intolerable en su derecho a la autodeterminación personal—, sino sólo en un ofrecimiento de los medios que le permitan un desarrollo idóneo para remover las causas que lo llevaron al delito y a la prisión.

Si se admite, a partir de la evidencia empírica que acredita que en la mayoría de los casos —en la República Argentina— la prisionización tiene por causa, no ya la comisión de delitos (o, incluso, otras razones como, por ejemplo, la temeridad del delincuente que asume los riesgos de resultar perseguido penalmente, juzgado y prisioni-

zado por la comisión de delitos que le permiten “ganarse *fácilmente* la vida” o la eficiencia de las instancias de aplicación del poder penal del Estado), sino la *vulnerabilidad* del sujeto y la *torpeza* en la perpetración de aquéllos (Zaffaroni, 1997, p. 190) —manifestada en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia—, puede sostenerse que las herramientas de un tal desarrollo personal del preso son aquellos que le hagan reducir su nivel de vulnerabilidad frente al sistema penal del Estado.¹⁵ Sólo así podrá lograrse la remoción de las causas de la prisionización del condenado.

En este sentido, el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) de la República Argentina, en su “**Informe Ejecutivo 2024**”, último disponible en el país, señala que, al cierre de ese año, el 95,5% de las personas detenidas eran varones; el 53% tenía me-

- 15 Ciertamente que esto no significa que postulemos el *absurdo* de que la ejecución de la pena privativa de la libertad tenga por finalidad lograr que el condenado “perfeccione” su actividad delictiva. Todo lo contrario. Lo que pretendemos significar en el texto principal es que la constatación de que, en la gran mayoría de los casos de personas prisionizadas en Argentina, se trata de hombres sin instrucción, carentes de trabajo y que cometen delitos contra la propiedad, conduce al entendimiento de que se trata de sujetos con “reducida *competencia*” para desenvolverse eficazmente en la vida lícita en sociedad que, por ello, optan por el delito como medio para costear una vida sin padecimientos, muy difícil de lograr mediante el empleo de sus acotadas “competencias sociales” en el desenvolvimiento cotidiano dentro del marco de la legalidad. Si esto es así, parece razonable postular que la ejecución del encierro penitenciario ha de tender a lograr que el interno —que así lo desee— pueda “superar” las circunstancias que limitan su capacidad de desarrollarse exitosamente en la vida social, a la vez que conocer, y poder escoger, con atendibles posibilidades de realización, formas de vida despegadas de lo delictivo.

nos de 35 años; sólo el 11% habían completado la escolaridad secundaria, mientras que el 32% tenía la instrucción primaria completa, y el 20% incompleta; el 34% estaban desocupados al momento de su prisionización, y el 39% no tenía ni oficio ni profesión; y, finalmente, que los delitos con mayores menciones como motivo del encierro eran los robos y las tentativas de robos, que llegan casi al 25,8% de los casos, y que están acompañadas de un 3,6% de hurtos o conatos de hurtos.¹⁶

Podría añadirse, aunque las estadísticas no lo mencionan expresamente, que es razonable inferir que los rasgos del estereotipo abarcan también el emplazamiento del recluso en el grupo de la población pobre¹⁷ o indigente:¹⁸ si se trata de personas con limitada instrucción, sin trabajo y que carecen de capacitación laboral, es sensato colegir que se trata de sujetos con severas dificultades para ganar el sustento propio necesario y el de los suyos.

16 Para acceder a este informe, v. SNEEP 2024, Ministerio de Justicia de la Nación, Secretaría de Justicia, Subsecretaría de Política Criminal, Dirección de Política Criminal en Materia Justicia y Legislación Penal, disponible en World Wide Web: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/politicacriminal/estadisticas-e-informes/sneep-2024> (accedido el 29 de enero de 2026).

17 “Hogares pobres” son aquellos cuyos ingresos se ubican por debajo de la línea de pobreza, esto es, por debajo del monto de ingresos necesarios para satisfacer –por medio de la compra de bienes y servicios– un conjunto de necesidades alimentarias y no alimentarias consideradas básicas.

18 “Hogares indigentes” son aquellos cuyos ingresos se ubican por debajo de la línea de indigencia, es decir, por debajo del monto de ingresos necesarios para cubrir el costo de una canasta de alimentos capaz de satisfacer un umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas.

Finalmente, el Observatorio Argentino de Drogas (OAD) viene llevando a cabo desde 2004 investigaciones cuantitativas y cualitativas en población privada de libertad, cuyos resultados más salientes comprueban que un porcentaje significativo de los delitos por el cual los encuestados se encuentran detenidos fueron cometidos bajo efectos de alguna droga ilegal o con el objetivo de comprar drogas. Una buena parte de los encuestados reconoció que la compra de drogas fue la razón para cometer el primer delito y, de ese porcentaje, alrededor de la mitad reconoce haber estado bajo efectos de drogas al cometerlo (Innamoratto et. al., 2015, p. 93).

La torpeza en la comisión de los delitos se comprueba *in re ipsa* —si se nos permite la expresión—, por sí sola, a través de la flagrancia en la que es atrapado el delincuente. En cambio, la idea de “vulnerabilidad” del sujeto quizá requiere de alguna precisión adicional, complementaria de la evidencia empírica invocada que da cuenta de un arquetipo de recluso, personificado en un hombre joven, con escasa formación, sin competencia laboral alguna e incluso sin empleo al momento de su detención, que perpetra delitos contra la propiedad de escasa “sofisticación”, tales como hurtos, robos o tentativas de estos entuertos.

Estudios de campo adicionales a los que ya hemos citado señalan —en específica relación con adolescentes, pero a través de constataciones extensibles a personas mayores— que la relación de la trayectoria delictiva con la vulnerabilidad y la exclusión social queda explicitada de forma que a mayor vulnerabilidad y exclusión social, mayor probabilidad de transitar a la delincuencia juvenil y de profundizar en la trayectoria delictiva (Uceda-Maza — Domínguez Alonso, 2017, p. 36). En este estudio, las variables que los investigadores tuvieron en cuenta para

arribar a la citada conclusión se escogieron variables que transitan por tres dimensiones, a saber: variables sociológicas, variables educativas y variables comunitarias. En la dimensión sociológica se recogieron las variables de sexo, fecha de nacimiento, barrio, distrito, minoría cultural, lugar de procedencia, proceso migratorio, situación administrativa y profesión de los padres; se relaciona la situación de cada adolescente con aspectos básicos de estructura social. En la educativa se delimitaron el nivel de instrucción, el proceso educativo, la situación educativa actual, el momento del abandono y la experiencia formativo-laboral. Por último, la comunitaria abarcaba las variables de grupo de iguales, ocio y tiempo libre, consumo de sustancias y tipo de sustancias (Uceda-Maza – Domínguez Alonso, 2017, p. 31). Estas fueron, pues, las variables en función de las cuales se construyó la categoría de “sujeto vulnerable”, que remite a la estructura social, es decir, a la situación económica, a la pobreza y a la exclusión social como telón de fondo. También a situaciones de frustración relacionadas con la sociedad de consumo (medios-fines), y de fragilidad provocada por el fracaso escolar, la falta de inserción laboral, la ausencia de tejido social, la *guetificación* de barrios y las dificultades en la integración social de los inmigrantes (Uceda-Maza – Domínguez Alonso, 2017, p. 30).

En esta sintonía, y para proponer una definición –ni la única ni la última– de la vulnerabilidad social del delincuente, podemos afirmar que se trata del desamparo institucional en que se encuentra el sujeto que se decide por el delito y culmina sometido a persecución penal, juzgamiento y condena penal, desde el Estado no ha contribuido a fortalecerlo y cuidarlo sistemáticamente, colocándolo en una situación de dependencia que no permite o pone en riesgo su autodeterminación y su libre elección en sus ideales de vida y en su desarrollo (*mu-*

tatis mutandis, Busso, 2001, p. 8; León Correa, 2011, p. 20). Esta cualidad del condenado deriva de circunstancias personales, sociales o de cualquier tipo que, justamente, lo exponen a su vulnerabilidad frente al poder de coerción penal del Estado, por la torpe comisión de hechos delictuosos. ¿Cuáles son estas circunstancias? Las hemos expuesto a través de nuestra cita de los últimos datos disponibles del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) de la República Argentina, que informan que el arquetipo de recluso alojado en las prisiones argentinas era el de un sujeto en condiciones de vulnerabilidad que le impedían el pleno ejercicio de sus derechos, nacidas de circunstancias sociológicas y educativas tales como su edad, formación escolar, competencia laboral y ocupación, entre otras, a las que se suma la condición de pobre o indigente que deriva de tales condicionamientos y el consumo problemático de sustancias psicoactivas asociado a la actividad delictiva.

La “vulnerabilidad social” del condenado, pues, no alude solo a carencias materiales, sino a un proceso o situación de desventaja social que se produce cuando existe una brecha entre los bienes sociales disponibles y las posibilidades de acceso a los mismos por parte de las personas.

La reinserción social del recluso, en consecuencia, habrá de procurarse mediante el ofrecimiento —al condenado— de un proceso de formación integral de su personalidad que lo dote de instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida en libertad.¹⁹

Se trata, en otros términos, de que el condenado pueda conocer opciones de vida diferentes al delito para que, a

19 En igual sentido, aunque en relación con el Derecho español, v. Rodríguez Núñez, 2004, p. 736.

través de las mismas, opte por configurar el mundo haciendo uso de su libertad sin dañar a los demás.

Esto, desde luego, no implica que deba entenderse que el Estado no ha cumplido cabalmente su deber en esta materia, al ofrecerle al interno un catálogo de alternativas de vida alejadas de lo delictivo, que aquél, por cuestiones meramente utilitaristas, decide no seguir. Si una persona prefiere asumir los riesgos de resultar perseguido penalmente, juzgado y prisionizado por la comisión de delitos que le permiten lograr el sustento propio necesario y el de los suyos sin la necesidad del esfuerzo que suele implicar el hacerlo a través del mejor cumplimiento posible de las reglas que ordenan la vida en comunidad, tal decisión es algo que escapa al ámbito de incumbencias de un Estado que se pretenda apartado de toda actitud *eticizante*—*sit venia verbo*— y respetuoso del ámbito de reserva del ser humano.

Desde otra perspectiva, es dable afirmar que el ineludible efecto aflictivo, deteriorante y criminógeno que la privación de la libertad tiene respecto de toda persona institucionalizada no puede ser pasado por alto a la hora de delinear los contornos del concepto de “reinserción social”.

Precisamente, la repercusión que las consecuencias negativas de la prisionización de un ser humano revelan en orden a la “meta resocializadora” impone que la construcción de la idea de readaptación social no se lleve a cabo en clave excluyentemente dogmático-jurídica, sino que, para ello, se repare igualmente en los datos empíricos materializados en tales secuelas nocivas del encierro carcelario.

En esta sintonía, Cervelló Donderis sostiene que la reinserción social no se puede entender en términos estrictamente jurídicos sino que

hay que completar su interpretación con los conocimientos criminológicos relacionados con las variables del delito y las posibilidades reales de prevención y de tratamiento (Cervelló Donderis, 2005, p. 232, tras lo cual alude a la “viabilidad” de “efectos” tales como, por ejemplo, la disminución de la nocividad de la cárcel a través de la consagración del carácter excepcional del aislamiento y de las sanciones, o el desarrollo del recluso mediante un tratamiento educativo dirigido a cubrir sus necesidades sociales de falta instrucción, carencia de formación laboral o escaso desarrollo de habilidades sociales).

La “reinserción social”, así, no queda definida sólo por el “dato” dogmático-jurídico materializado en la sujeción del comportamiento externo del condenado a la ley, derivada de una injerencia penitenciaria que pone a su disposición los elementos para un desarrollo de su personalidad que le permita comprender la conveniencia de configurar su vida al margen de la torpe comisión de delitos, sino también por un “dato” *empírico*, a saber: que la adecuación de la conducta externa a la ley tiene como “presupuesto” un trabajo intracarcelario orientado a reducir los efectos desocializantes de la prisionización.

Ya en 1989, Beristain puntualizaba:

La investigación y la docencia de los avances criminológicos conseguidos en los últimos decenios han de servir como instrumento científico (respetuoso de los derechos humanos)

para la repersonalización de los privados de libertad” (Beristain, 1989, p. 161). En el mismo lugar, el criminólogo agregaba: “Al mismo fin han de tender los estudios sobre las cuestiones introducidas recientemente en el campo de la Criminología. Nos referimos, en concreto, a la superación del triple objeto de la Criminología tradicional: delito, delincuente y pena. Como todos sabemos, a estos tres temas se han añadido hoy: la víctima y los encargados del control social [...]” (Beristain, 1989, p. 161).

Junto a todo cuanto se ha expresado, y como consecuencia de ello, cabe asegurar que, en materia de ejecución penitenciaria, el orden jurídico argentino ha adoptado un modelo de readaptación social mínimo.

Lo ha hecho de modo explícito la literalidad del art. 1° de la ley 24.660, en cuanto alude a la reinserción social del condenado mediante su adquisición de “...la capacidad de comprender y respetar la ley”, conformándose con una alineación de la actuación externa del delincuente a la legalidad formal que le permita restablecer su respeto por las normas básicas que rigen en la sociedad.

Pero lo ha realizado también en forma implícita el sistema normativo del bloque de constitucionalidad federal —o sea, el ordenamiento constitucional integrado por la Constitución argentina y los tratados internacionales de derechos humanos que adquirieron raigambre constitucional por virtud del art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema—, en cuanto eleva a la categoría de principio de jerarquía constitucional el derecho a la dignidad humana de la persona privada de la libertad (art. 10, apartado 1, P.I.DD. CC.PP.; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.; art. 75, inc. 22, Const. argentina), que impide cualquier

injerencia estatal –incluso la intervención penitenciaria– con aptitud para interferir, entre muchos aspectos, en las actitudes internas, en las opciones ideológicas y en la escala de valores del condenado.

Por lo demás, también las reglas del *soft law* se inclinan por los paradigmas resocializadores mínimos.

Así parecieran hacerlo, por ejemplo, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos” (Reglas Mandela) establecen:

Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que *puedan vivir conforme a la ley* y mantenerse con el producto de su trabajo (regla 4.1).

En nuestra opinión, la expresión “puedan [los reclusos] vivir conforme a la ley”, por su textura abierta, puede razonablemente ser interpretada como sinónimo de “quiera [el recluso] sujetar su comportamiento externo a lo que exige la ley” y, primordialmente, tenga los recursos personales que le permitan hacerlo. Es que, según puede apreciarse a partir de la transcripción de esta directriz, ella en modo alguno exige que el condenado desee respetar la ley en función de su “plausibilidad” *axiológica o moral*, sino que se conforma con el mero apego del comportamiento externo del sujeto a las exigencias de la legalidad, cualquiera sean las motivaciones que impulsan esa elección.

Por lo demás, no debe verse esto como una suerte de “hipocresía moral”, sino como la consecuencia de una legislación penal, como la nuestra, cuyo objetivo es garantizar la convivencia social y no la vigencia de determinados principios trascendentales u objetivos metafísicos.

Aparentemente en la misma línea, la organización Reforma Penal Internacional aduce en su “Manual de buena práctica penitenciaria” que la protección de la sociedad mediante la persecución de la adecuada reinserción del condenado debe intentarse

mediante la limitación de los efectos dañinos del encarcelamiento tanto como sea posible, tratando de persuadir al recluso para que enfrente su comportamiento delictual y ayudándolo a utilizar las oportunidades disponibles, para que se prepare para una vida socialmente responsable y aceptable después de recuperar la libertad (Reforma Penal Internacional, 2002, p. 29).

4. Reflexiones conclusivas

Es la hora de proponer una síntesis de las conclusiones a las que arribamos como corolario del desarrollo precedente.

El tópico del fin de la pena es un asunto que concierne a la justificación abstracta del castigo y que se expresa en los momentos de su determinación legislativa y judicial, mientras que el fin de la ejecución de la pena es una materia relativa a la finalidad que persigue la realización concreta de la sanción y que se manifiesta —en el caso de la pena de prisión— en el momento de su individualización penitenciaria. Son tópicos distintos, aunque relacionados, pues resultaría irrazonable que los cometi-

dos de la pena y de su realización material sean contradictorios o incompatibles.

El problema de las finalidades que se atribuyen a la ejecución de la pena tiene una importancia radical, pues los objetivos que la ejecución penitenciaria *debe* cumplir y, ya en el plano empírico –analizado con perspectiva sociológica–, los que *efectivamente cumple*, constituyen condiciones de legitimación del sometimiento de un ser humano concreto a persecución, juzgamiento y castigo por la comisión de un hecho delictuoso.

Por lo demás, la función de la ejecución de la pena constituye un tema inevitablemente *valorativo*, opinable y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado. La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado.

El programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario de Argentina, y también su normativa infraconstitucional, consagran el llamado “ideal socializador”, con arreglo al cual la finalidad esencial del encierro carcelario ha de consistir la reforma y la readaptación social del condenado (art. 10, apartado 3, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 6º, C.A.DD.HH.), o sea, en su adecuada reinserción social (art. 1 ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

En un Estado social y democrático de Derecho como el argentino, que brinda tutela constitucional al derecho a la dignidad humana de toda persona (art. 10, apartado 1, P.I.DD.CC.PP.; art. 5, apartado 2, 2ª disposición, C.A.DD.HH.), el *único modelo de resocialización que es admisible es la resocialización para la legalidad o paradigma*

resocializador mínimo, conforme el cual la ejecución de la pena privativa de la libertad debe orientarse sólo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley.

La exclusiva admisibilidad constitucional de un paradigma reeducador mínimo viene igualmente impuesta por las propias disposiciones de la ley penitenciaria que receptan el ideal resocializador; principalmente, el art. 1 de la ley 24.600, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se muestra, así, como el instrumento enderezado a lograr restablecer en el condenado el respeto por las normas penales fundamentales que él ha inobservado, para lograr que, absteniéndose de cometer nuevos delitos, acomode su comportamiento futuro a las expectativas de conducta contenidas en tales disposiciones.

El medio para la consecución de dicho objetivo no puede ser otro que ofrecerle al condenado los elementos para un desarrollo personal que le permita fortalecer su competencia para configurar su propio plan de vida y su capacidad de reflexión sobre las consecuencias de su propia acción, para que de ese modo, al recuperar su libertad, pueda desenvolverse eficazmente en la vida en sociedad mediante el cumplimiento de las expectativas inherentes a un rol visto como “positivo” por la comunidad en que habrá de reinsertarse.

Si se admite que en la mayoría de los casos la prisionización tiene por causa, no ya la comisión de delitos, sino la *vulnerabilidad* del sujeto y la *torpeza* en la perpetración de aquéllos —evidenciada en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia—, puede sostenerse que las herramientas de un tal desarrollo personal del preso

son aquellos que le hagan reducir su nivel de vulnerabilidad frente al sistema penal del Estado.

La reinserción social del recluso, en definitiva, habrá de procurarse mediante el ofrecimiento –al condenado– de un proceso de formación integral de su personalidad que lo dote de instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida en libertad.

Nunca está de más recordar las palabras de Ruiz Vadillo:

Es esencial pensar que la reeducación y reinserción pasan necesariamente por el respeto profundo e incondicionado a la dignidad del preso y a su personalidad. El Derecho penal no puede/no debe intentar cambiar a las personas que han delinquido, ni modificar la estructura de su jerarquía de valores ni la conformación que cada uno tenga de la sociedad para el futuro. Ha de limitarse a hacerle comprender que el Código penal es una ley de mínimos en cuanto a un cierto comportamiento de cuantos formamos la sociedad, absolutamente indispensable para la supervivencia, con el ejemplo bien significativo de que ninguna sociedad ha sabido ni ha podido vivir sin el Derecho, pese a los intentos, todos ellos utópicos, por alcanzar esa especie de nirvana comunitaria (Ruiz Vadillo, 1999, p. 211).

Bibliografía

- Baratta, A. (1990). Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre.
- Beristain, A. (1989). La aportación de los institutos de criminología a las instituciones penitenciarias. Eguzkilo, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián, número extraordinario 2, 161-162.
- Bidart Campos, G. (1997). *Tratado elemental de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Busso, G. (2001). Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI. En Seminario Internacional: Las Diferentes expresiones de la Vulnerabilidad Social en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL/CELADE, Naciones Unidas.
- Cervelló Donderis, V. (2005). El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social. En AA.VV., *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cesano, J.D. (2007). Ejecución de la pena privativa de la libertad y voluntariedad del tratamiento. En Lexis-Nexis Córdoba, n° 2.
- (1997). *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Córdoba: Alveroni.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (1993). La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria. En Papers d'Estudis i Formació, n° 12.

- De la Fuente, J.E. – Salduna, M. (2019). Capítulo I. Principios básicos de la ejecución. En AA.VV., *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentario a la Ley n.º 24.660 reformada por la Ley n.º 27.375*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- (2013). El derecho penal mínimo. En Ferrajoli, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Buenos Aires: Hamurabi.
- Galeano, E. (2005). *Patatas para arriba. La escuela del mundo al revés*. Buenos Aires: Catálogos.
- García-Pablos de Molina, A. (1979). La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Garzón Valdés, E. (2006). ¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana? En Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- González Placencia, L. – Morales Sánchez, J. (2011). Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: Fundamento de la ejecución de la pena y la reinserción social. En AA.VV., *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*. México: Facultad de Derecho (U.N.A.M.) – Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Universidad Autónoma de Nuevo León – Comunidad Jurídica – Editora Laguna – El Colegio de Guerrero – Criminogénesis – Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri”.

- Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Horvitz, M.I. (2018). La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? En *Política Criminal*, vol. 13, n° 26, diciembre 2018, 904-951.
- Innamoratto, M.G. [et.al.] (2015). Vulnerabilidad social, adicciones y prácticas delictivas: estudio exploratorio, descriptivo e interpretativo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México: Porrúa.
- León Correa, F.J. (2011). Pobreza, vulnerabilidad y calidad de vida en América Latina. Retos para la bioética. En *Acta Bioethica*, n° 17 (1), 19-29.
- Lewis, J.T. (2002). El juicio acerca del grado de reinserción alcanzado. En AA.VV., Anuario de Derecho de Ejecución Penal. IV Encuentro Nacional de Ejecución Penal –Mar del Plata, 21, 22 y 23 de noviembre de 2002–. Mar del Plata: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata – Ediciones Suárez.
- Michelini, D.J. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. En *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*. Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas (INCIHUSA – CONICET / Mendoza), vol. 12, n° 1.
- Midón, M.A.R. (2009). El Estado de Derecho y el principio de legalidad. En AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.

Mir Puig, S. (1998). *Derecho penal. Parte General*. 5ª edición. Barcelona: REPPERTOR.

(1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª edición revisada. Barcelona: Bosch.

Muñoz Conde, F. (1979). La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito". En *Doctrina Penal*, año 2, n^{ros} 5 a 8.

Nino, C.S. (2000). *Fundamentos de derecho constitucional*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea.

(1999). *Introducción al análisis del Derecho*. 9ª edición. Barcelona: Ariel.

Pérez Fernández, E. – Redondo Illescas, S. (1991). Efectos psicológicos de la estancia en prisión. En *Papeles del Psicólogo*, vol. 48.

Reforma Penal Internacional (2002). *Manual de Buena Práctica Penitenciaria*. 2ª edición. San José (Guayacán).

Rivera Beiras, I. (2006). *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Rodríguez Núñez, A. (2004). Fórmulas para la resocialización del delincuente en la legislación y el sistema penitenciario españoles. En AA.VV., *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. Buenos Aires: Hammurabi.

Roxin, C. (2008). Sentido y límites de la pena estatal. En Roxin, C. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

- Ruiz Vadillo, E. La sociedad y el mundo penitenciario. En Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián, número extraordinario 13, marzo de 1999.
- Sáenz Rojas, M.A. (2007). El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario. En Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, n° 115 (I).
- Salt, M.G. (1999). Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina. En Rivera Beiras, I. – Salt, M.G. *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Segovia, J.L. (2005). Del sueño de la reinserción social a la pura retribución. Cambio de paradigma y reformas penales. En AA.VV., *Las cárceles de la democracia. Del déficit de ciudadanía a la producción de control*. Madrid: Ediciones Bajo Cero.
- SNEEP 2024, Ministerio de Justicia de la Nación, Secretaría de Justicia, Subsecretaría de Política Criminal, Dirección de Política Criminal en Materia Justicia y Legislación Penal, disponible en World Wide Web: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/politicacriminal/estadisticas-e-informes/sneep-2024> (accedido el 29 de enero de 2026).
- Uceda-Maza, F.X. – Domínguez Alonso, J. (2017). Vinculación entre la vulnerabilidad y la exclusión social y las trayectorias delictivas. Un estudio de asociación. En *Psychosocial Intervention*, n° 26, 29–37.
- Würtenberger, T. (1967). *Persona y ley jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones.

Zaffaroni, E.R. (2009). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. La Paz: El Original.

(1997). Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. En AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

EL DERECHO PENITENCIARIO EN LA REGIÓN EL CASO ESPECIAL DE PANAMÁ¹

Dinoska Montalvo²

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de Derecho Penitenciario. III. Principales características. IV. Generalidades del Derecho Penitenciario en América Latina y el Caribe. V. El Sistema Penitenciario en Panamá. VI. Comentario final. VII. Referencias bibliográficas.

Resumen

El trabajo analiza la evolución y configuración del Derecho penitenciario en América Latina, con especial énfasis en el caso panameño. Expone cómo esta disciplina ha transitado desde una concepción meramente administrativa y represiva de la cárcel, criticada ya por Ce-

1 Los planteamientos en el presente artículo no representan la posición institucional del Ministerio de Gobierno, sino una aportación académica de la autora con miras a reflexionar y propiciar el diálogo sobre la materia.

2 Ministra de Gobierno de la República de Panamá. Doctoranda en Derecho Universidad Santa María la Antigua, Panamá. Máster en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Posgrado en Sistema Penal Acusatorio Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua y el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá. Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas Universidad del Istmo, Panamá.

sare Beccaria, hacia un enfoque centrado en la dignidad humana, la rehabilitación y la reinserción social, en armonía con el derecho internacional de los derechos humanos. Se define el Derecho penitenciario como el conjunto de normas que regulan la ejecución de penas privativas de libertad y la relación jurídica entre la persona privada de libertad y la administración. En la región, se observan diversos modelos normativos: algunos priorizan la organización administrativa, otros la ejecución judicial de la pena y otros integran ambos aspectos. En Panamá, la Ley 55 de 2003 reorganizó el sistema penitenciario, pero enfrenta desafíos como el hacinamiento. Por ello, se propone su actualización y el fortalecimiento de políticas públicas orientadas a resultados efectivos de resocialización.

Palabras clave: derecho penitenciario, reinserción social, sistema penitenciario, ejecución de la pena, derechos humanos.

Abstract: The paper examines the development of penitentiary law in Latin America, focusing on Panama. It traces the shift from a punitive and administrative view of prisons –criticized by Cesare Beccaria– to a modern approach grounded in human dignity, rehabilitation, and social reintegration in line with international human rights standards. It defines penitentiary law as the body of rules governing the execution of custodial sentences and the legal relationship between inmates and prison authorities. In Panama, Law 55 of 2003 reorganized the system, but ongoing issues such as overcrowding highlight the need for reform and stronger reintegration policies.

Keywords: Penitentiary law, Social reintegration, Penitentiary system, Sentence enforcement, Human rights.

I. Introducción

El derecho penitenciario es una disciplina compleja, que abarca distintos tópicos relacionados con el cumplimiento de la pena privativa de la libertad. Como tal, el derecho penitenciario ha experimentado grandes cambios en su concepción, desde el concepto estrictamente administrativo, que entiende el tema en relación con la administración de los centros penitenciarios. El más tradicional o clásico se concentra en la cárcel como centro de recepción de todos aquellos que son rechazados por la sociedad, por haber incurrido en hechos contrarios a la paz social. Esta idea, represiva, no atendía el concepto de cárcel como un lugar que hay que gestionar y que incluso demanda una administración de las propias personas privadas de libertad. Muy por el contrario, la concepción clásica desde una óptica represiva entendía la cárcel como un mecanismo de castigo en todo el sentido de la palabra; castigo que ya no sólo se remitía a la privación de la libertad *per se*, sino que incluso se utilizaba como mecanismo de tormento o aflicción, como cuestionaba Beccaria (2015, pp. 33-34).

Evidentemente que las diferentes teorías y grandes cambios experimentados con el iluminismo, la Ilustración y en definitiva con la abolición del Antiguo Régimen en el siglo XVIII y posteriormente la asunción del derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, propiciaron que no solo el Derecho penitenciario evolucionara, sino que éste como el propio Derecho penal se acercaran ya no solo al cumplimiento material de la pena en sí, sino también a la necesidad de rehabilitar y resocializar al individuo y más todavía, en la actualidad, de darle un trato digno a su condición humana.

En este sentido, este trabajo busca aproximarse al concepto de Derecho penitenciario y establecer sus características, para luego revisar las principales normas que rigen los sistemas penitenciarios en América Latina y el Caribe, de manera tal como podamos apreciar los rasgos distintivos del Derecho penitenciario en la región. Y finalmente, examinar la ley que regula el sistema penitenciario en Panamá, la Ley 55 de 30 de julio de 2003 y plantear cuáles serían los puntos que requieren de una actualización cónsona con el concepto actual de Derecho penitenciario, el cual busca garantizar unas condiciones adecuadas para el cumplimiento de la pena y procura la resocialización y la reinserción del individuo en la sociedad como un pilar fundamental.

II. Concepto de Derecho penitenciario

Una primera aproximación la podemos encontrar en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, en donde se define “derecho penitenciario” como el “conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas penal privativas de libertad y de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad”. En esta línea, explica la profesora Vicenta Cervelló de la Universidad de Valencia, que en efecto, el contenido del Derecho penitenciario se puede limitar al:

“...conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de todas las sanciones penales privativas de libertad sean penas o medidas de seguridad y ello por varias razones.

en primer lugar, si bien la ejecución penal es una materia homogénea de la cual se dice que da lugar a un auténtico sector autónomo del Ordenamiento Jurídico como es el Derecho de ejecución de penas, no se puede ne-

gar que las penas privativas de libertad, por sus condiciones de cumplimiento, presentan unas especiales características de ejecución que precisan de una regulación propia e independiente del resto de las penas.

respecto a las medidas de seguridad, aunque podría hablarse de un derecho de medidas autónomo, razones organizativas y de seguridad jurídica abogan porque sea más conveniente su regulación junto a las penas privativas de libertad, dando con ello mayor sentido a su denominación por la correspondencia entre penitenciario y privación de libertad” (Cervelló Donderis, V., 2012, pp. 21-22).

Ahora bien, en la actualidad se entiende que el Derecho penitenciario es más abarcador incluso. Autores como Nistal Burón y Fernández Arévalo (Citados por Díaz Gómez, A.) plantean que el concepto de esta disciplina alcanza a toda la actividad penitenciaria, es decir que el Derecho penitenciario es una rama reguladora de todo el ordenamiento jurídico que tiene por objeto la ordenación de las actividades de privación, custodia, reeducación, reinserción social y de los servicios administrativos propios de la administración penitenciaria. Igualmente el Derecho penitenciario se integra como una rama reguladora de la relación jurídica penitenciaria, es decir, reguladora de la relación de la persona privada de libertad con la Administración, la cual inicia a partir del momento de su ingreso al centro penitenciario; momento a partir del cual nacen derechos y deberes recíprocos con relación a la situación de internamiento y ello sin perjuicio de los derechos y garantías procesales que se ejercen en el proceso penal.

III. Principales características del Derecho penitenciario

Siguiendo a la profesora Vicenta Cervelló Donderis, se puede afirmar que el Derecho penitenciario es hoy por hoy una disciplina autónoma, si bien ligada en ciertos aspectos al Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y la Criminología (pp. 26-27), lo cierto es que el Derecho penitenciario tiende a integrar todo el ordenamiento jurídico en materia penitenciaria en un solo cuerpo normativo o de ley, de manera que sea más efectiva y especializada su aplicación.

Otra característica es su relación con la denominada Ciencia Penitenciaria, saber que tiene por objeto de estudio los aspectos relacionados con el cumplimiento de la pena desde una óptica integrada por la sociología y la criminología (p. 27).

Además, cabe destacar que el Derecho penitenciario mantiene en su centro la protección de los derechos fundamentales y en ese sentido, cuenta con principios y reglas comunes, lo que hace también de esta rama del derecho, una disciplina con rasgos propios. Tal es así, que el moderno Derecho penitenciario está integrado por principios como el de trato humano, dignidad humana, no discriminación, legalidad penitenciaria, debido proceso en la ejecución penal y en la tramitación administrativa de las quejas y peticiones que presenten las personas privadas de libertad en los centros penitenciarios, orden y disciplina penitenciaria, proscripción de la tortura o malos tratos, así como la integración de principios y normas referentes al control judicial en la ejecución de la pena y el ejercicio de las competencias administrativas en la gestión y prestación de servicios y programas en favor de la población penitenciaria.

IV. Generalidades del Derecho penitenciario en América Latina y Caribe

En términos generales se aprecia que en los diferentes países de la región, la regulación se ha centrado principalmente en la organización administrativa de los sistemas penitenciarios. Algunas otras han optado por la regulación del proceso de ejecución de la pena; otras se decantan por una regulación integradora de la organización administrativa, de los mecanismos de rehabilitación y reinserción social y lo concerniente a la ejecución de las penas; y también hay las que se encargan de regular la creación y funcionamiento de políticas públicas penitenciarias en concreto.

En el primer caso, podemos mencionar la Ley 55 de 30 de julio de 2003, que reorganiza el Sistema Penitenciario en Panamá. Esta Ley derogó la antigua Ley 87 de 1 de julio de 1941, sobre Establecimientos Penales y Correccionales. La Ley 55 de 2003, en efecto, supuso un cambio de paradigma importante, pues la anterior normativa estaba principalmente centrada en el carácter expiatorio (el artículo 1 de dicha Ley señalaba que el objeto de la reclusión de los condenados a sufrir penas privativas de libertad era teniendo en cuenta que las cárceles eran lugares de seguridad y expiación) y reformatorio (para menores de edad y mujeres privadas de libertad), mientras que la actual ley organizó el sistema penitenciario mediante una estructura administrativa nacional, lo dotó de mecanismos y organismos para el tratamiento de los reclusos con base a un sistema progresivo-técnico y su mejor reinserción en la sociedad.

Otras leyes, como se adelantó, básicamente regulan todo lo concerniente al ámbito penitenciario a partir de las funciones jurisdiccionales en la ejecución de la sentencia. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 24.660 que re-

gula la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad en Argentina. En ésta se define la competencia judicial durante la ejecución de la pena y en el marco de esta el régimen de progresividad en el tratamiento de las personas privadas de libertad, así como el régimen de prelibertad, libertad y asistencia postpenitenciaria. De igual forma, México a través de la Ley Nacional de Ejecución Penal regula la temática penitenciaria, estableciendo las normas que deben observarse durante el internamiento en prisión preventiva, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad, igualmente regula los procedimientos para resolver las controversias que surjan con motivo de la ejecución penal, así como los medios para lograr la reinserción social.

En cambio, leyes en Colombia y en República Dominicana integran la organización, la administración del personal penitenciario, los mecanismos de rehabilitación y reinserción y de ejecución de penas en un solo cuerpo normativo. En ese sentido, Colombia cuenta con un Código Penitenciario y Carcelario adoptado mediante Ley 65 de 1993 y República Dominicana mediante Ley 113-21 de 2021, regula el Sistema Penitenciario y Correccional, teniendo como pilar central la protección de la integridad y dignidad de las personas privadas de libertad, así como la reducción de las consecuencias negativas de tal privación, y proporcionar los mecanismos para la reeducación y rehabilitación en la sociedad, con base a controles que eviten la reincidencia.

Finalmente, otra norma a destacar es la Ley 2446 de 2025, por medio de la cual se crea la Política Pública de Cárceles Productivas en favor de la población privada de libertad en Colombia. Resalta en este tipo de normativa, no solo la creación de la política pública que busca que las personas privadas de libertad se vinculen con medios

de producción que faciliten su reinserción social, laboral y académica, incluso a través de emprendimientos, sino también la integración de diferentes actores sociales en el desarrollo de estos programas.

V. El Sistema Penitenciario en Panamá

El Sistema Penitenciario panameño se fundamenta en el artículo 28 de la Constitución Política que indica que dicho sistema se “funda en principios de seguridad, rehabilitación y defensa social”, al mismo tiempo que prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de los detenidos y ordena su capacitación en oficios que le permitan reincorporarse útilmente a la sociedad.

Como se ha mencionado, la regulación penitenciaria en Panamá se encuentra contenida en la Ley 55 de 30 de julio de 2003, que reorganiza el Sistema Penitenciario y en el Decreto Ejecutivo 393 de 25 de julio de 2005, que reglamenta dicha Ley, así como en la demás reglamentación emitida por el Sistema Penitenciario.

Dicha normativa consagra al sistema penitenciario como un conjunto organizado, funcional y estructurado de elementos normativos, técnicos y científicos que definen la naturaleza de los centros penitenciarios, cuyos objetivos principales son la resocialización de las personas privadas de libertad sobre la base de un adecuado tratamiento, el trabajo, la capacitación y la educación.

El sistema penitenciario cuenta, además, con la Ley 42 de 14 de septiembre de 2016, que desarrolla la Carrera Penitenciaria, la cual es reglamentada por medio del Decreto Ejecutivo 180 de 14 de septiembre de 2017.

Ahora bien, el principal reto del sistema penitenciario ha sido y sigue siendo la cantidad de privados de libertad, que se cuentan en torno a 24,507 personas privadas de libertad, distribuidos en 20 centros penitenciarios para adultos y 631 menores de edad en 6 centros de cumplimiento (Datos de la Dirección General del Sistema Penitenciario), lo cual plantea la necesidad de tomar medidas legislativas, administrativas y promover innovadoras políticas públicas tendientes a reducir el hacinamiento, mejorar las condiciones de reclusión y propiciar una reinserción social efectiva.

Ya en el año 2017 se aprobó una ley en esta dirección. Se trata de Ley 4 de 17 de febrero del referido año, que reformó el Código Judicial, el Código Penal y el Código Procesal Penal, introduciendo medidas para evitar el hacinamiento en centros penitenciarios.

Sin embargo, estas medidas no han sido suficientes, como tampoco el hecho que se haya implementado en el país un nuevo sistema penal de corte acusatorio, que aun cuando opera con garantías más reforzadas en comparación con el sistema anterior, ello no ha impactado directamente en una disminución de las personas privadas de libertad.

Es por esto que en la actualidad el Ministerio de Gobierno impulsa un proceso de reforma de la Ley 55 de 2003, que busca actualizar la normativa:

- integrando principios, derechos y deberes que reforcen el marco normativo actual, en armonía con la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales y los principios del Derecho internacional en materia penitenciaria, como son: las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Nelson Mandela), el Conjunto de

Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas, aprobado mediante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 43/173 de 9 de diciembre de 1988, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y Procedimientos para la Aplicación Efectiva de las Reglas, aprobadas mediante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 663 CI (XXIV) de 31 de julio de 1957, las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusas y medidas no privativas de la libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

- introduciendo preceptos para la institución y desarrollo de políticas públicas penitenciarias que favorezcan la rehabilitación y reinserción de los privados de libertad, cuyas actividades puedan ser consideradas por los jueces de cumplimiento, de garantías y de juicio en la conmutación de la pena, apoyando a que las personas privadas de libertad cuenten con las herramientas necesarias que eviten su reincidencia en delito;
- desarrollando mecanismos con perspectiva de género con relación a la situación de mujeres privadas de libertad;
- reforzando los mecanismos de gestión de adecuada y segura de internos de alto riesgo; e
- incorporando la normativa necesaria para el cumplimiento y seguimiento de las decisiones de los jueces de cumplimiento con relación a la ejecución de la pena, diferenciando las facultades que correspon-

den a la Dirección General del Sistema Penitenciario y las actuaciones en las que tienen competencia los jueces, sobre todo cuando se trata de actuaciones que en un primer momento deben ser solicitadas y atendidas ante la instancia administrativa.

VI. Comentarios finales.

La necesidad de actualizar la Ley Penitenciaria Panameña y avanzar hacia políticas penitenciarias con resultados:

Una consideración final que merece ser mencionada, tiene que ver con lo ya señalado en cuanto a la necesidad de actualizar el marco normativo y la adopción de políticas públicas penitenciarias. Lo primero resulta imperioso a fin de ejecutar modernos mecanismos en el tratamiento de las personas privadas de libertad, y por cuanto ello permitirá optimizar y desburocratizar procesos a lo interno del sistema penitenciario, lo que sin duda redundará en la reducción de espacios que por mucho tiempo han sido aprovechados para la corrupción.

Han transcurrido veintidós años desde la aprobación de la Ley 55 de 30 de julio de 2003, que reorganiza el Sistema Penitenciario, por lo que es impostergable e ineludible su revisión a fin de hacer efectivos los principios constitucionales que la inspiran de dignidad humana, seguridad, rehabilitación y defensa social consagrados en los artículos 17 y 28 de la Constitución Política. En este sentido, me permito plantear, los que considero, son puntos clave para la actualización de la Ley del Sistema Penitenciario en Panamá:

1. La actualización de la Ley 55 de 2003, debe ser cónsona con las circunstancias actuales que vive el país, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la modernización de los regímenes

penitenciarios de los países de la región y atendiendo a las realidades de seguridad de los centros penitenciarios y las necesidades de implementación de nuevas tecnologías, programas y políticas penitenciarias.

2. Es necesario fortalecer el funcionamiento del sistema penitenciario panameño y reorganizar la estructura administrativa del sistema penitenciario, así como precisar las funciones de la Juntas Técnicas de los Centros Penitenciarios. Y una propuesta en particular, es la creación de una Oficina de Defensoría Penitenciaria como ente encargado de la defensa de los derechos e intereses de la persona privada de libertad ante actuaciones de los funcionarios del Sistema Penitenciario y para coadyuvar en la defensa de las personas privadas de libertad.
3. Es importante el establecimiento de un catálogo actualizado de principios y derechos que inspiren y sustenten el sistema jurídico del derecho penitenciario panameño; y en especial reforzar los derechos y el marco normativo de protección de la mujer privada de la libertad, conforme a los convenios internacionales sobre la materia.
4. Se requiere fortalecer la transparencia y gestión de los servidores públicos del sistema penitenciario, estableciendo controles como son, por ejemplo, la declaración jurada del estado patrimonial tanto para el director general del sistema como para los directores de los centros penitenciarios.
5. Crear la base normativa para instituir políticas y programas de centros penitenciarios productivos con miras a que la población penitenciaria pueda efectuar trabajos remunerados previa capacitación en distintas profesiones y oficios, a fin de que los bienes y servicios que produzcan generen recursos que reviertan

en mejorar las condiciones de los centros penitenciarios, y el reconocimiento de incentivos fiscales para las empresas privadas que participen en los referidos programas;

6. Rediseñar la política postpenitenciaria con la finalidad de hacer efectivo el mandato constitucional de reincorporación del liberado o liberada útilmente a la sociedad; y
7. En materia financiera, es vital contar con herramientas de autogestión para dotar al sistema penitenciario de los recursos necesarios e imprescindibles para atender sus apremiantes necesidades a nivel nacional; entre otras propuestas.

En cuanto a las políticas públicas, aspecto de suma importancia en la búsqueda de resultados ciertos y medibles en la reinserción efectiva de los privados de libertad en la sociedad, podemos señalar que en la actualidad el Ministerio de Gobierno mediante Resolución No. 045-R-041/A de 16 de abril de 2025, publicada en la Gaceta Oficial No. 30347 de 20 de agosto de 2025, se ha abocado en esta dirección, con la aprobación del Programa Plan Libertad para personas privadas de libertad en cumplimiento de pena, como una estrategia nacional encaminada a fomentar la resocialización, reintegración social y laboral, mediante un modelo estructurado de evaluación, formación, participación comunitaria y el seguimiento postpenitenciario.

El programa vincula al sector público y privado y se desarrolla sobre la base de seis componentes fundamentales: evaluación integral, capacitación y desarrollo de habilidades, apoyo psicológico y social continuo, vinculación con el sector público y privado para oportunidades de empleo, ejecución de proyectos de impacto social y seguimiento y evaluación de los avances del programa.

Para el cumplimiento de sus propósitos el Plan Libertad se ejecuta por etapas. Una primera etapa de evaluación y selección de la persona privada libertad con fundamento en el sistema progresivo técnico. Una segunda etapa de tratamiento individual mediante formación, capacitación y trabajo. Una tercera etapa de participación en la ejecución de proyectos de impacto social. Seguido de una etapa de preparación para la libertad y su vinculación laboral y, finalmente, de seguimiento postpenitenciaria.

Cabe señalar que lo anterior, a la fecha, ha permitido que los privados y privadas de libertad se inserten en distintas actividades y proyectos, entre estos, proyectos como: Panadería “Amansando Esperanza” (Ministerio de Gobierno, 2025b) y el Taller Industrial Extra Muro, ambos creados en el marco del Plan Libertad. En este último programa los privados y privadas de libertad participan en labores de costura, confección de uniformes, tapicería y bordados participan, teniendo en su primera promoción a cien privados de libertad participando, que se suman a los 1,800 privados de libertad que han estado laborando en otras actividades del programa Plan Libertad (Ministerio de Gobierno, 2025c).

Bibliografía

- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y las penas*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Cervelló Donderis, V. (2012). *Derecho penitenciario*. Tirant lo Blanch.
- Díaz Gómez, A. (2021). *Manual de derecho penitenciario*. <https://www.proyectoprisiones.es/manualderecho-penitenciario/>.

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2025). *Voz: ciencia penitenciaria*. <https://dpej.rae.es/lema/ciencia-penitenciaria>.

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2025). *Voz: derecho penitenciario*. <https://dpej.rae.es/lema/derecho-penitenciario>.

Ministerio de Gobierno (2025a). *Población penitenciaria 2025*. <https://www.datosabiertos.gob.pa/dataset/mingob-poblacion-penitenciaria-2025>.

Ministerio de Gobierno (2025b). *Mingob impulsa alianza con el sector privado para industrializar centros penitenciarios*. <https://www.sistemapenitenciario.gob.pa/mingob-impulsa-alianza-con-el-sector-privado-para-industrializar-centros-penitenciarios/>.

Ministerio de Gobierno (2025c). *Privados de libertad tendrán oportunidad para desarrollar sus habilidades en la costura*. <https://www.mingob.gob.pa/privados-de-libertad-tendran-otra-oportunidad-para-desarrollar-sus-habilidades-en-la-costura/>.

NORMATIVA

Asamblea General de Naciones Unidas [AG]. (1988). Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas. Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/bodyprinciples.pdf>.

Asamblea General de Naciones Unidas [AG]. (2011). Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusas y medidas no privativas de la libertad para las Mujeres Delincuentes. Resolución A/RES/65/229 de 16 de marzo de 2011. <https://www.unodc.org/>

documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

Asamblea Legislativa (30 de julio de 2003). Ley que reorganiza el Sistema Penitenciario. [Ley 55 de 2003]. GO: 24,857.

Asamblea Nacional (17 de febrero de 2017). Ley que reforma el Código Judicial, el Código Penal y el Código Procesal Penal, sobre medidas que eviten el hacinamiento en centros penitenciarios, y dicta otras disposiciones. [Ley 4 de 2017]. GO: 28221-B.

Asamblea Nacional (14 de septiembre de 2017). Ley que desarrolla la Carrera Penitenciaria. [Ley 42 de 2016]. GO: 28117-B.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2008). Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26 del 3 al 14 de marzo de 2008. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp>.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas [CES]. (1957 y 1977). Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Resoluciones 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf.

Constitución Política de la República de Panamá [C.P.]. (2004). Asamblea Nacional. <https://constitucion.te.gob.pa/wp-content/uploads/2024/01/Texto-editado-por-la-Asamblea-Nacional.pdf>.

Ministerio de Gobierno y Justicia (25 de julio de 2006). Decreto Ejecutivo que reglamenta el Sistema Pe-

nitenciarlo. [Decreto Ejecutivo 393 de 2016]. GO: 25368.

Ministerio de Gobierno (14 de septiembre de 2017). Decreto Ejecutivo que reglamenta la Ley 42 de 14 de septiembre de 2027, que desarrolla la Carrera Penitenciaria. [Decreto Ejecutivo 180 de 2017]. GO: 28365.

Ministerio de Gobierno (16 de abril de 2025). Resolución 045-R-04/A que aprueba el Programa Plan Libertad para personas privadas de libertad en cumplimiento de pena y se establecen lineamientos para su ejecución. https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdf-Temp/30347/GacetaNo_30347_20250820.pdf.

CAPÍTULO VIII

JUSTICIA TRANSICIONAL Y CONSTRUCCIÓN DE PAZ: DILEMAS DEL POSTCONFLICTO

DEL CORONEL BUENDÍA A IVÁN MÁRQUEZ. SOBRE LAS DIFICULTADES DE LOS PROCESOS DE PAZ Y REINTEGRACIÓN EN COLOMBIA^{1*}

Manfredo Koessler^{2**}

John Zuluaga^{3***}

Sumario: Introducción. Postulados para el análisis del conflicto armado colombiano. La violencia como estrategia. El problema de la reinserción de combatientes. A manera de conclusión. Bibliografía

- 1 * Texto publicado originalmente en Fernando Velásquez/John Zuluaga (eds.), *Constitución y sistema penal. Conmemoración de los 100 años de la Constitución de Weimar*, Bogotá, Tirant lo Blanch, pp. 91-111.
- 2 ** PHD Universidad de Hamburgo (Alemania). Magíster en Ciencia Política en Iberoamérica de la Universidad Internacional de Andalucía (La Rábida, España). Master en Partidos Políticos, Programa. C.E.A de la Universidad Nacional Córdoba (Argentina). Abogado Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Actualmente es Docente en la Universidad de Erfurt (Alemania).
- 3 *** Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia (sede Bogotá). Abogado de la Universidad Antioquia (Medellín-Colombia). Doctor en Derecho (Dr. iur.) y Master of Laws (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Pagweb: www.john-zuluaga.de

Resumen

El trabajo analiza la violencia en Colombia como práctica social internalizada y su vínculo con las falencias de los procesos de Desmovilización, Desarme y Reinserción en el contexto del conflicto armado. Primero, delimita algunos postulados para reflexionar sobre el conflicto como marco general. Luego, examina la violencia como estrategia en el espacio social colombiano. Finalmente, aborda los principales problemas de la reinserción de excombatientes y reflexiona sobre la noción de “Estado débil” en Colombia.

Palabras clave: conflicto armado, violencia, reinserción a la vida civil, habitus, concepto de Estado.

Abstract

The paper analyzes violence in Colombia as an internalized social practice and its connection to the shortcomings of Disarmament, Demobilization, and Reintegration processes within the context of the armed conflict. First, it outlines key premises for reflecting on the conflict as a general analytical framework. It then examines violence as a strategy within the Colombian social sphere. Finally, it addresses the main challenges of ex-combatant reintegration and reflects on the notion of a “weak state” in Colombia.

Keywords. Armed conflict, violence reintegration, into civilian life, habitus, concept of the State

Introducción

Hay una constante en los procesos de paz en Colombia que se sintetiza en la figura del coronel Aureliano Buendía, quien por una gran parte de su vida estuvo inmerso en guerras civiles y participó de 32 levantamientos armados. El coronel Buendía concreta una metáfora de la

realidad que ha marcado el siglo XX en Colombia: La continuidad de muchas prácticas de violencia. Esto podría dar cuenta de una cierta disfuncionalidad de los procesos dirigidos a la superación de la violencia, especialmente de los procesos de Desmovilización, Desarme y Reinserción (DDR) (véase entre otros Alonso Espinal *et al.*, 2007, p. 51 ss.; Chernick, 2008, p. 184; FIP, 2010, p. 1; Human Rights Watch, 2005, pp. 31-35; sobre la desmovilización solo como transformación de medios y fines de poder Duncan, 2006, pp. 356-363; Orozco Abad, 2009, p. 171). La continuidad del conflicto armado y la diezmada eficacia de los procesos de DDR frente a la reproducción de prácticas violentas podría encontrar una explicación en la misma dimensión sociopolítica de la violencia en Colombia.

En este sentido, resulta reconocible que la violencia, en sus distintas expresiones, hace parte del *modus vivendi* de específicos agentes sociales (al respecto *in extenso* Koessler, 2014; Koessler, 2015; en ese sentido Duncan, 2006, pp. 364-368; también Theidon, 2007, p. 77). Esto sería comprensible, además, cuando se considera que el conflicto armado en Colombia viene caracterizado por una persistencia que encuentra sus orígenes en momentos muy anteriores al narcotráfico, la existencia de distintas maneras ilegales de economía y de diferentes controles locales de procesos políticos y sociales realizados por agentes sociales sustentados *manu militari* (Alonso Espinal *et al.*, 2007, p. 51 ss; Duncan, 2006, p. 357; Romero, 2003, p. 10). Estos fenómenos exigen comprender que la violencia en Colombia tiene múltiples fuentes e intereses de producción y reproducción (véase Cuellar Boada, 2005, pp. 322 ss.; Pardo Rueda, 2007, pp. 171 ss.). En ese sentido, entender la violencia como una práctica social internalizada y como estrategia de reproducción de específicos agentes sociales ayudaría a comprender la dis-

funcionalidad de los procesos de DDR (al respecto Zuluaga & Koessler, 2011, pp. 5-64).

Aunque estos problemas son muy propios de Colombia, en la discusión se debe reconocer que no solo es un fenómeno meramente colombiano y que está ligado a una concepción muy particular del Estado. Esta reflexión se plantea como un ejercicio que intenta mostrar el reflejo resultante de una observación de la realidad colombiana bajo la condición de no estar inmerso en ella. No es la intención señalar cuestiones que no se han tenido en cuenta por parte de los expertos colombianos, ni mucho menos ofrecer alternativas y soluciones. La idea es sumar insumos al debate, identificando cuáles cuestiones podrían ser de interés en la discusión y, también, cuáles podrían ser relevantes para un observador foráneo de tal manera que no se caiga en la aplicación de conceptos no aplicables a Colombia. A esos fines, primero, se hace una aproximación al conflicto armado como marco general de análisis. Segundo, se exponen los aspectos más característicos de la violencia como estrategia. Tercero, se lleva a cabo un acercamiento a los principales problemas de la reinserción de combatientes con una reflexión final sobre el así denominado “Estado débil”.

Postulados para el análisis del conflicto armado colombiano

Cuando se aborda el tema del conflicto armado en Colombia, se confronta un curso de acontecimientos especialmente complejos frente a los cuales no caben las etiquetas (Waldmann, 2007, p. 252 s.). Se trata de un escenario en el que los actores luchan con y entre sí, es decir, no se trata solamente del enfrentamiento de un grupo rebelde contra el Estado, ni tampoco de un conflicto horizontal. Al curso de las complejidades se suma el he-

cho de que sea un conflicto prolongado en el tiempo (Informe general CNMH, 2013, p. 31 ss., 108 ss.). Es por ello por lo que una caracterización general no solo resulta difícil, sino, también, está llamada a la permanente actualización debido a la activa dinámica de alianzas entre actores legales o ilegales, las cuales son de tal complejidad y tan dependientes del tiempo y el espacio que visto “desde afuera” genera ciertos problemas para seguir y comprender el desarrollo de los acontecimientos.

Es por ello que resulta más atinado el análisis de algunos de los aspectos definitorios del conflicto armado en Colombia. Entre otros, uno de los temas que llama poderosamente la atención de este conflicto es el rol muy particular de las elites tradicionales. Aquí se encuentra un elemento que resulta determinante para comprender muchas particularidades político-económicas colombianas que definen la dinámica del conflicto armado. Especialmente llamativo del caso colombiano es la estrecha homología entre las elites políticas y las económicas. Esta homología es tan estrecha que no resulta fácil distinguir entre quienes tienen posesión del capital económico y los que disponen de capital político.

Uno de los efectos de esa difícil distinción entre elites políticas y económicas resulta ser la reducida autonomía del campo político y del Estado frente al campo económico (Koessler, 2015, p. 39 ss.). En el caso colombiano, estas autonomías resultan minimizadas. Esto es explicativo del reducido abanico de opciones políticas para proyectar el denominado “país nacional”, en el cual irrumpen y se sostienen opciones tradicionales que se recrean en la homología entre elites políticas y económicas. Adicionalmente, este fenómeno resulta altamente interesante para intentar explicar los desarrollos de fórmulas alternativas al margen del espectro político formal y que, en algunos

casos, coinciden con los cursos contestatarios violentos ligados al conflicto armado colombiano.

El hecho de que las élites políticas sean homólogas con las elites económicas, especialmente las locales, explicaría tal vez el nivel de violencia del conflicto y su persistencia en el tiempo (Koessler, 2015, p. 41). Asociado a esto, por ejemplo, encontrarían un enfoque de comprensión los desplazamientos forzados de la población civil, precisamente por tratarse de un conflicto en el que una de las cuestiones más reivindicadas es la lucha por la tierra. Esto es bastante peculiar del caso colombiano, pues no se cuestionan en sentido amplio los modelos económicos o de producción, sino, más allá de esto, básicamente la apropiación de los beneficios sin una mayor problematización de la manera en que se generan (al respecto Informe general CNMH, 2013, p. 31).

Esta homología también puede ser explicativa de la particular situación del Estado. Es frecuente observar en los medios de comunicación colombianos imágenes de grupos indígenas que se declaran neutrales frente a otros actores armados. Asimismo, pueblos que formalmente están bajo el control del Estado, pero en la realidad no sucede de forma efectiva, sino que están controlados por grupos guerrilleros o paramilitares, que tienen la misma o mejor eficacia en el control social que el propio Estado nacional. Esto es indicativo de que el Estado colombiano cumple un rol formal en el campo al ofrecer un capital simbólico al campo político y económico, pero no un control efectivo de su territorio. El Estado en muchas ocasiones cumple una función legitimadora y, simultáneamente, resulta relevante para las elites (políticas y económicas), pues encuentran en el Estado una suerte de escudo que los inhibe de responsabilidad frente a actores internos e internacionales por incumplimientos e incon-

venientes generados por las actividades de esas élites o en función de sus intereses (Koessler, 2015, p. 42).

La alta compenetración entre elites políticas y económicas permite comprender las formas de reproducción de estas, que encuentran en la exclusión política y económica la estrategia más importante. Ligado a lo anterior se podrían entender razones explicativas de la violencia y muchas de sus manifestaciones en Colombia, como lo es el desplazamiento forzado de la población. Un factor coincidente en las distintas expresiones del fenómeno del desplazamiento es que la población se mueve hacia lugares en los que puede asegurar su subsistencia y no se trata de lugares “demandados” por las elites. De esta manera se trata de asegurar el no padecimiento de la represión estatal, paramilitar o guerrillera. Lo interesante es que la violencia es funcional a estas dinámicas, más allá de ser razón explicativa de estos fenómenos.

La violencia como estrategia

La violencia no solo puede mirarse y analizarse a partir de sus impactos sociales, económicos o políticos, sino, también, en el caso colombiano, puede ser concebida en el sentido de una práctica que se caracteriza como perdurable. Esto significa que puede mirarse a partir de su vínculo con los desenlaces de la vida cotidiana y como uno de los recursos estratégicos de algunos agentes sociales para dinamizar sus posiciones en el espacio social colombiano. La utilización de la violencia como un recurso prioritario y que desplaza otras formas de solución de conflictos permite entender la configuración de cierta economía de la violencia a partir de la cual se intervienen diversas problemáticas que, paradójicamente, encuentran una causa explicativa en la misma violencia (Zuluaga & Koessler, 2011, p. 34 s.; en detalle Koessler, 2015, p. 103 ss.).

De esto se deriva un insumo perceptivo a partir del cual la violencia parece ser vista como una estrategia o recurso primario con múltiples propósitos en el marco de las prácticas sociales (al respecto resulta atinado el temprano acercamiento de Pécaut, 1989, p. 23, cuando señaló que “las clases dominantes saben que la fuerza es un componente de las relaciones sociales”).

En esa medida, resulta altamente distintivo del conflicto armado y de los actores sociales en Colombia (dentro de los que se encuentra el Estado, véase Koessler, 2015, p. 103; Jaramillo, 1997, pp. 150-159) el mantenimiento de la violencia como un medio para terciar el control social. Debe anotarse que el análisis de la violencia en Colombia, tal como lo comentábamos, no debe focalizarse solo por su carácter de práctica extendida a lo largo del tiempo, sino, también, por su rendimiento en la configuración de percepciones y acciones respecto a la cotidianidad, las coyunturas o los proyectos a largo plazo. En este marco es que se advierte que la violencia en Colombia puede ser discutida como un recurso definitorio del así denominado *Habitus* (al respecto Bourdieu, 1995; Bourdieu, 1990; Bourdieu, 1974).

Esta percepción de la violencia como recurso primario se ve reforzada por diversos factores como la denominada “debilidad del Estado”, la cual ha sido conceptualizada de muy distintas niveles: Un Estado ausente (Restrepo Riaza, 1997, p. 111), un *Failed State* (Mason, 2001, p. 82 ss.), un *Partially Failing State* (Waldmann, 2007, p. 222), un Estado sin soberanía, o soberanía disputada (Uribe de Hincapié, 1998, p. 11), un Estado con soberanías múltiples (Alonso Espinal & Velez Rendón, 1998, p. 68), un Estado precario (Alonso Espinal, 1997, p. 137), un Estado precario con más territorio que Estado (Rangel, 2005, p. 21), un Estado crónicamente débil (Waldmann, 1997,

p. 38), un Estado anómico (Waldmann, 1995, p. 21) o incluso primitivo (Salazar, B. & Castillo, M.P., 2001, p. 43).

Estos conceptos en los que se habla de un fracaso del Estado en el cumplimiento de las funciones de control territorial o de monopolio de la violencia son criticables, como lo veremos más adelante, porque esa debilidad estatal se fundamenta en la cooptación que ha tenido el mismo por parte de elites económicas, lo cual exige preguntarse si es posible hablar de un fracaso del Estado y si esas funciones a partir de las que se le mide (control territorial y monopolio de la violencia) no interesan a las élites políticas, es decir, económicas de Colombia. Al respecto puede decirse que la no dedicación seria y efectiva del Estado al cumplimiento de esas funciones es lo que interesa a las élites económicas, ya que de esta manera pueden lograr la obtención de capital económico sin asumir la responsabilidad por ello. Esto se observaba especialmente en el tema del control del territorio. Ya planteaba Margarita Serjé (2003, p. 194) que “con el pretexto de tener seguridad en un medio agreste, las armas y las milicias han sido la garantía para la rentabilidad de sus empresas en los confines de la nación”. Así, entonces, el recurso a la violencia se recrea en medio de una polarización sin alternativas: Por un lado, algunos agentes y grupos sociales ven en la violencia uno de los recursos para que sus pretensiones políticas, sociales o económicas sean atendidas. Por otro lado, las elites recurren a la violencia como recursos de sostenimiento, fortalecimiento y ensanchamiento de su capital (Zuluaga & Koessler, 2011, p. 36).

Un Estado construido de esta manera, sumado a un profundo localismo y aislamiento de gran parte de la población colombiana (incluso a nivel urbano), que refuerza la exclusión social-económica (Zuluaga & Koessler,

2011, p. 35) tiene como una de sus más importantes consecuencias que la violencia se instale como parte de un capital simbólico que muchos actores intentan poseer, lo cual puede entenderse porque la capacidad de actuar de forma violenta resulta vista por muchos como un valor. Esta capacidad de violencia también es un capital del cual se derivan rendimientos para mejorar su posición en el campo social o por lo menos mantenerla. Esa transformación de la violencia es una cuestión poco analizada y que influye enormemente en los desenlaces actuales del conflicto armado en Colombia.

Debe anotarse que el recurso de la violencia es utilizado con diferentes intensidades por parte de los actores sociales: Existen grupos que son claramente violentos. Hay grupos que se manejan entre violencia y zona gris o estrategias no violentas. También hay grupos que están entre zona gris y grupos no violentos (algunos partidos políticos) (Koessler, 2015, p. 103). En este último caso, esto no significa que el partido o grupo sea violento, sino que son actores que tienen a la violencia como parte de las estrategias para poder posicionarse en el campo. El elemento violencia está incorporado dentro de su *Habitus*, en el cual la violencia es una posibilidad que sirve incluso para reaccionar a la misma violencia.

Especialmente interesante, como anotábamos, es la observación de la violencia como práctica, no solo efectiva, sino, también potencial. De la misma se pueden derivar importantes rendimientos para impactar el capital político y económico de los actores sociales, especialmente de los grupos dominantes. Muchos de los factores influyentes en la desigualdad y exclusión social antes mencionados resultan administrados a partir del recurso a la violencia, pues la homología entre campo político y económico estimula que las soluciones negociadas o alter-

nativas al conflicto sean resistidas por las elites, a la vez que el Estado deba asumir, desde su pretendida ausencia, la responsabilidad por ello.

Acá se encuentran insumos relevantes para el análisis de las prácticas de reinserción de combatientes a la vida civil. Los procesos de DDR han sido acogidos como ejercicios para la neutralización de la violencia, sin embargo, su impacto en la superación de la misma no ha sido el esperado (sobre el proceso con los grupos paramilitares véase Beck, 2008; Figari Layus & Kintzel, 2008; Guáqueta & Arias, 2008). Esto no es solo un desenlace de los incumplimientos del Estado, sino que, como lo analizaremos a continuación, la incursión de nuevos agentes violentos o el resurgimiento de otros termina siendo un fenómeno encauzado por la misma trayectoria del espacio social colombiano y la apropiación de la violencia en el *Habitus* de los agentes sociales como recurso de posicionamiento en el campo.

El problema de la reinserción de combatientes.

Esa comprensión de la violencia como una estrategia para obtener rendimientos políticos, económicos o sociales en el campo sirve también para apreciar la cuestión aparentemente contradictoria entre los acuerdos de paz y la desmovilización de combatientes como (des)enlaces de la violencia en el campo. En principio, la violencia se usa con una lógica dirigida a la obtención de determinados propósitos por parte de los actores sociales. Posteriormente, este uso de la violencia ha conducido a la conformación de muchas mesas de negociación para discutir lo demandado a través de las mismas prácticas violentas. Así se consolida una relación dinámica entre violencia y negociación, con la preponderante percepción de que muchos actores sociales buscan concretar sus reivindica-

ciones y lograr sus objetivos vía acuerdos de paz (sobre la historia de los acuerdos de paz, entre otros, Pizarro, 2017; Medófilo Medina, 2003). En esa medida, la violencia tan incorporada en el *Habitus* pareciera que fuera el antecedente necesario para lograr las desmovilizaciones, los acuerdos y capacidades de negociación.

En esa relación entre violencia y negociaciones de paz se suma un elemento que tiene claramente una gran importancia: La reinserción a la vida civil de combatientes. La reinserción termina siendo en la mayoría de los casos un elemento clave que se discute en todo acuerdo, pero en el caso colombiano tiene una peculiar caracterización en tanto la acogida de estos procesos pareciera tener un doble tamizaje. Por un lado, estos procesos de reinserción y sus respectivas garantías parecen ser solo válidos para los dirigentes envueltos en el uso de la violencia. Por otro lado, las bases se reinsertan de forma mucho más suave y frente a ellos el cumplimiento es aún más débil que el de sus dirigentes. Frente a lo anterior se debe considerar que, en los procesos de negociación y de DDR, no tiene lugar un gran cuestionamiento de la estructura del campo (Zuluaga & Koessl, 2011, p. 38). En otras palabras, los actores no problematizan de forma estricta la manera como está estructurado el espacio social colombiano. Es por ello que modificaciones profundas al campo social no resultan muy factibles. Esta dinámica de la reinserción es, en esa medida, explicativa de un empeoramiento de la situación de la violencia, precisamente porque está llamada a reforzar una suerte de lógica de imitación, es decir, una forma de recurrir a la violencia para incentivar negociaciones y, dado el caso, para reaccionar a los incumplimientos durante los procesos de reinserción a la vida civil.

En ese sentido es que resulta comprensible que ninguno de los procesos de paz en Colombia haya podido de-

terminar el cese de la violencia y tampoco haya acabado con la aparición de nuevos grupos armados. Dicho de otra manera, los protagonistas de la violencia van y vienen en el espacio social, pero éste y el recurso a la violencia se conservan (Koessler, 2015, p. 103 ss.). Esa misma lógica ha cobijado los últimos procesos de DDR en Colombia. Así, por ejemplo, el proceso orientado por la Ley 975 de 2005, que inició con un rendimiento positivo en la desmovilización (al respecto Bastidas, 2007; Cárdenas Sarrias, 2005; crítico al respecto Garzón, 2005; FIP, 2005), pero no de igual manera en lo referente al desarme y reinsertión de combatientes (Zuluaga, 2011, pp. 3-9; Beck, 2008; CIDH, 2007). Esto ha sido explicado, entre otras cosas, a partir de las contemporáneas relaciones entre los grupos armados y el narcotráfico, que determina diversas posibilidades de rápidos rearmes y, por lo tanto, las afectaciones a la cuestión de la reinsertión (véase Ronderos, 2014 con desarrollo del concepto guerra reciclada). A ello se suma el hecho de que en el restante espacio social colombiano no se concreten cambios que impidan un retorno a las armas (Zuluaga & Koessler, 2011, p. 36).

De lo dicho puede comprenderse por qué las negociaciones padecen el enfrentamiento de otros actores en Colombia, de tal manera que unos buscan lograr determinados objetivos por esa vía y otros tratan de evitarlo. Al respecto siempre resurge uno de los fenómenos más dramáticos que ha padecido el caso colombiano en los últimos 35 años: El exterminio de la Unión Patriótica (véase *in extenso* Informe del Centro de Memoria Histórica, 2018). Asimismo, permitiría entender por qué las FARC buscó negociar la paz e incorporarse a la vida civil y, paralelamente, recibe el acecho del paramilitarismo que los combate violentamente (sobre la desmovilización de combatientes de las FARC véase McFee & Rettberg, 2019; acerca de la reincorporación y seguridad de ex-

combatientes de las FARC véase FIP, 2019). Acá se hace notoria una forma de utilización de la violencia para evitar que otro grupo se aparte de la violencia a la hora de lograr sus objetivos. El Estado pareciera ser solo un observador calificado de este fenómeno.

Esta problemática abarca a los desmovilizados de diferentes grupos armados. Según las estadísticas, “entre 2003 y el 30 de julio de 2018, 3.656 desmovilizados de las AUC fueron víctimas de homicidio –de los cuales 3.334 entraron a la ruta de reintegración del Gobierno–, mientras que, en el caso de la Farc, se han registrado 747 casos, de los cuales 627 ingresaron a los programas” (Garzón, Cajiao, Silva Aparicio, 2018). Esto permite apreciar la dimensión de la violencia frente a desmovilizados y, en el caso de las FARC, que en aquellas zonas que fueron abandonadas luego del proceso de desmovilización de este grupo guerrillero han incursionado distintos actores armados ilegales llenando los vacíos que dejaron los excombatientes.

Las zonas abandonadas representan, a la vez, una suerte de territorios que continúan siendo no controlados estatalmente, lo cual no necesariamente debe asimilarse a la situación de un Estado débil, ausente o fallido. El territorio no controlado es el resultado del desinterés y no de la incapacidad del Estado para intervenir esos espacios y es un efecto del desarrollo de violencias intensas o medias en ese territorio. Entre otras consecuencias, esto genera una economía por fuera del control estatal: Se trata de la generación de capital para los actores sociales en el campo, en el que todos parecieren ganar ya con empleo para la población o control social por parte de las elites y jefes-líderes de los grupos armados. Es algo paradójico a primera vista porque ante una situación de ausencia estatal, el Estado resulta beneficiado, pues una par-

te de la población se mantiene empleada y, por lo tanto, logra con eso una cierta calma social, flujo de capitales e ingresos por vías indirectas. Al mismo tiempo, en caso de presiones internacionales ante la violación de Derechos Humanos, este escenario le ofrece distintos insusmos para plantear su falta de responsabilidad por la debilidad y la falta de control territorial (sobre cómo y en qué condiciones los actores externos pueden intervenir a partir de diferentes puntos de partida para contribuir a la reducción de la violencia véase *in extenso* Kurtenbach, 2004). Esto es un punto bastante relevante para entender por qué muchos tratados de paz en Colombia no han cuestionado la estructura del espacio social y para comprender las problemáticas financieras que puede generar el mismo si se pensase para todo el territorio.

A manera de conclusión

La disfuncionalidad de los procesos de DDR en Colombia puede ser comprendida también a partir del análisis de la violencia como recurso estratégico para el control social. Esta apropiación de la violencia, en los márgenes de lo que se ha denominado un *Habitus*, viene explicada por múltiples factores que expresan y aclaran la dinámica del conflicto armado en Colombia y, además, exigen problematizar el rol del Estado e ir más allá de la mera problematización de las denominadas debilidades. Este cuestionamiento viene alimentado, entre otras cosas, por una falta de separación entre elites económicas y elites políticas que se sintetiza en una relación de gamonalismo. En Colombia la separación del campo económico y político ha sido mínima y genera múltiples problemas en el espacio social.

Esa falta de diferenciación entre campos es un elemento clave, porque determina que el Estado no tenga una

legitimación autónoma. En otras palabras, el Estado es visto como una herramienta o el resultado de un intercambio con las elites económicas. Esto podría explicar porque hubo en todo el siglo XX un solo golpe militar en Colombia, pues las elites económicas (al ser también las políticas) históricamente no tenían necesidad de apropiarse del poder del Estado en manos de élites (políticas) diferenciadas de ellas, como sucedió en otros países de Latinoamérica. En ese escenario, el Estado no tiene monopolio de herramientas fundamentales, por ejemplo, de la violencia, lo cual les ha permitido a muchos calificar a Colombia como un Estado débil o fracasado. Frente a ello habría que anotar que esa opinión se fundamenta en una idea de Estado hegeliano que, precisamente, nunca ha sido del interés de las elites colombianas. El Estado colombiano se desenvuelve más bien en la lógica de un *primus inter pares*. Esta perspectiva de análisis cobra sentido si se considera que no hay negociación política ni militar sin el Estado, aunque una negociación solo con el Estado no resulta suficiente.

Si se consideran las pautas ordinarias que llega a delimitar una teoría del Estado, podría decirse que el Estado colombiano no se adecua a esos “estándares”: No hay monopolio de la violencia, la legitimación es muy baja, la población prefiere ser un observador no participante, la posición del Estado es la de un actor más entre otros. No por ello puede decirse que Colombia sea un Estado débil en sentido estricto, pues el mismo es muy activo y presente en muchos aspectos. Es por ello que la dicotomía entre Estados débiles y Estados fuertes no resulta suficiente para el caso colombiano y se hace necesario comenzar una profunda reflexión sobre la misma concepción del Estado, pues lo que está sucediendo en el siglo XXI –no solo en Colombia– nos muestra que aquel

paradigma hegeliano de Estado omnipresente no coincide con la realidad.

Al analizar el problema de la violencia en Colombia, por lo tanto, resulta muy relevante entender los problemas que crea la violencia, pero también las debilidades que cubre y las percepciones que genera, más allá de las debilidades del Estado o institucionales. Dicho de otra manera, de lo que se trata es de comprender las posibilidades que se generan con la violencia frente a la falta de empleo, la debilidad de las instituciones, la debilidad de la estructura política, la falta de alternativas políticas, etc. Muchos de los problemas son generados por la violencia, pero parte de las soluciones propuestas se basan en la violencia efectiva o potencial.

Debe seguir siendo cuestionada aquella asociación estricta y unilateral de las debilidades en el cumplimiento de la norma, la falta de control territorial, la falta de legitimación con las debilidades del Estado colombiano. Ello aplica, también, para la comprensión sobre la continuidad de las prácticas violentas. La parcial eficacia de los procesos de DDR frente a la continuidad de la violencia de y contra los ex integrantes de grupos armados desmovilizados puede leerse desde el punto de vista de un *Habitus* de específicos actores sociales y, a su vez, una estrategia que asegura la continuidad de su estatus en el espacio social. Ahí pueden encontrarse razones muy importantes para entender la permanencia del conflicto, la continuidad de diversas maneras ilegales de economía y de diferentes controles locales armados. Es por ello que resulta fundamental continuar discutiendo la posibilidad de incidir por medio de cambios profundos en el espacio social y en la estructura política colombiana como presupuesto de superación de la violencia.

Bibliografía

- Alonso Espinal, M. & Vélez Rendón, J. (1998). Guerra, Soberanía y órdenes alternos. *Estudios Políticos* 13 (Julio–diciembre), 41 – 71.
- Alonso Espinal, M. (1997). Elecciones, territorios y conflictos. *Estudios Políticos* 11 (julio–diciembre), 135–144.
- Alonso Espinal, M., Valencia Agudelo, G. *et al.* (2007). *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.
- Bastidas, W. (2007). Demobilisierung: Das Ende des Paramilitarismus in Kolumbien? En e.V. & Kolumbienkampagne berlin (ed.), *Autoritärer Staat und paramilitärische machtnahme in Kolumbien. Die Regierung Uribe und der Krieg gegen die soziale Bewegung* (pp. 22-29). Berlin: FDCL-Los Autores.
- Beck, K (2008). *Der Demobilisierungsprozess der Paramilitärs in Kolumbien unter Alvaro Uribe*. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller.
- Bourdieu, P. (1995). *Respuestas por una antropología reflexiva*. México: Editorial Grijalbo.
- Bourdieu, P. (1990). *Sociología y cultura*. México: Editorial Grijalbo.
- Bourdieu, P. (1974). *Zur Soziologie der symbolischen Formen*. Frankfurt. A. M.: Ed. Suhrkamp.
- Cárdenas Sarrias, J. (2005). *Los parias de la guerra: análisis del proceso de desmovilización individual*. Bogotá: Ediciones Aurora.

- Chernick, M. (2008). *Acuerdo posible. Solución negociada al conflicto armado colombiano*, Bogotá: Ediciones Aurora.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2007, octubre 2). 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: CIDH. <http://www.cidh.org/pdf%20files/III%20Informe%20proceso%20desmovilizacion%20Colombia%20final.pdf>
- Cuellar Boada, F. (2005). La negociación con los paramilitares desde la teoría de los juegos. En Rangel (Ed.). *El poder paramilitar* (pp. 261-327). Bogotá: Fundación Seguridad y Democracia-Planeta.
- Duncan, G. (2006). *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Figari Layus, R. & Kintzel, Y. (2008). Der Demobilisierungsprozess in Kolumbien: ein Beispiel für Transitional Justice? *MenschenRechtsMagazin* 13(Heft 2), 253-262.
- Fundación Ideas para la Paz (FIP) (2005). Los 10 temores sobre la desmovilización. Hechos del Callejón 8. <http://www.mediosparalapaz.org/index.php?idcategoria=2601>
- Fundación Ideas para la Paz (FIP) (2010). Para dónde va el paramilitarismo en Colombia. *Siguiendo el conflicto: hechos y análisis* 58.
- Fundación Ideas para la Paz (FIP) (2019). *Las trayectorias de la reincorporación y la seguridad de excombatientes de las FARC. Riesgos, respuestas del Estado y tareas pendientes. Notas estratégicas* 11. Bogotá: FIP.

- Garzón, J.C., Cajiao, A., Silva Aparicio, A.M. (2018, julio 27). Las razones detrás del homicidio de desmovilizados de las FARC, en [ideaspaz.org https://www.ideaspaz.org/publications/posts/1689](https://www.ideaspaz.org/publications/posts/1689)
- Garzón, J. C. (2005). La complejidad paramilitar: una aproximación estratégica. En Rangel, Alfredo (ed). *El poder paramilitar* (pp. 47-135). Bogotá: Ed. Planeta.
- Guáqueta, A. & Arias, G. (2008). Transicional DDR in Colombia: useful or counterproductive? Bogota: FIP. http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/download_publicaciones/transitional_DDR_Colombia_useful_counterproductive.pdf
- Human Rights Watch (2005). *Smoke and Mirrors. Colombia's demobilization of paramilitary groups*. Washington: HRW. <http://www.hrw.org/en/reports/2005/07/31/smoke-and-mirrors-0>
- Informe del Centro de Memoria Histórica (2018). *Todo pasó frente a nuestros ojos. Genocidio de la Unión Patriótica 1984-2002*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Informe general, Grupo de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya!: Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.
- Jaramillo, A. M. (1997). Consideraciones sobre el conflicto armado en el Medellín de los noventa. *Estudios Políticos* 10 (Enero-Junio), 150-159.
- Koessler, M. (2014). *Habitus und Gewalt. Paramilitarismus in Kolumbien*. Berlín: Lit Verlag.
- Koessler, M. (2015). *Violencia y habitus: Paramilitarismo en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- Kurtenbach, S. (2004). *El papel de los actores externos en la contención de la violencia en Colombia*. Hamburg: Institut für Iberoamerika.
- Mason, A. (2001). La crisis de seguridad en Colombia: causas y consecuencias internacionales de un Estado en vía de fracaso. *Rev. Colombia Internacional* 49/50, 82-102.
- McFee, E. & Rettberg, A. (comp.). (2019). *Excombatientes y acuerdo de paz con las FARC-EP en Colombia: balance de la etapa temprana*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Medófilo Medina, E. (2003). *Tiempos de paz: acuerdos de paz en Colombia, 1902-1994*. Bogotá: Instituto Distrital de Cultura y Turismo.
- Orozco Abad, I. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Ed. Temis S.A.
- Pardo Rueda, R. (2007). *Fin del paramilitarismo. Es posible su desmonte?* Bogotá: Ediciones B.
- Pécaut, Daniel (1989). *Crónica de dos décadas de política colombiana 1968-1988*. Bogotá: Siglo XXI.
- Pizarro, E. (2017). *Cambiar el futuro*. Bogotá: Debate.
- Rangel, A. (2005). *El poder paramilitar*. Bogotá: Fundación Seguridad y Democracia-Planeta.
- Restrepo Riaza, W. (1997). Conflicto armado y alternativas de paz. *Estudios Políticos* 10 (Enero-Junio), 111-125.
- 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: Universidad de los Andes.
- Romero, M. (2003). *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*. Bogotá: IEPRI/Planeta.

- Ronderos, M. T. (2014). *Guerras recicladas*. Bogotá: Aguilar.
- Salazar, B. & Castillo, M.P. (2001). *La Hora de los dinosaurios: conflicto y depredación en Colombia*. Bogotá: Cerec-Cidse.
- Serjé, M. (2003). Violencia y civilización en los territorios salvajes y tierras de nadie en Colombia. En Instituto de Estudios Regionales (INER) (ed). *Fronteiras. Territorios y metáforas* (pp. 189–197). Medellín: Ed Hombre Nuevo.
- Theidon, K. (2007). Transitional Subjects? The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia. *International Journal of Transitional Justice* 1(1), 66–90.
- Uribe de Hincapié, M.T. (1998). Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. *Estudios Políticos* 13 (julio–diciembre), 11–37.
- Waldmann, P. (1995). Represión estatal y paraestatal en Latinoamérica. *América Latina Hoy – Revista de Ciencias Sociales* 10, 21–28.
- Waldmann, P. (1997). Cotidianización de la violencia: el ejemplo de Colombia. *Revista Análisis Político* 32 (septiembre–diciembre), 33–51.
- Waldmann, P. (2007). *Guerra civil, terrorismo y anomia social. El caso colombiano en un contexto globalizado*. Bogotá: Ed. Norma S.A.
- Zuluaga, J. & Koessl, M. (2011). Sobre la fase administrativa del procedimiento de la Ley 975 de 2005 o de “Justicia y Paz” (LJP). *Derecho Penal Contemporáneo* 37, 5–64.
- Zuluaga, J. (2011). Sobre las (dis)funcionalidad de la llamada ‘fase administrativa’ del proceso de justicia y paz en Colombia. *Boletín semestral GlipGö* 1, 3–9.

ACERCA DE LOS AUTORES

Carlos David Cáliz. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España. Ex Magistrado de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Honduras (Período 2009-2016). Director de la Escuela de Formación del Ministerio Público “Orlan Arturo Chávez”, República de Honduras. Profesor de Derecho penal, Derecho procesal penal e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Diego Cuarezma Zapata. Máster en Derecho Internacional (LL.M.int) por la Ruprecht- Karls Universität Heidelberg, Alemania. Máster en Derecho Internacional Inversión, Comercio y Arbitraje por la Universidad de Chile. Director y Miembro del Comité Académico y Científico de la Maestría en Derecho Internacional del INEJ, Nicaragua. Director de Investigación y Posgrado del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Dinoska Yinett Montalvo de Gracia. Ministra de Gobierno de la República de Panamá. Doctoranda en Derecho Universidad Santa María la Antigua, Panamá. Máster en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Posgrado en Sistema Penal Acusatorio Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua y el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá. Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas Universidad del Istmo.

Eduardo José Mitre Guerra. Secretario General del Ministerio de Gobierno de la República de Panamá. Doctorado en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por la Universidad de Zaragoza, España. Máster Universitario en Especialización e Investigación en Derecho, en la Especialidad de Derecho de Aguas, de los Recur-

tos Naturales y del Medioambiente por la Universidad de Zaragoza, España. Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Latina de Panamá. Profesor de Derecho Administrativo del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Enzo Finocchiaro. Profesor de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho Penal Internacional e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes, Argentina). Profesor Titular de Derecho Penal Internacional y crímenes informáticos de la Maestría en Criminología de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magíster en Magistratura y Derecho (Universidad Austral, Argentina). Director de la Revista de Derecho Penal Internacional (IJ Legal Group).

Erick Gatgens. Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Ludovico Maximiliano, Múnich, Alemania. Máster, Especialista en Ciencias Penales y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Profesor de Derecho penal, Derecho procesal penal e Investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Eugenio Raúl Zaffaroni. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016-2022). Exministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2003-2014), Miembro de la Junta Fundadora del Instituto para la investigación y promoción de los Derechos Sociales Fray Bartolomé de las Casas”, Ciudad del Vaticano. Fundador, profesor e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Gabriela Gusis. Abogada (UBA), Especialista en constitucionalismo y garantismo (UCLM, España) y en estudios de Derecho Crítico y Derechos Humanos (FLACSO) y doctoranda en ciencias jurídicas (U. San Carlos de Guatemala). Es profesora adjunta regular de Derecho penal y procesal penal (U. Nacional de Avellaneda), adjunta de Derecho penal (UNLP) y adjunta interina de Criminología y Secretaria del Departamento de Derecho Penal y Criminología (UBA), Argentina.

Gustavo A. Arocena. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Posdoctorado, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Codirector del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, Argentina. Máster en Educación Superior e Investigación, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Vicerrector de Investigación del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Henry Eyner Isaza. Doctor Honoris Causa, Universidad San Martín, fundación Universitaria, Doctor en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Magíster en Administración de Instituciones de Justicia de la Universidad Santa María la Antigua, Panamá, Postgrado en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Chiriquí, Panamá, Postgrado en Docencia Superior de la Universidad del Istmo, Panamá.

John Zuluaga Taborda. Doctor en Derecho (Dr. iur.) y Master of Laws (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU, Alemania). Profesor de Derecho penal en la Universidad Nacional de Colombia. Miembro fundador de la Sociedad Internacional Germano Latinoamericana de Ciencias Penales (SIGLA-CP). Profesor vi-

sitante de la Universidad de Würzburg y de la Universidad de Kiel (Alemania).

Juan Antonio Kuan Guerrero. Abogado Litigante. Miembro de la Comisión de implementación del Sistema Penal Acusatorio del Colegio Nacional de Abogados, Docente Universitario de las Cátedras de Derecho Penal y Procesal Penal. Máster en Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Julia Sáenz. Profesora Titular III de la cátedra de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá, Investigadora del Sistema Nacional de Investigación. SENACYT. ORCID: 0000-0003-0301-9527.

Manfredo Koessl. PHD Universidad de Hamburgo (Alemania). Magíster en Ciencia Política en Iberoamérica de la Universidad Internacional de Andalucía (La Rábida, España). Master en Partidos Políticos, Programa. C.E.A de la Universidad Nacional Córdoba (Argentina). Abogado Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); actualmente es Docente en la Universidad de Erfurt (Alemania).

Manuel Vidaurri Aréchiga. Doctor en Derecho de la Universidad de Sevilla, España. Doctor en Criminología de la Universidad Humani Mundial, México. Máster en Educación Superior e Investigación, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Vicerrector de Relaciones Internacionales del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Profesor e Investigador de la Universidad La Salle Bajío, León, Estado de Guanajuato, México.

María Eugenia López Arias. Magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda de lo Penal, Panamá. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias

Penales y Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, egresada con honores, (Capítulo Sigma Lambda), de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

Mario A. Houed Vega. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Exmagistrado de la Sala Tercera (Penal) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Rector fundador emérito del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Martín Alexander Martínez Osorio. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Tecnológica de El Salvador y Consultor regional externo de UNODC en Centro América y República Dominicana. ORCID: <http://orcid.org/0000-0007-6013-9986>.

Sergio J. Cuarezma Terán. Prof. Dr. h.c. mult. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Rector, profesor e investigador de Derecho penal y Derecho procesal penal del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Investigador senior del Instituto de Estudios Penales “Alimena”, Instituto de Investigación Interdepartamental de la Universidad de Calabria, Italia. Experto del ILANUD y Miembro de la Comisión de la Redactora del Código Penal Tipo de Latinoamérica.

La presente obra, *Derecho penal humano. La dignidad como límite del poder punitivo*, es el resultado de un proyecto de investigación regional, que se presentó en el I Congreso Internacional de *Derechos humanos y sistema penal en la quinta revolución industrial*, celebrado los días 27 y 28 de febrero de 2026, en Ciudad del Saber, República de Panamá. La investigación fue realizada por destacados investigadores de Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú, bajo la dirección científica del la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Pilar, Paraguay; el IUDY, Tabasco, México; el ILANUD, NN.UU.; el INEJ, Nicaragua y el IINEJ afiliado a la Fundación de Ciudad del Saber, República de Panamá.

En este contexto, el IUDY (Tabasco, México) y el INEJ (Nicaragua) otorgaron *Doctorados Honoris Causa* al Dr. Dr. h.c. mult. Eugenio Raúl Zaffaroni, exjuez de la Corte IDH y fundador del INEJ.

