

# Propuesta de integración de la presunción de inocencia:

con la carga de la prueba y la configuración de los delitos  
de peligro abstracto

**Enrique Arteaga Córdoba**





**Propuesta de integración  
de la presunción de inocencia:  
con la carga de la prueba y la configuración  
de los delitos de peligro abstracto**



**Propuesta de integración  
de la presunción de inocencia:  
con la carga de la prueba y la configuración  
de los delitos de peligro abstracto**

**Enrique Arteaga Córdoba**  
Doctor en derecho procesal contemporáneo  
Universidad de Medellín  
Colombia



*Propuesta de integración de la presunción de inocencia con la carga de la prueba y la configuración de los delitos de peligro abstracto*

1.ª edición: 2022

© Universidad de Medellín

ARTEAGA CÓRDOBA, ENRIQUE

Propuesta de integración de la presunción de inocencia con la carga de la prueba y la configuración de los delitos de peligro abstracto / Enrique Arteaga Córdoba ; coord. ed. Solangy Carrillo-Pineda, Laura Agudelo-Calle. -- 1 ed. -- Medellín: Universidad de Medellín ; Sello Editorial Universidad de Medellín, 2021.

216 p. ; 17 x 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

DOI: 10.22395/9789585180338

ISBN (electrónico): 978-958-5180-33-8

1. PRESUNCION DE INOCENCIA. 2. PESO DE LA PRUEBA. 3. PROCEDIMIENTO PENAL. 4. PROCESO PENAL. 5. DERECHO PENAL. 6. RIESGO (DERECHO). 1. Carrillo-Pineda, Solangy, coord. ed.. 2. Agudelo-Calle, Laura, coord. ed.. 3. Universidad de Medellín. Sello Editorial Universidad de Medellín.

CDD 345.06

Catalogación bibliográfica - Universidad de Medellín. Biblioteca Eduardo Fernández Botero. Daissy Patricia Zea Mejía.

Sello Editorial Universidad de Medellín

selloeditorial@udemedellin.edu.co

Carrera 87 N.º 30-65. Bloque 20, piso 2

Teléfono: (+57+4) 340 5242

Medellín, Colombia

*Coordinación editorial*

Solangy Carrillo-Pineda

Laura Agudelo-Calle

*Corrección de estilo*

Melissa Pérez Peláez

*Diseño de cubierta*

Juan Camilo Correa Córdoba

*Diagramación*

Leonardo Sánchez Perea

Todos los derechos reservados.

Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, por ningún medio inventado o por inventarse, sin el permiso previo y por escrito de la Universidad de Medellín.

Hecho el depósito legal.

## Dedicatoria

*A mis padres, porque si reflexiono con una mirada hacia el pasado, en medio de un sinfín de adversidades y carencias, fueron extraordinariamente generosos en mi proceso de formación. Hoy en día son mis ángeles, y no dejo de recordarlos con profundo amor.*

*Para Aura María, Sara y Laura, luz en mi vida. Su presencia, amor y compañía les dan aún más sentido a mis sueños y proyectos. Por ellas, todo este camino recorrido es profundamente gratificante.*



## Agradecimientos

Expreso con especial gratitud, que la Universidad Libre, Seccional Cali, hace parte esencial del camino recorrido. Me abrió generosamente sus puertas al iniciar mis estudios de pregrado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, y ha sido un eje fundamental en mi evolución profesional. Sin el valioso apoyo económico que me brindó durante el doctorado, este sueño no hubiera sido posible. Debo, igualmente, hacer un reconocimiento especial a los profesores Hernando Ordóñez Ramírez y María Inés Muriel Puerto. Además de hacer posible el apoyo de la Universidad Libre, me brindaron su amistad y compañía durante estos años de estudio.

Por último, mi sentimiento de gratitud se extiende a la profesora Mónica María Bustamante Rúa, jefe del Doctorado en la Universidad de Medellín. Por ella, los recurrentes viajes se transformaron en una experiencia placentera. Su permanente acompañamiento en su condición de presidente de tesis y en los múltiples encuentros académicos que vieron nacer este proyecto fueron determinantes en la consolidación de este camino. Gracias a su don de gentes, su sencillez e integridad, disfruté todo este proceso. Dios permita que estos lazos, aún en medio de la distancia, se fortalezcan.



# Contenido

Presentación.....	13
Introducción.....	15

## CAPÍTULO I

### Fisionomía de un nuevo derecho penal. Su aproximación conceptual desde la política criminal

1.1 Teoría del bien jurídico. Alcances de una concepción monista o de derechos individuales.....	17
1.2 Bases conceptuales para la protección de bienes jurídicos supraindividuales.....	23
1.3 La seguridad como criterio de inspiración permanente en la política criminal.....	29
1.4 La violencia estatal subyacente en el derecho penal. Algunos matices de su irracionalidad.....	36
1.5 Delitos de peligro abstracto. Protección de intereses difusos.....	48
1.6 Inconsistencias dogmáticas de los delitos de peligro abstracto. Negación de un derecho penal liberal.....	69
1.7 Delitos de peligro abstracto. Una propuesta de su compatibilidad con un sistema penal de garantías.....	78

## CAPÍTULO II

### Alcance de la presunción de inocencia como regla probatoria en el proceso penal. Su impacto frente a la carga de la prueba

2.1 Presunción de inocencia como estado natural en un sistema de garantías.....	85
2.2 Relativización de la presunción de inocencia. Diversos matices y fases de moderarse.....	93
2.2.1 El tratamiento del imputado como inocente en el marco del proceso penal.....	94
2.2.2 El postulado de la inocencia en el juicio oral.....	105

2.2.3	Presunción de inocencia. Su perspectiva como regla probatoria.....	113
2.2.4	Aproximación conceptual a la prueba en el proceso penal .....	123
2.2.5	Carga de la prueba. Debe cumplirla el órgano de la acusación .....	130
2.2.6	Carga de la prueba. Un análisis de su carácter dinámico .....	143
2.2.7	Carga dinámica de la prueba. ¿Contraviene la presunción de inocencia? .....	147
2.2.8	Carga de la prueba e igualdad de armas .....	149

### CAPÍTULO III

#### Delitos de peligro abstracto, carga de la prueba y presunción de inocencia. Un análisis integral de su conexión

3.1	Delitos de peligro abstracto. Hacia un relajamiento de cargas probatorias para el órgano de la acusación.....	154
3.2	Un escenario de posible armonía entre delitos de peligro abstracto y presunción de inocencia como regla probatoria .....	163
3.3	Delitos de peligro abstracto e igualdad de armas. ¿Existe en realidad, igualdad de armas en delitos de peligro abstracto? .....	186
3.4	Delitos de peligro abstracto. Análisis crítico desde la perspectiva garantista .....	200
	Referencias bibliográficas .....	209

## Presentación

El proceso penal y la teoría del delito siempre se han manejado en la academia y en la jurisprudencia, como si fueran disciplinas independientes, sin ningún tipo de conexión. ¿Por qué? ¿Por qué no integrar las categorías presunción de inocencia en el proceso penal y delitos de peligro abstracto en la teoría del delito? Esta inquietud la consideré oportuna para un tema de investigación, cuando iniciaba el Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo en la Universidad de Medellín.

El libro está dirigido a todos los abogados penalistas en su amplia generalidad: jueces, fiscales, litigantes, docentes y estudiantes. La tensión que se presenta en el proceso penal, entre el marco de garantías y los intereses político-criminales de persecución del Estado, a través de la anticipación de barreras de protección en los delitos de peligro abstracto, es un aspecto problemático que cada día con mayor fuerza hace prevalecer el poder de la Fiscalía General de la Nación sobre los derechos del acusado. La obra que se pone a consideración de los lectores es una propuesta que pretende hacer valer la presunción de inocencia como regla de prueba en el proceso penal.

La aspiración profesional es que esta obra logre impactar en el diseño de la estrategia litigiosa a cargo de la defensa en el proceso penal. Es, en lo fundamental, un marco de reflexión para que los abogados que intervienen en el sistema penal interioricen adecuadamente el verdadero alcance de la presunción de inocencia. Se busca que las concepciones teóricas de la presunción de inocencia trasciendan al campo de la realidad judicial.

Los autores que se citan en este libro son depositarios de un derecho penal liberal, es decir, un derecho penal de las garantías. Su aporte es inmenso porque a través de su pensamiento, se aprecia la distancia que hay entre academia y praxis judicial; entre los orígenes del sistema de garantías como freno al odioso poder punitivo del Estado, y la forma en que realmente se administra justicia. El reto es, desde luego, eliminar esa odiosa brecha y allí radica la trascendencia de su contribución en esta obra.



## Introducción

La proliferación de delitos de peligro abstracto, y particularmente la visible flexibilización en el ámbito de las reglas de imputación en esta clase de tipologías, motivó la realización de la presente investigación, especialmente con la finalidad central de analizar el efecto que la anticipación de barreras de protección penal eventualmente podría tener en la presunción de inocencia como regla probatoria. Una característica esencial de los delitos de peligro abstracto, es decir, un rasgo propio de su construcción, es que no necesariamente, para su consolidación, debe cumplirse con la acreditación de las categorías dogmáticas de la conducta delictiva, y ello obedece a que en sus orígenes no es presupuesto de procedibilidad la empírica constatación de un resultado objetivo, lo que, en términos del *thema probandum*, mengua las exigencias al titular de la acción penal, porque se puede llegar a una declaratoria de responsabilidad penal sin que sea necesario un arduo desgaste probatorio, pues basta con la acreditación de un peligro en abstracto que lejos se encuentra de ubicarse en un contexto situacional concreto de lesión o peligro de daño para el interés materia de protección penal. Así, entonces, el injusto penal, amén de tornarse difuso, pierde igualmente sus contornos normativos.

En estos eventos, el efecto colateral frente a garantías fundamentales, como la presunción de inocencia y la carga probatoria de desvirtuarla, es evidente, porque se afectan algunos de los presupuestos básicos del tipo penal, como el resultado, el nexo causal y el daño al bien jurídico, y queda, por ende, en un plano subsidiario su requerimiento para establecer un juicio de responsabilidad penal. Estos métodos y transformaciones operan, desde luego, en medio de un panorama legal donde aparentemente las garantías se respetan, cuando en realidad lo que se suscita es una transformación integral de la estructura del tipo penal y del ámbito de prueba que circunda al mismo. Dicho en otros términos: los delitos de peligro abstracto afectan sensiblemente la presunción de inocencia como regla de prueba, porque a partir de la edificación de un nuevo orden jurídico penal, vacían de contenido los presupuestos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En vista de ello, como objetivo general se ha propuesto analizar el efecto de la carga de la

prueba en la presunción de inocencia como regla probatoria, para demostrar responsabilidad penal en delitos de peligro abstracto.

Es importante desarrollar una investigación de estas características, porque, en alguna medida, la comunidad académica desconoce el alto grado de relativización que ostenta la presunción de inocencia en su perspectiva de regla de prueba. Tal es el caso de las categorías dogmáticas conocidas como delitos de peligro abstracto donde el legislador penal anticipa las barreras de protección, hipótesis en las que se origina una importante flexibilización en los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, morigerando, en estas circunstancias, la presunción de inocencia y la carga de probarla. Lo que se busca en esencia es aproximarse a la configuración de un paradigma integrador que torne compatible este tipo de modalidad delictual con el sistema de garantías, propio de un modelo de derecho penal democrático.

A este propósito se ha llegado realizando, en primer término, un análisis de los elementos configuradores de los delitos de peligro abstracto, sus antecedentes y ámbitos de aplicabilidad y, desde luego, estudiando si su edificación tiene repercusiones o efectos frente a la carga de la prueba y la presunción de inocencia. Tan pronto se hayan aproximado desde el punto de vista conceptual las bases político-criminales de esta clase de delitos, como parte del segundo objetivo, será abordado el análisis de la presunción de inocencia y su rol funcional en el proceso penal. Debe precisarse que, no obstante abordarse el estudio de sus diferentes facetas como principio, regla de tratamiento y regla de juicio, estas manifestaciones ostentarán un carácter descriptivo y exploratorio, porque las reflexiones de fondo y el desarrollo de la tesis se concentrarán en la presunción de inocencia como regla de prueba y su correlación con los delitos de peligro abstracto, de cara a un modelo configurador que dote de contenido probatorio estas manifestaciones criminógenas. Por último, y como tercer objetivo, se delimitará el alcance de la presunción de inocencia como regla probatoria en el proceso penal y su impacto como referente de prueba para estructurar juicios de tipicidad y responsabilidad en delitos de peligro abstracto.

## **Fisionomía de un nuevo derecho penal. Su aproximación conceptual desde la política criminal**

### **1.1 Teoría del bien jurídico. Alcances de una concepción monista o de derechos individuales**

Al hacer un breve recorrido histórico en la dogmática penal, uno de los conceptos que quizá mayores dificultades ha ofrecido para los teóricos en su delimitación conceptual es el de la teoría del bien jurídico. Los tropiezos de orden epistemológico emergieron al vislumbrarse un despertar intelectual en la humanidad con la Ilustración. A partir de este momento, profundos interrogantes surgieron en torno a la finalidad del derecho penal, es decir, cuál sería el objeto de interés y protección del mismo. Desde luego, no se trataba de una labor fácil. De hecho, nunca lo ha sido. ¿Qué protege el derecho penal? Probablemente es un interrogante cuya respuesta se condiciona por el devenir de los tiempos y las perspectivas político-criminales que motivan al Estado para contrarrestar los nocivos efectos del delito. Los contextos históricos que en un momento dado son determinantes para la estructuración de conductas delictivas en la actualidad, probablemente el día de mañana carezcan de interés para el Estado. Para no ir muy lejos, hace algunos lustros, el acceso carnal a una mujer mediante engaño o la bigamia eran hechos que captaban la atención del derecho penal. Hoy en día, aunque sean socialmente reprochables, en algunas legislaciones punitivas, no se considera políticamente adecuado erigirlos en conductas delictivas.

Circunstancias como estas son las que, aún en la Posmodernidad, vuelven sumamente complejo el proceso de comprensión del bien jurídico. Y esas complejidades se robustecen más cuando el radio de acción del derecho penal se expande, y surgen en el entorno social fenómenos criminógenos que hacen definitivamente necesaria la tipificación de nuevas conductas delictivas. Bajo este escenario, se presenta un aspecto problemático, el cual es la impredecible expansión del marco de protección del derecho penal, sin un claro panorama conceptual que, por lo menos teóricamente, permita entender en estricto sentido, qué protege y qué no protege el derecho penal.

No obstante esta paradoja, desde comienzos del siglo XIX, se han realizado esfuerzos importantes con el propósito de desentrañar el alcance y misión de la teoría del bien jurídico. Esta búsqueda surge poco tiempo después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es decir, bajo el influjo del ideario de la Revolución francesa de 1789. Asimismo, puede afirmarse que brota en medio de la filosofía contractualista de Rousseau. Bajo esta dimensión y entorno, la lesión de un derecho subjetivo, tal como lo definiría Feuerbach, se ofrece como una importante aproximación para caracterizar lo que podría ser una afrenta al Estado de derecho, a través de la lesión de los derechos de un coasociado, es decir, derechos de stirpe individual. Se postula, en estos términos, una primaria y sutil concepción de lo que se catalogaría como bien jurídico, en el entendido que se concibe el delito como la lesión de un derecho subjetivo ajeno (Fernández, 2004, pp. 12-13). Emerge, por ende, una secularización del objeto de protección del derecho penal, a partir de una relación de alteridad en la que teleológicamente lo que se protege son los derechos subjetivos de otro. En estricto sentido lo que hizo Feuerbach fue promocionar la teoría de la lesión de un derecho subjetivo, sin mayor grado de especificidad ni ámbito de concreción.

Pero sería Birnbaum (1834), quien en crearía explícitamente la expresión "bien jurídico", contraponiéndose en estos términos a la noción de delito como lesión de un derecho subjetivo. Para Birnbaum, esta denominación no brindaba un mayor aporte a la concepción del delito porque, debido a su generalidad e indeterminación, se erigiría en un obstáculo para la imputación de comportamientos contrarios a la moral, el honor o el sentimiento religioso, que eventualmente podrían quedar excluidos de una hipótesis de lesión de un derecho subjetivo. En virtud de ello, acuñó la expresión "bien", que finalmente matriculó en una esfera pre-jurídica, es decir, como un componente de tinte iusnaturalista, no creado por el derecho, sino por la evolución del entorno social y las transformaciones auspiciadas en el marco de la Revolución francesa. Aunque debido a la fuerte incidencia de la tesis contractualista los efectos de las conductas criminógenas fueron clasificados por Birnbaum como atentados contra la colectividad o una persona determinada, el daño o afectación de ese bien lo vinculaba con una persona o cosa que no podía ser objeto de menoscabo o sustracción por el comportamiento de otro (Hormazábal, 1992, pp. 28-31). Quiere ello significar que, desde el punto de vista noseológico, su planteamiento teórico tenía como eje explicativo el concepto de lesión de bienes individuales.

Esa precisamente fue la ideología que permitió a Birnbaum trascender. La importancia de su aporte se consolida porque, pese a que no se define en estricto sentido lo que se concibe como interés objeto de protección penal, sí se evidencia que la objetivación de ese amparo recae sobre una persona. En esta dimensión teórica se pueden matricular, por ejemplo, la vida y el patrimonio económico, intereses que, por su secularización y especificidad, no tienen una trascendencia colectiva, sino ontológicamente individual. Con ello, el concepto de delito sería más preciso y se podrían establecer parámetros de diferenciación entre la lesión del mismo o su efectiva puesta en peligro y, en ese mismo sentido, criterios que de manera razonable facilitarían la distinción entre consumación y tentativa (Bustos, 2005, pp. 130-131). Si esta postura se trasladara en el tiempo a la dogmática penal contemporánea, no hay que hacer en realidad mayores reflexiones mentales para inferir que estas variables encuentran un mejor escenario de explicación en bienes e intereses de naturaleza individual, porque un atentado contra la vida, la libertad sexual o el patrimonio económico, por lo menos a nivel empírico y probatorio, es más accesible en su aprehensión valorativa.

Para abundar en razones, el pensamiento de Von Ihering tiene algunas perspectivas filosóficas que muestran cierta inclinación por la tutela de derechos individuales de las personas. Así es, aunque parte del arsenal ideológico que tenía el autor arraigaba sus raíces en una tesis justificante de las condiciones de vida en sociedad auspiciadas por el Estado (Von Ihering, 1978), el hecho de clasificar hipótesis delictuales a partir de la calidad del sujeto pasivo de la conducta delictiva, lo mismo que de sus condiciones de vida, constituye una clara muestra de que, no obstante la fortaleza influyente del contractualismo, el objeto de protección del derecho penal recaía, a la postre, en intereses netamente individuales, así como sucede con la vida, la integridad personal, la salud, el patrimonio económico, la libertad individual, la integridad moral y la inviolabilidad del domicilio, entre otros.

Vale relieves que este proceso de evolución en el concepto de bien jurídico, por el contexto de la época y la injerencia que la iglesia católica ostentaba en la monarquía, se encontraba en buena medida al servicio del estatismo confesional. En efecto, con una perspectiva ética y moralista del bien jurídico, el derecho penal se dinamizaba por la fuerte incidencia de los intereses de la iglesia y, aún en la ideología de Birnbaum, el honor y el sentimiento religioso debían protegerse como bienes trascendentales en la sociedad de la época. Con todo ello, al final, eran los mismos individuos, los titulares de tales bienes, quienes resultaban menospreciados por el comportamiento de otro.

Por eso, para Luigi Ferrajoli (2014), padre del garantismo contemporáneo, lo deseable es que todo Estado de derecho al momento de crear normas con relevancia jurídico-penal, lo haga con el propósito o aspiración de impedir la lesión de intereses fundamentales de las personas, visibilizando la configuración de normas prohibitivas a partir del daño y el peligro real que corren aquellos. Aunque el maestro italiano identifica como problemático el entendimiento de la expresión “bienes fundamentales de las personas”, lo que sí resulta diamantino a su juicio es que el concepto engloba, además de los derechos y garantías liberales de tipo individual, aquellos de orden supraindividual, como ocurre, por ejemplo, con la salud o el medio ambiente (p. 196). De esta forma, aunque la conducta lesione un bien colectivo, ese carácter macro, en mayor o menor medida, se correlaciona con bienes de los individuos. Lo propio sucedería con la seguridad pública que, si bien es cierto, como interés objeto de protección, tiene una fisionomía colectiva, a la postre, el sentimiento de inseguridad lo experimentan las personas, es decir, los individuos inmersos en un contexto social determinado.

Mientras tanto Roxín, con una visión eminentemente crítica, abandonando de manera importante los planteamientos teóricos del bien jurídico imperantes en el siglo XIX, se aleja de la historia y del impacto de la Ilustración en este concepto. Para el maestro alemán, la historia real del bien jurídico, como concepto y dogma, inicia con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, pues es en ese momento cuando se empieza a vislumbrar la función crítica del mismo que con ese carácter incide en el legislador. Esa faceta se plasma en estrictez con un efecto limitador frente al poder punitivo en el Estado liberal. No en vano propone igualmente una definición de bien jurídico como aquella condición esencial que el Estado debe promover para la autorrealización de los individuos que hacen parte de la sociedad moderna (Roxin, 2016, pp. 32-38). Reafirma, por ende, su propia definición de bienes jurídicos, catalogándolos como aquellos presupuestos, condiciones o circunstancias que son necesarias para la optimización integral del individuo a través de la materialización de sus derechos fundamentales. Ubica al Estado como un ente netamente instrumental que debe estar al servicio de la funcionalidad y la cristalización de esos objetivos.

Por lo tanto, adhiere Roxín a la orientación epistemológica de Von Liszt, quien concebía los bienes jurídicos como intereses vitales, es decir, prerrogativas de los individuos y de la sociedad que tenían un carácter fundamentalmente pre-jurídico, en la medida que no provenían del derecho sino de la vida misma (Bacigalupo, 2009, pp. 168-169). Lo que en térmi-

nos simples hacía el legislador era refrendar una obviedad sociológica que había emergido y brotado con absoluta independencia del orden jurídico. Viene a ser el derecho penal un medio de protección de esa realidad.

Lo paradójico en medio de este proceso evolutivo es que, no obstante la diversidad de esfuerzos y la multiplicidad de aproximaciones conceptuales, la noción continúa siendo epistemológicamente esquiva. Obsérvese cómo, en principio, se indicó que el derecho penal protegía derechos subjetivos de los individuos; más adelante se expuso que en realidad tutelaba bienes; igualmente, se consideró que el bien jurídico era el interés objeto de protección penal. En este mismo sentido, en perspectiva del positivismo jurídico, simplemente se expresaría que las aprehensiones valorativas del legislador al momento de dinamizar los procesos de configuración de la ley son, en realidad, lo que el derecho penal protege; o, como recientemente lo consideró la doctrina alemana más influyente en el mundo del derecho penal, "son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global" (Roxin, 1997, p. 56).

En consonancia con este proceso evolutivo que, como se advierte, no es de fácil aprehensión y tampoco pacífico, la noción de bien jurídico tiene un carácter eminentemente social, pero su abstracción se focaliza en la tutela o protección de intereses que, a nivel empírico y valorativo, ostenta un cuño individual. Dicho en términos simples: el fundamento que sirve de soporte explicativo a la expedición de normas que tienen como fin brindar protección a bienes jurídicos de naturaleza colectiva no es otro que el individuo. Tanto el medio ambiente, la salud pública y la seguridad pública, como el orden económico y social, por ejemplo, se encuentran representados por una suma de intereses y necesidades que surgen del individuo.

Por eso, el tráfico de estupefacientes, la minería ilegal o el porte de armas de fuego sin el permiso del Estado, lo mismo que el acaparamiento son modelos delictuales que en determinadas circunstancias colocarían en efectivo peligro necesidades básicas del individuo que, como ser social, se puede ver afectado a gran escala por modelos criminógenos que, si se orientan a las consecuencias, ostentan un potencial efecto sistémico en la comunidad. Para verlo más gráficamente, el hecho de ilícitamente sustraer del comercio bienes que son catalogados como de primera necesidad es una conducta que, en cuanto a sus efectos, lesiona intereses primarios del individuo. En esa dialéctica, la persona encargada de acaparar bienes sabe que esos bienes maliciosamente extraídos del comercio van a afectar a otros individuos.

Se observa por tanto que, independiente de la categoría de bien jurídico que opte por tutelar el legislador, el punto de partida y razón de ser de aquellos criterios de política criminal que inspiran la creación de nuevas disposiciones penales son los individuos. Lo que hace el derecho penal sencillamente es, a través de una amenaza de sanción, crear barreras de protección para la tutela de aquellos intereses. Para abundar en razones: lo que se quiere destacar es que, más allá del mote, cualificación o funcionalidad que se predique del bien jurídico, la sistematicidad protectora a la que se pretende llegar con la expedición de normas penales es predicable de prerrogativas de carácter individual. Claro está que no dejan de aflorar las paradojas del impacto que cierto tipo de criminalidad tiene sobre la colectividad porque, si frente a algunos eventos delictuales se midiera el efecto de sus consecuencias, habrá ocasiones en que la recurrencia de hurtos, violaciones u homicidios genere escozor y temor en el tejido social, aunque los intereses lesionados sean personalísimos. En otra variable, es perfectamente posible que la criminalidad medioambiental o los delitos contra la salud pública, que por su naturaleza han sido diseñados para proteger las expectativas e intereses de una suma de individualidades, no necesariamente reflejen ese sentimiento colectivo de daño.

Confirmando este planteamiento crítico, Schuneman razona que esos bienes jurídicos aparentes deberían eliminarse porque, en estricto sentido, no tienen la cualidad ontológica para delimitar un ámbito de protección. Tal es el caso de la salud pública que al final, simplemente, se encuentra integrada por la salud de los individuos que hacen parte de un referente espacial determinado (Schuneman, 2012, p. 73). Lo dramático de ello, en sentir del Maestro alemán, es que en los procesos de judicialización y criminalización de conductas se puede llegar al punto de que un individuo es castigado, sin que se evidencie la afectación de bienes jurídicos reales.

En suma, amén de las profundas complejidades que históricamente se han presentado con los intentos por llegar a una conceptualización racional de bien jurídico, no menos accidentado ha sido el camino expansivo de la aún incomprendida noción, en especial, con el marco de protección de aquellos intereses que trascienden el fuero íntimo y particular del individuo. De ello nos ocuparemos en seguida.

## 1.2 Bases conceptuales para la protección de bienes jurídicos supraindividuales

La evolución de la sociedad, en especial durante la década de los sesenta y setenta del siglo XX, trajo consigo una importante proliferación de conductas criminógenas que surgieron en el ámbito político-criminal como un mecanismo de respuesta a esas nuevas formas de desestabilización del orden social. Se tiene entonces que, en una lógica ecuación matemática, al surgir novísimas formas de criminalidad, el espectro de protección del derecho penal igualmente se expandió, y lo propio ocurrió con las consustanciales sanciones penales (Berdugo, 2012, pp. 193-194). En medio de esta dialéctica, oscilante entre acción criminal y reacción político-estatal, no desaparece lo que históricamente se ha conocido como el carácter simbólico del derecho penal, cuya característica esencial es que el crecimiento de normas penales, desde el punto de vista legislativo, no es consecuente con su capacidad de respuesta real frente a esas modernas formas de criminalidad. Expresado en giro diverso: en tanto que la criminalidad aumenta en términos reales, el derecho penal crece únicamente en el ámbito normativo.

Un efecto revelador de ese expansionismo incontrolado de difícil contención es, para Gracia Martín, la reducción del poder de disposición de bienes jurídicos de naturaleza individual, en atención a que las expectativas de uso de estos se restringen. Ejemplifica el autor que las políticas legislativas de tutela para la protección del medio ambiente o la seguridad morigeran las posibilidades de uso de bienes de estirpe individual, en la medida en que su utilización queda condicionada, en tanto sea compatible con el respeto de intereses afines a la colectividad (Gracia, 2013, pp. 270-272). Sobre esta base, y partiendo de un supuesto de políticas de consenso social, considera que un sistema de bienes jurídicos inspirado en raíces democráticas debe llevar al progreso de la sociedad. El problema del planteamiento de Gracia Martín es que su propuesta se edifica a partir de un estado ideal de cosas, que tiene como referente el paradigma de la democracia participativa. Sin embargo, el realismo sociológico y político, imperante en la mayoría de las democracias contemporáneas, evidencia que las políticas legislativas en materia penal no son precisamente el fruto de fuerzas de consenso. Por el contrario, lo que muestra la historia de las democracias es que la retórica de seguridad y promoción de un derecho penal más severo se erige como plataforma de réditos electorales. Quiere ello significar que el fin del político de turno no es la promoción de un derecho penal al servicio de la comunidad, sino la instrumentalización de su uso para el triunfo electoral.

En esta técnica legislativa, que se inspira en los nuevos desarrollos del derecho penal, los intereses que se protegen son de naturaleza macro-social, y se relacionan, en amplia medida, con el cumplimiento de fines esenciales del Estado. Dentro de esos fines, en el paradigma del Estado social, se encuentra la preservación de las condiciones adecuadas de intereses jurídicos individuales, que se protegen con la simple amenaza de daño, mudando la lesión del bien jurídico a una hipótesis de peligro abstracto. (Balmaceda, 2015, p. 78). Esta nueva cosmovisión de la teoría del bien jurídico se erige así en una herramienta que endurece el escenario de protección de los intereses sociales en la comunidad porque, desde la óptica político-criminal, el comportamiento disvalioso ataca o pone en vilo una suma de intereses individuales en los que ya no es menester su efectivo daño. Una posible explicación frente a esta resignificación del bien jurídico es que la tipificación de las nuevas conductas se tornaría imposible, si de cada una de esas individualidades que representa la colectividad se tuviera que demostrar la correspondiente lesión de un interés objeto de protección.

Los cuestionamientos frente a este tipo de anticipación de barreras de protección penal válidamente han sido expresados por algunos expertos en el entendido de que, extrañamente, la presunción de peligro o de daño se construye a partir del interés que hace parte del fin de la tutela penal. Sin embargo, al realizarse un estudio concreto del supuesto de hecho, su aspecto ofensivo no alcanza ni siquiera de forma mínima a lesionar o poner en peligro el objeto de protección penal al que se dirige, llegando incluso a catalogarlos por tal circunstancia como contrarios al orden constitucional (Bricola, 2012, p. 336). En giro diverso, se podría expresar que la presunción de daño opera en el ámbito legislativo, sin que suceda lo propio en el momento poslegislativo, habida consideración de que la puesta en escena de esta categoría delictiva no supera en materia probatoria el juicio de antijuridicidad. Se castiga, por ende, en el ámbito concreto, la desobediencia a normas prohibitivas del legislador que, con esta nueva cosmovisión del derecho penal, auspician la judicialización y castigo de conductas sin daño.

De esta forma, las políticas de prevención en materia de seguridad ciudadana y los nuevos desarrollos del derecho penal, gradualmente, han proyectado tendencias de expansión en las que el marco de garantías propias del derecho penal liberal se ha expuesto a un deterioro importante, como sucede, por ejemplo, con la presunción de inocencia. De este tópico nos ocuparemos más adelante.

Un característica esencial de los delitos de peligro, es decir, un rasgo propio de su construcción, como medio de protección de intereses supraindividuales, es que no necesariamente para su consolidación debe cumplirse con la acreditación ortodoxa de las categorías dogmáticas de la conducta delictiva. Ello obedece a que en sus orígenes configurativos no es menester la consolidación de un resultado objetivo, lo que, en términos del *thema probandum*, mengua las exigencias al titular de la acción penal, porque se puede llegar a una declaratoria de responsabilidad penal sin que sea necesario un arduo desgaste probatorio. Basta con la acreditación de un peligro en abstracto que lejos se encuentra de ubicarse en un contexto situacional concreto de lesión o peligro de daño efectivo para el interés materia de protección penal. Así, entonces, el injusto penal, amén de tornarse difuso, pierde igualmente sus contornos morales y normativos (Hassemer, 2009, pp. 13-17).

En estos eventos, el efecto colateral frente a garantías fundamentales como la presunción de inocencia y la carga de desvirtuarla es evidente, porque se afectan algunos de los presupuestos básicos del tipo penal, como, por ejemplo, el resultado, el nexo causal y el daño al bien jurídico, y quedan en un plano subsidiario las exigencias para establecer un juicio de responsabilidad penal. Estos métodos y transformaciones operan en medio de un panorama legal donde aparentemente las garantías se respetan, cuando en realidad lo que se presenta es una transformación de las presunciones, claramente reflejadas, no solo en los actos de investigación sino, también, en la temprana adopción de medidas restrictivas de la libertad que se profieren bajo unos estándares probatorios mínimos que laceran sensiblemente la presunción de inocencia en su perspectiva de regla de prueba.

De ahí entonces las sensibles críticas que se elevan a esta moderna figura que, dada su naturaleza, se torna incompatible con dos ejes fundamentales de la dogmática penal: el principio de culpabilidad y el merecimiento de pena. A ello deben adicionarse las dificultades empíricas generadas para la comprensión de peligro del bien jurídico y las complejidades emergentes en contextos cuantitativos al momento de valorar la capacidad de daño de la conducta que se investiga (Bacigalupo, 2009, pp. 1383-1385). Estos tropiezos dogmáticos, seguramente, en el plano teórico, no se alcanzan a dimensionar con suficiencia, pero sí resultan evidentes en escenarios de judicialización y prueba. El tráfico de estupefacientes es una muestra fehaciente, particularmente los casos de tenencia en que el autor de la conducta excede la dosis para uso personal. En estos referentes fácticos, elementales desobediencias

a mandatos prohibitivos han culminado con sanciones penales donde la culpabilidad no es clara, y menos el merecimiento de pena.

Los embates del derecho penal en estas fórmulas de tipificación de conductas delictivas tienen como destinatarios grupos altamente vulnerables, lo que de suyo significa que esos odiosos efectos de las sanciones penales, desde los momentos previos al establecimiento de las disposiciones prohibitivas, por lo menos estadísticamente frente a algunos supuestos delictivos, ya tienen etiquetadas las personas o grupos sobre los que recaerá el encierro intramural. Por eso, según el criterio de algún sector de la doctrina contemporánea, una política criminal atemperada a la democracia debe prever que las consecuencias del poder represor no sean inequitativas y discriminatorias (Binder, 2012, p. 230). Una orientación criminógena con tendencia al alza restringe las posibilidades de configurar un derecho penal mínimo y con carácter verdaderamente subsidiario en materia de protección de bienes jurídicos.

Se observa, por tanto, un mayor protagonismo del derecho penal represivo, u queda en un plano secundario su función preventiva, función que, si bien es cierto debe dimensionarse en una concepción unitaria (Jescheck, 2014, p. 5), contemporáneamente ha tomado rumbos distintos, prevaleciendo la protección de la sociedad a través de la imposición de castigos con penas privativas de la libertad. Se hace más visible así un derecho penal de imposición de castigos, con una evidente quiebra de los fundamentos filosóficos del derecho penal de las garantías, que brotó de la Ilustración.

En esta dinámica de transformación, ya no se vislumbra al derecho penal clásico como una herramienta dogmática idónea para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad. De acuerdo a esta lógica, la inseguridad, la evolución social y la consolidación de bienes jurídicos de naturaleza colectiva necesitan respuestas que rompan el esquema de intereses individuales, para crear un nuevo derecho que satisfaga la tutela de intereses que van más allá de orientaciones netamente particulares. Pareciera, entonces, en el contexto de este nuevo desarrollo del derecho penal, que se abandona la dogmática de protección de intereses personales, y con ello toma fuerza un derecho de corte sancionador en el que se castigan delitos sin daño, ya que en muchas ocasiones simple y llanamente se va en contravía de los ideales establecidos por el legislador (Callegari, 2008).

Lo complejo de este proceso de transformación es que en todas estas nuevas tendencias del derecho penal, hay un tránsito paulatino del objeto de protección en el que la tutela de bienes e intereses de origen supraindividual

ha venido adquiriendo un mayor protagonismo en la escena político-criminal. Lo extraño en medio del cambio es que, histórica y contemporáneamente, la delimitación epistemológica del concepto de bien jurídico para la protección de intereses individuales ha sido de difícil concreción, o sea, no ha podido ser especificada con claridad. Y si ello es así a través de un breve espacio de disertación lógica, es razonable que una perspectiva colectiva de bien jurídico, es decir, un criterio redimensionado del mismo adolecería de una noción o definición que le brinde consistencia y solidez a su carácter funcional y crítico, de cara a la construcción del derecho penal. Se advierte, en consecuencia, que si hoy por hoy, persisten los tropiezos dogmáticos respecto de la misión de la teoría del bien jurídico, una actualización de su concepto, función y carácter teleológico podría traer sensibles consecuencias frente a la misión del derecho penal en su cara externa. Similares efectos serían predicables de su estructura interna, principalmente en la antijuridicidad.

Esa cara externa del derecho penal tiene que ver, ni más ni menos, con la política criminal, porque un derecho represivo que se construye a partir de estrategias reactivas frente a nuevas formas de criminalidad es un derecho punitivo que se expande sin realizar un estudio de acoplamiento de esas nuevas manifestaciones criminógenas con la dogmática penal que ortodoxamente fue establecida en el siglo XX. No es exagerado predicar que, contrariando el pensamiento de Von Liszt, las nuevas formas de tipificación de conductas delictivas inspiradas en sentimientos de seguridad emergentes de los riesgos que contemporáneamente se viven en el entorno social surgen pasando por alto elementos sustanciales de la dogmática penal.

Un derecho penal de estas características de tendencia expansiva emerge con una dramática subestimación de principios como el de última ratio o mínima intervención. Pero, quizá, una consecuencia que mayor impacto produce frente al derecho penal de las garantías es la pérdida de visibilidad de aquella línea fronteriza con el derecho administrativo sancionador. Pareciera entonces que sus contenidos, sin mayor análisis y estudio, son transmutados al derecho penal, y conflictos que tradicionalmente venían siendo asumidos por el derecho administrativo y las autoridades policivas, a título preventivo, se trasladan al derecho penal (Feijoo Sánchez, 2007, pp. 188-190).

Al vaciarse algunos de los contenidos del derecho administrativo, y trasladarse aquellos al derecho penal, su incidencia es claramente perceptible frente a la configuración de las categorías dogmáticas, en especial la antijuridicidad, y de igual manera, en el contexto del proceso penal, porque esas

nuevas formas de tipificación relajan en una medida importante la actividad probatoria del Estado, es decir, se facilita la demostración de la ocurrencia de un hecho caracterizado como delito, lo que tiene amplias repercusiones frente a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, entre otros. Se pasa, entonces, de un escenario de derecho penal de garantías a un contexto de derecho penal amigable con los procesos de sanción punitiva.

Para los ideólogos de la escuela de Frankfurt, los bienes jurídicos colectivos se justifican en contextos político-criminales, cuando se conectan de manera directa con intereses jurídicos individuales, y su inclusión político-legislativa causalmente sirve de soporte para el mantenimiento y vigencia de aquellos intereses seculares afianzados en el ideario filosófico de la Revolución francesa. Se conciben, así, como instrumentos que adquieren ese carácter deseable, si se han focalizado en la tutela de bienes jurídicos de carácter personal (Berdugo, 2012, pp. 215-217). Los defectos en la técnica legislativa, en comunión con ausencia de criterios de política criminal, muestran con claridad que la protección de bienes jurídicos supraindividuales adolece, para algunos, de un contenido dogmático que obedezca a una elaboración sistémica, pues todo parece indicar que levantan sus cimientos con una visión crítica del derecho penal tradicional, orientada en mayor medida a la criminalización de riesgos que surgen con la sociedad moderna (Feijoo Sánchez, 2007, pp. 191-194).

La tipificación de modelos delictuales que protegen bienes jurídicos en abstracto, desde el punto de vista jurídico, se fundamenta en la presunción de peligro que el comportamiento rotulado como criminal ofrece para el bien jurídico. Esta forma de elaboración dogmática se enmarca en el campo de las presunciones *iuris* y *hominis* que desde la visión epistemológica están asociadas a un conocimiento probable. En la presunción *iuris*, es el legislador quien, en el ámbito previo, realiza desde antes de la vigencia de la ley la prognosis de peligro, como, por ejemplo: cuando se violan medidas sanitarias establecidas para impedir la propagación de una epidemia. En esta conducta delictiva, el juicio de peligro ya lo ha elaborado el legislador. Por su parte, la presunción *hominis* en cabeza del juez queda dentro de su ámbito de valoración probatoria (Raymundo Gama, 2019, p. 47).

No es entonces una presunción que se deba atomizar. Por el contrario, se integra. El legislador presume el peligro en su proceso de criminalización primaria, y corresponde al juez, en el ámbito concreto de cada caso en particular, evaluar si esa presunción de peligro merece ser intervenida

con tratamiento punitivo. Al admitir prueba en contrario, la prognosis de daño para el bien jurídicamente tutelado, es decir, la valoración racional de la prueba, debe realizarse con las limitaciones propias que esta clase de tipologías albergan en su estructura.

Las presunciones que subyacen en los delitos de peligro abstracto tienen desde luego un doble efecto: simplifican las fórmulas jurídicas de tipicidad y diezman de manera importante los contenidos de prueba que corresponde acreditar a la acusación (Raymundo Gama, 2019, p. 87). Las cargas probatorias para acreditar el daño al bien jurídico quedan reducidas a una mínima expresión; es igualmente innecesaria la verificación causal de resultados. Esa es precisamente la finalidad buscada por el legislador cuando facilita la investigación, la judicialización y la sanción de esta clase de conductas.

### **1.3 La seguridad como criterio de inspiración permanente en la política criminal**

Ubicados en términos del contrato social, importa precisar que una de las aspiraciones del Estado de derecho era naturalmente brindar un escenario de orden, seguridad y respeto para los integrantes de la colectividad. Independiente de la faceta que se quiera dar a los intereses objeto de protección penal, esto es, si son del orden individual o, en sentido contrario, aquellos que trascienden al seno de la colectividad, un punto de encuentro que no admite mayores choques conceptuales o disensos es el atinente a que las políticas que adopte el Estado para intervenir la criminalidad deben generar un ambiente de seguridad en el contexto social, es decir, una seguridad cotidiana perceptible por los individuos. Para este propósito, la herramienta a la que se apela, así sin mayores discrepancias, es el endurecimiento de respuestas a los hechos criminógenos que afectan la paz y tranquilidad de la ciudadanía. Sobre el particular, desde una perspectiva eminentemente ontológica, vale enfatizar que la seguridad ciudadana, al mejor estilo kantiano, se erige en un fin en sí misma, y en esta perspectiva ideal, los mecanismos y estrategias empleados por el Estado para alcanzarla ostentan un carácter instrumental.

Aun con la claridad del concepto que en elemental lógica es difícilmente cuestionable, pues se erige en una aspiración humana que no encuentra detractores, para Cardozo Pozo, se trata de un concepto vacío, fácilmente instrumentalizable en el que, con finalidades electorales, desde luego, distintas a la seguridad, cualquiera puede acomodarse. Lo problemático para este autor no es la repudiable actitud de los políticos de turno, sino las

posibles consecuencias que para una sociedad que se precie de ser democrática se pueden generar, al quebrantar el *desiderátum* de un derecho penal tradicionalmente inspirado en el respeto de las garantías para sus destinatarios. Tal es el caso de las políticas de “Ley y orden” o “Tolerancia cero”, que por sus características inclinan la balanza del lado de la seguridad, quedando de forma eventual, en un segundo plano, las libertades individuales del sujeto pasivo de la acción penal (Cardozo, 2009, pp. 46-47).

De todas maneras, el asunto no es de fácil conciliación. Por una parte, no debe olvidarse que el derecho penal de las garantías se forjó por la arbitrariedad del castigo imperante en la Edad Media, característico de regímenes inquisitivos en los que la tortura se erigía en un elemento axial para la búsqueda de verdad y justicia, escenario en el que los excesos eran el común denominador, y era impensable considerar garantías como la no autoincriminación o la presunción de inocencia, por ejemplo. Un factor recurrente en los procesos penales era su inicio bajo el ambiente de un estatus de culpabilidad para el reo.

Bajo otra arista, si a los intereses de la sociedad, es decir, al bienestar de la colectividad, se anteponían intereses y garantías individuales utilizados en contrapartida de la filosofía contractualista, el bienestar general de la ciudadanía y la plena protección de sus intereses podrían sacrificarse en detrimento del respeto de las prerrogativas de aquel que hace un mal uso de sus libertades. Pero al unísono, si en nombre de la seguridad, el modelo de Estado abandona su esencia democrática y embiste las conquistas de la Ilustración, el moderno derecho penal quedaría inmerso en un intolerable proceso involutivo que podría estar haciendo prevalecer sentimientos de seguridad sobre los mecanismos de contención del poder punitivo estatal. Si los puntos en tensión se llevan a extremos impensables, las consecuencias son necesariamente adversas.

Aunque es más odioso el panorama si las estrategias político-legislativas, huérfanas de una infraestructura integral que las torne materialmente realizables, tienen como dirección estratégica y elemento configurador la promoción de sentimientos de seguridad, en no pocas ocasiones distantes de los efectos reales de la norma. Esto es lo que sucede con la legislación emergente en los estatutos de seguridad ciudadana, porque a la colectividad se envía el mensaje de un cambio inminente; se muestra ante ellos un legislador acucioso y diligente que, además de ser coherente con sus promesas electorales, se identifica de manera plena con las necesidades del pueblo que lo elige.

Cuando al final se hace el balance en la capacidad de rendimiento de la norma, lo cierto es que la inseguridad persiste, y el sacrificio de garantías se ve, materialmente, reflejado con la proliferación de detenciones preventivas, invasión de la expectativa de intimidad, e interceptación de comunicaciones, entre otros. Por eso, no deben olvidarse las sabias recomendaciones de Jescheck, cuando pregona que la tutela brindada a los intereses de la colectividad a través del derecho penal no puede realizarse a cualquier costo y, menos aún, cuando de la mano del poder puede saltar a la vista el sacrificio de las libertades de un pueblo (Jescheck, 2014, p. 3).

En un escenario de estas condiciones, vale destacar que, frente al ciudadano promedio, la expectativa de aseguramiento sobre la disponibilidad y uso de bienes individuales como patrimonio, integridad personal, libertad sexual, vida y libertad individual, entre otros, constituye un bastión importante de satisfacción de necesidades primarias. Y es en esta dinámica legislativa que se han movido los estatutos punitivos contemporáneos, que progresivamente se han endurecido con el propósito o fin de dar una respuesta acorde con las expectativas del conglomerado social. Se construye así, un derecho penal predecible y reactivo si se orienta a las consecuencias y, además, se edifica un sistema que, en perfecta sincronización con la sociedad a la que sirve, encuentra un nivel ideológico de aceptación significativo, porque histórica y contemporáneamente, el diagnóstico de inseguridad ha sido la fuente de inspiración para que la mermada capacidad de oferta del Estado frente a la criminalidad, simbólicamente, adquiera renovados aires con la promoción de mecanismos de contención que no alcanzan a ser más que un paliativo incapaz de contrarrestar de forma idónea el flagelo que buscan neutralizar.

Siguiendo la lógica reflexiva de Díez Ripollés, hay una directa correlación entre los índices de inseguridad que ofrecen las encuestas ciudadanas, y la pobre capacidad de respuesta que tiene el Estado de derecho para el cumplimiento de sus fines esenciales en materia de prevención de criminalidad. Como se trata de un fenómeno cíclico, es decir, de un flagelo que no ha podido ser minimizado con los tradicionales modelos de intervención penal, la tolerancia frente a la delincuencia callejera, o pequeña delincuencia, es prácticamente nula en la actualidad. La falta de comprensión de la ciudadanía con el delincuente, sea primario o no, obedece a que, debido al carácter sistémico de la inseguridad, con esa misma óptica es visibilizado, porque pone en vilo el afianzamiento de los ciudadanos con aquellos bienes e intereses que por el tráfico social adquieren un valor importante en la dinámica de la vida (Díez, 2007, p. 75).

De cualquier forma, esas políticas de incomprensión no dejan de sorprender en cuanto a sus excesos, en los que la desproporción del Estado en su reacción termina siendo en algunos casos, por demás, evidente, si en consideración se tiene el mínimo nivel de daño infligido por el perpetrador del hecho.

Especial atención merece el caso de Leider Correa Cobo, un hombre de origen campesino, proveniente de Argelia, Cauca, que en el mes de febrero del año 2012 en la ciudad de Cali, Colombia, fue sorprendido en instantes que se apoderaba de unas pastillas para la preparación de caldo de gallina. El hurto se habría perpetrado en un supermercado, y la judicialización del caso tuvo como consecuencia la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario que se extendió en el tiempo por un período superior a cuatro meses. Sus antecedentes penales por hurto habrían servido de criterio inspirador para la materialización de la medida restrictiva de la libertad (*El Espectador*, 2012).

Lo absurdo del asunto es que, frente a situaciones como la destacada en precedencia, el poder del Estado se engrandece de forma contradictoria, y no tiene el mismo nivel de reacción frente a otras modalidades delictivas, más graves en su esencia, y con mayor capacidad de daño frente al bien jurídico. Esta circunstancia traduce que la hegemónica concepción del derecho penal, de manera recurrente, encuentra sensibles dificultades dogmáticas, tanto para los procesos de adecuación típica de algunas conductas, como para los pronósticos de peligro de aquellos comportamientos en el ámbito de judicialización.

Si se expresa en otros términos, podría decirse que los procesos de subsunción típica en la delincuencia tradicional, por regla general, se tornan relativamente fáciles, y en ese mismo sentido, los fines preventivo-procesales de la medida de aseguramiento encuentran un pronóstico favorable de adecuación para restringir garantías y libertades individuales porque las políticas de seguridad se han enfocado en estas facetas de la criminalidad.

No sucede lo propio, por ejemplo, con algunos actos de corrupción administrativa, o lavado de activos, habida consideración de que se trata de sucesos delictuales que tienen mayor elaboración dogmática, pluralidad de verbos rectores e ingredientes normativos, lo que de suyo implica que la dialéctica de configuración probatoria, además del uso de mayores recursos estatales, demanda mayores complejidades desde la óptica de estructuración de los fines constitucionales que se deben cumplir para la imposición de medidas

restrictivas de la libertad. En síntesis: la carga probatoria del órgano acusador para desvirtuar la presunción de inocencia simplemente es mayor.

Es más, frente a algunas categorías delictivas como el peculado por apropiación o contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los fenómenos de flagrancia son prácticamente inexistentes, y en ese mismo sentido, desentrañar el dolo en la celebración indebida de un contrato o un prevaricato es una labor sumamente compleja cuya objetivación típica genera recurrentemente sensibles dificultades.

De la mano de ello, debe considerarse que el pronóstico de peligro para la comunidad se edifica sobre la base de atentados contra el patrimonio económico, libertad sexual e integridad personal, entre otros, es decir, bienes jurídicos de naturaleza individual; empero el legislador, que por supuesto es un servidor público, no incluye dentro de la gama de delitos generadores de peligro para la paz y tranquilidad de la colectividad aquellos que atentan contra la Administración Pública como interés objeto de protección penal.

Lo extraño es que, aún desde la época del Marqués de Beccaria, en el orden de valores promulgados en su inmortal obra, los delitos de lesa majestad, o atentados contra el Estado, eran sancionados incluso con la pena de muerte, en tanto que aquellos lesivos de la seguridad de los ciudadanos se castigaban con restricción de libertad (Beccaria, 2003, pp. 41, 63-65). Como es apenas obvio, no se trata de revivir alternativas punitivas que van en contra del ideario político de las democracias contemporáneas, sino que, por el contrario, lo que se desea simplemente es contextualizar la trascendencia histórica de los atentados contra la Administración Pública.

Correlacionando la teoría del bien jurídico y la reacción del Estado frente a su daño o efectiva puesta en peligro, aún desde la mirada de Von Liszt, se vislumbraba que cuando algunas fuerzas individuales se rehusaban al cumplimiento del pacto social, el poder del Estado debía tener la capacidad de motivar a los coasociados para incidir en el cumplimiento de sus normas. Siguiendo esta lógica de pensamiento, si a esos intereses esenciales que son creados por la vida se les otorgó un estatus de protección jurídica a través de la norma, era el mismo Estado el que, aún por medio de la fuerza, se encontraba moralmente legitimado para doblegar aquellos comportamientos contrarios a los intereses de la vida humana. Cuando a ese límite de intervención se llegaba, la modalidad de respuesta más idónea era el aislamiento social del individuo, incapacitarlo criminalmente y neutralizar el eventual

peligro, a través de la imposición de una pena privativa de la libertad (Von Liszt, pp. 6-9).

Debe aclararse, eso sí, que aún en su época Von Liszt alcanzó a pronosticar que la respuesta político criminal del Estado frente a la delincuencia dependía desde luego de la evolución de la sociedad misma. Añadía que en la dinámica existencial y su transformación, sería posible detectar los cambios en la criminalidad. En efecto, dependiendo de las nuevas manifestaciones de infracción del ordenamiento jurídico, en ese mismo orden surgirían nuevos intereses susceptibles de protección penal o, también, la no necesidad de brindar tutela penal a algunos bienes jurídicos que el mismo tráfico social ha ido desplazando a un segundo plano.

Las políticas de seguridad y un derecho penal duro frente a comportamientos desestabilizadores del orden social, bajo ciertos parámetros y circunstancias podrían entenderse para el contexto de la época. El *Tratado de derecho penal* de Liszt es de finales del siglo XIX, momento histórico en el que los niveles de complejidad de la sociedad no eran tan sofisticados, y en los que el marco de la criminalidad por ausencia de revolución tecnológica era en alguna medida predecible.

De cualquier forma, aún la historia reciente muestra cómo en la década de los noventa, las principales preocupaciones de Estados Unidos y Europa, en el marco de conferencias de prevención contra la delincuencia, se centraban en fenómenos criminógenos asociados a la proliferación de conductas delictivas en la urbe. Los temas que con mayor recurrencia se trataron y, de igual forma, mayor preocupación generaron fueron los hurtos con violencia, delincuencia juvenil y tóxico-dependencia. Esta realidad es mirada críticamente por Baratta, para quien extrañamente el Estado hace prevalecer políticas de orden sancionatorio, sobre aquellas de orden asistencial y social (Baratta, 2004, p. 206).

En el mismo sentido, el pensamiento de Roxin es amplio y suficiente cuando integra los conceptos de Estado de derecho y Estado social, a los que concibe como una síntesis dialéctica, a partir de la cual ningún modelo de Estado se encuentra en condiciones de legitimar materialmente, si desde lo normativo no se ha edificado para volver una realidad el componente de justicia social (Roxin, 2002, p. 49). Y si se habla de un modelo de Estado social y democrático de derecho, es evidente que el derecho ideal debería estar al servicio de los fines esenciales del Estado, prevaleciendo, así, el respeto por los derechos y garantías fundamentales, por encima de los sentimientos de

seguridad. Si las normas jurídicas no se proclaman como auténticos instrumentos de configuración social y satisfacción de mínimos esenciales, desde la ética, adolecen del respaldo para fundamentar castigos.

En Colombia y buena parte de Latinoamérica, se observa que de lo político-estatal, el establecimiento de normas jurídicas, con tendencia inflacionaria en materia delictiva, muestra una marcada proyección a expandir el campo de acción de medidas cautelares restrictivas de garantías fundamentales, como sucede, por ejemplo, con la detención preventiva en establecimiento carcelario. Aunque la principalística de los sistemas de enjuiciamiento criminal ve en la restricción de libertad un mecanismo de última ratio, la legislación emergente lo contempla como una primera alternativa.

Así ocurrió con las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, que expandieron las hipótesis de peligro para la comunidad. Según estos criterios, incorporados en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, si el hurto o las lesiones en la integridad personal son perpetrados con arma blanca o si un acto sexual se ejecuta sobre un menor de 14 años de edad, con triviales argumentos se abre el sendero para una imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

De la mano de estas apreciaciones, la tenencia de estupefacientes que supere la dosis de uso personal es, en muchas circunstancias, factor generador de restricciones de libertad, que en realidad no ofrece un marco de protección o seguridad para la colectividad. En suma: so pretexto de brindar seguridad a la comunidad, con cárcel se pretenden matizar u ocultar problemas estructurales que tiene el Estado en materia de asistencia social.

Este contexto real, que dista sustancialmente de la postura ideológica de Roxin, muestra un odioso divorcio entre la política criminal y la política social. Pareciera, entonces, que con la implementación de un derecho penal restrictivo, se busca ahorrar los costos de una inversión social adecuada, y así como el Estado de derecho sucumbe ante la tentación de resolver la problemática social con cárcel, en el marco de la implementación de políticas públicas fatalmente se ve en la política criminal la primera alternativa para enfrentar fenómenos de inseguridad.

Se sobredimensiona, en estos términos, el valor de la norma, y termina la colectividad muchas veces engañada, porque las promesas de cambio y fortalecimiento de la seguridad, únicamente van acompañadas de la expedición de instrumentos legales que apuntan hacia un preocupante crecimiento de

la detención preventiva, lo que paralelamente traduce en intolerancia del Estado frente a ciertos focos de criminalidad, que valdría la pena tratar de manera distinta.

No hay que sorprenderse con la paradoja involutiva que arroja el proceso penal contemporáneo, porque desde el punto de vista teórico es perfecto en el marco de garantías; empero, una vez se inicia la judicialización de conductas delictivas, se torna cruel y despiadado. A ello, seguramente, obedece que Binder haya catalogado a la prisión preventiva como la institución maldita del derecho procesal (Binder, *La intolerabilidad de la prisión preventiva*, 2011).

#### **1.4 La violencia estatal subyacente en el derecho penal. Algunos matices de su irracionalidad**

Una de las manifestaciones de poder que quizá con mayor crueldad y severidad se ve reflejada en el Estado de derecho cuando administra la multiplicidad de conflictos, que desde el pacto social se le han encomendado, es aquella que se exhibe en la persecución, judicialización y sanción de algunas conductas delictivas que, en perspectiva del criterio-político criminal del legislador, deben ser tratadas de manera ejemplarizante. Uno de los mecanismos a los que usualmente se acude para luchar contra esos comportamientos crimi-nógenos es el de la restricción preventiva de la libertad.

A esta medida se apela con una facilidad preocupante, y lo complejo de todo es que, por lo menos en teoría, la misma es compatible con el postulado de inocencia que acompaña al destinatario de la ley penal. Todo esto, desde luego, no deja de ser una contradicción porque, a pesar de presumirse inocente, el imputado o acusado, ontológicamente, recibe un tratamiento de culpable, pues no en vano el tiempo que alcance a durar bajo el influjo de la medida cautelar personal debe ser descontado de la pena, cuando a una instancia de condena se llega. Como es apenas previsible, muchos casos culminan en absolución, porque la presunción de inocencia no puede ser desvirtuada por el organismo acusador. Lo absurdo a la postre es que el acusado cumple en la práctica de manera parcial penas anticipadas sin que haya una condena previa.

Dado el carácter aflictivo y agobiante de este tipo de medidas, sus efectos mortificantes anuncian al imputado o investigado que, no obstante presumirse inocente, el mismo imperio de la ley permite que la libertad sea restringida, aún sin el adelantamiento de un juicio previo. Esta potestad del Estado, en sí misma soberbia y apabullante, puede a veces ostentar una irracionalidad y daño mayor que aquel comportamiento que en el ámbito

penal se judicializa con una medida de aseguramiento de detención preventiva. A simple título enunciativo: el acto del potencial delincuente puede durar segundos o minutos, en tanto que la violenta reacción del Estado, que en ocasiones no necesariamente es justa, frecuentemente se extiende en el tiempo durante varios años.

En el pensamiento ilustrado de Ferrajoli, el derecho penal, aún en medio de todo el plexo de garantías y diques sustantivos que le ha sido impuesto por el Estado de derecho, se encuentra impregnado de una implícita violencia, cuyos bordes éticos y morales no son claramente perceptibles (Ferrajoli, 2001, p. 21). Significa ello que el hecho de adoptar la decisión político-criminal de judicializar una conducta que se ha catalogado como delictiva es, en sí mismo, un acto que tiene profundas repercusiones de carácter filosófico, porque de esta manera el Estado legitima el ejercicio de la violencia para perseguir fenómenos delincuenciales, y así, desde luego, la restricción de la libertad, la intimidad, el patrimonio económico, la familia, la paz interior, y hasta la propia dignidad del ser humano.

El proceso penal es una auténtica tragedia cuyos devastadores efectos se extienden a todos los ámbitos de vida del individuo como ser social. Con el proceso penal viene el estigma, la sociedad señala, y poco importa en realidad que la inocencia se presuma, porque lo cierto es que, por el fuerte influjo de los medios de comunicación, y de hecho, el tratamiento que las autoridades prodigan al destinatario de la ley penal, la tendencia es a presumir la culpabilidad. Hay una doble moral o, mejor dicho, un distanciamiento injustificable entre los ideales teóricos de la principalística y el realismo explícito de las judicializaciones, que en términos simples se convierten en una negación de la idea humanitaria que ha inspirado el proceso penal contemporáneo.

Un escenario de esta naturaleza debilita el carácter democrático y humanitario del proceso penal. Le hace perder legitimidad política y credibilidad, y se erige en una constante que lo sumerge en medio de una crisis permanente que lo aleja de la esencia humanista que debe caracterizarlo. Porque, al fin y al cabo, hablar del proceso penal que políticamente se ha construido en medio de un Estado inspirado en la democracia es hablar de un derecho penal que, desde el punto de vista constitucional, debe estar sujeto a las expectativas que se han edificado en ese ámbito.

Claro está que para un importante teórico y filósofo italiano, al tocar el tema de la democracia, no es del todo acertado hablar de crisis, sino más bien de transformación, porque si se liga el proceso penal al modelo de democra-

cia de los Estados, la realidad muestra, dramáticamente, a los coasociados que la filosofía dogmática de las cartas políticas exhibe un ideario de tan alto calado, que difícilmente ningún miembro de la sociedad se atrevería a tildarlo como contrario a lo que es deseable para la colectividad.

El sinsabor brota cuando se hace el contraste entre lo que para el constituyente se ha considerado políticamente correcto, y lo que el ciudadano, en la vida de relación, percibe respecto del nivel de ejecución social de aquellas promesas que desde la ideología alentaron el establecimiento de un orden en el plano electoral (Bobbio, 2004, pp. 15-16).

Lo propio ocurre con el sistema penal, porque si en gracia de discusión se hiciera una encuesta a varios ciudadanos acerca de la forma como les gustaría fueran tratados si estuvieran inmersos en un proceso penal que busca reafirmar su inocencia o desentrañar su hipotética culpabilidad, la mayoría optaría por la primera de las alternativas, y lo que mínimamente esperaría es que lo políticamente establecido en las normas procesales, en especial, en el marco de las garantías, se erigiera en el primer objetivo para el Estado de derecho.

Pese a esta noble aspiración, la teórica amabilidad de los principios y garantías procesales, inexplicablemente se transforma en una realidad hostil, caracterizada en lo estructural, por el uso irracional de mecanismos de represión. En estos debe incluirse, la apresurada iniciación de indagaciones que de forma irreflexiva, albergan hipótesis delictivas que rápidamente se convierten en caldo de cultivo para la interceptación de comunicaciones, vigilancia de personas, restricciones de libertad y otra serie de actos invasivos del Estado, en los que su poderío y soberbia se entrecruzan de manera atroz frente al más débil.

En este contexto, la línea divisoria entre un proceso penal real y las pautas que siguieron los captores en *El Proceso*, la extraordinaria producción intelectual de Franz Kafka (2010), sencillamente es imperceptible. La razón es simple: la fase preliminar del proceso penal, cualquiera que sea su motivación, se adelanta a espaldas del interesado, y lo más dramático es que, estando de hecho en curso el proceso, no siempre se alcanza a entender la razón de ser del trámite, por parte de quien es afligido (pp. 21-22, 163).

Aunque desde la lógica explícita en el sustrato filosófico de las democracias contemporáneas, el derecho penal debe ser un mecanismo accesorio y de naturaleza excepcional, el Estado, cada vez con menos posibilidades de control, ha venido materializando una fuerte tendencia a expandir el marco

de intervención del derecho penal. Esta tendencia al alza supera de hecho las intenciones que el propio legislador colombiano tuvo cuando expidió el actual Código Penal, es decir, la Ley 599 de 2000, instrumento legal que emergió a la vida jurídica con el propósito de unificar toda esa legislación que estaba dispersa, debido a la proliferación de reformas que se habían realizado al Decreto Ley 100 de 1980, antiguo Estatuto Punitivo. Todo esto, en definitiva, quedó en buenas intenciones, porque 15 años después de haber entrado en vigencia el nuevo Código de las Penas, ya se contabiliza un total de 48 reformas que, como es apenas lógico, apuntan al aumento de penas y a la creación de nuevas figuras delictivas.

Todos estos procesos de transformación y expansión del derecho penal se suscitan en medio de un panorama político en el que la iniciativa legislativa parte, en buena medida, del régimen presidencialista o las bancadas del Congreso que mayoritariamente lo representan, hecho que coincide en un amplio porcentaje con la vigencia del Código Penal. Dicho en otros términos, los dos últimos gobiernos que han tenido mayoría política en el Congreso datan del año 2002, es decir, un año antes de la entrada en vigencia del actual Código Penal, que comenzó a regir desde el 24 de julio de 2001, y durante este período precisamente es que se han materializado las 48 reformas.

Lo desolador del panorama es que en su amplia mayoría ese escenario de hipertrofia punitiva se ha caracterizado por ser improvisado, irreflexivo, acrítico y predominantemente reactivo. Y se reacciona, porque la sociedad, irracionalmente alienada por los medios de comunicación, encuentra en la cárcel una posible salida a la diversidad de escenarios problematizantes. Que la comunidad piense así por supuesto que es comprensible, dado que es sobre aquella que recae todo el peso de la inseguridad y aquellos fenómenos desestabilizadores del orden social. Sin embargo, la forma en que debe responder el Estado debe ser, desde luego, absolutamente distinta. Democracia en materia penal no necesariamente es acoger todo lo que la mayoría desea.

Dice Ferrajoli que el carácter democrático de un sistema punitivo no puede ni debe dimensionarse a partir de una concepción tradicionalmente política, regida por las consideraciones mayoritarias del pueblo. El peso garantista de un sistema de enjuiciamiento criminal, inspirado en la democracia, se torna palpable solo a partir de un verdadero acercamiento del ordenamiento jurídico con la realidad que circunda el proceso penal. No es la mayoría aquella que puede discernir y decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (Ferrajoli, 2014, pp. 352-354). De nada sirve un sistema que pregone la democracia

cuando no se inspira en el respeto por la libertad; flaco servicio presta el sistema punitivo a la preservación de las garantías fundamentales, si el trámite del proceso se dilata en el tiempo, desbordando el plazo razonable y sacrificando la presunción de inocencia; y dentro de este orden lógico, altamente incoherente, es un sistema jurídico, si en el plano constitucional se consagra la garantía del *habeas corpus*, pero en la cotidianidad pululan las privaciones ilegales de la libertad en cabeza de instituciones policivas.

He aquí el exceso del poder punitivo, caracterizado porque las decisiones que son trascendentales en el contexto de la sociedad, en especial, aquellas que guardan relación con la promoción y el respeto de las garantías inmersas en el proceso penal, no tienen un adecuado seguimiento y control por parte del legislador. En la generalidad de los casos, la legislación que en materia criminal expide el poder legislativo, una vez es promulgada, queda absolutamente huérfana de seguimiento. Muy poco se sabe, a la postre, del posible nexo entre los ideales plasmados en la exposición de motivos y la eficiencia de la norma en términos reales. Todo queda en la sobredimensión valorativa de la norma, auspiciada en muchas ocasiones por los pronunciamientos de tribunales constitucionales.

Cuando apenas el nuevo orden constitucional iniciaba su proceso de transformación, la Corte Constitucional consideró ajustadas a la Carta Política las penas de 60 años, que para los delitos de secuestro y homicidio se fijaron en la Ley 40 de 1993. Veamos lo que dijo en sentencia C-565 el Alto Tribunal:

Una de las formas, quizá la más idónea para asegurar los fines del Estado, sea la de garantizar la convivencia pacífica, la cual se logra a través de la prevención y represión de las conductas delictivas mediante la imposición de penas y sanciones que sean verdaderamente proporcionales a la gravedad del hecho punible, y a la mayor o menor, afectación de los derechos fundamentales de las personas. Sanciones como las previstas en las normas acusadas atienden los fines de retribución, ya que su *quantum* responde a la necesidad de represión de conductas punibles; además, satisfacen los objetivos de la función preventiva, como quiera, que su rigor se endereza a evitar la consumación de nuevos hechos delictivos, castigando en forma ejemplarizante a todos aquellos que pretendan incurrir en esa modalidad punible (Corte Constitucional, 1993).

Tal como se puede observar, el legislador y la Corte Constitucional coinciden en esta oportunidad al pensar que la dureza del derecho penal y su espíritu pacificador tienen la virtud de disuadir a potenciales infractores que, en el plano teórico, se tendrían que alejar de la tentación de delinquir por la

magnificencia del castigo. De acuerdo a esta dialéctica, con un derecho penal objetivo y fortalecido, los índices de criminalidad necesariamente se reducirían, y dentro de este orden lógico, los bienes e intereses más preciados de los miembros de la colectividad se podrían tutelar frente a aquellos comportamientos distantes del pacto social.

Se observa, por tanto, que la problemática de la criminalidad, cualquiera sea el nombre o denominación que se le quiera dar, en la perspectiva estatal debe combatirse con represión. Es la cárcel, y con ello el aislamiento, la medida más idónea para reducir la expansión del delito. Se piensa, entonces, de manera errónea, que con más derecho penal se disminuirá el índice de comportamientos contraculturales y lesivos del orden social. Aunque podría tenerse una visión esperanzadora con las posturas que asuma la Corte Constitucional en los exámenes de exequibilidad de ese derecho penal represivo, la verdad es que la historia, infortunadamente, muestra que hay una fuerte tendencia en el Alto Tribunal a mostrarse complaciente, permisivo y, en algunas ocasiones, indiferente o neutral frente a estas posturas de "cero tolerancia".

Sobre el particular, y para abundar en razones, no debe olvidarse que en Colombia durante un tiempo importante rigió un sistema en el que la justicia no tenía rostro. El Estado, para combatir la delincuencia organizada, creó un sistema represivo en el que los fiscales, testigos y jueces eran de identidad desconocida. Así entonces, era perfectamente posible que un acusado cuya inocencia era postulada por las reglas procedimentales, al final, fuera declarado culpable, sin conocer los testigos de cargo, el fiscal del caso y, dentro de este mismo orden, la identidad del juez que lo catalogaría como penalmente responsable.

Esta afrenta sistemática al mínimo ideario del derecho penal liberal fue refrendada por la Corte Constitucional en sentencia C-053 de 1993, que catalogó a la justicia sin rostro como una medida excepcional que, aun en medio de su carácter extraordinario, tenía la aptitud sustantiva de garantizar el derecho de defensa, la contradicción de la prueba y, en términos generales, el debido proceso de aquel individuo que se encontraba inmerso en un proceso, y que por sus particulares circunstancias, representaba un potencial y serio peligro para la seguridad e integridad del fiscal, los testigos de cargo o el juez que tenía a cargo la resolución del caso (Corte Constitucional, 1993).

Lo desconcertante de este panorama era que no existían en realidad límites objetivos que de alguna forma se erigieran en freno para limitar el

uso del extraño mecanismo de administración de justicia. Si hoy por hoy, la misma Fiscalía General de la Nación creó una unidad especial para investigar a los carteles de falsos testigos, a raíz de adulterados señalamientos que se descubrieron en casos de alta visibilidad para la opinión pública, qué no decir de los procesos que se guiaban en el marco jurídico del ya derogado Decreto 2700 de 1991, cuyas garantías y mecanismos de defensa eran mucho más restringidos que aquellos contemplados en el actual sistema penal oral acusatorio, representado en la Ley 906 de 2004. En realidad, no se tiene una respuesta frente al interrogante, pero con una simple reflexión lógica se puede deducir que el riesgo de desconocimiento de garantías judiciales era mayor en el anterior sistema de enjuiciamiento criminal.

La creación del modelo delictual conocido como enriquecimiento ilícito de particulares, ajustado a la Carta Política, según el criterio de la Corte Constitucional en sentencia C-319 de 1996, es otra viva muestra de los excesos del poderío estatal en la lucha contra la criminalidad. Las críticas de esta fórmula de tipicidad se justifican a partir del estudio que se realiza a la propia estructura dogmática del tipo penal, que no exige la condena por un modelo delictual base; además, porque en términos de carga de prueba, el legislador suaviza de manera ostensible la labor persecutora del ente acusador. Y ello se hace a tal punto que pareciera, incluso, que tal carga se invierte, correspondiendo al acusado demostrar la legalidad de su enriquecimiento.

De otro lado, la expresión "actividades delictivas" denota una ambigüedad de profundas dimensiones que va incluso en contravía del principio de estricta tipicidad. Curiosamente la Corte termina aduciendo que dicho componente es un simple ingrediente normativo del tipo, predicable en este caso del sujeto activo, sin que pueda por ello concebirse como elemento del modelo delictual. Esta postura de la Corte es en realidad bastante desafortunada, porque si la estructura del tipo penal se lleva al campo de la prueba, al no demostrarse el objetivo despliegue de actividades delictivas en cabeza del sujeto activo, el juicio de tipicidad no se estructura. Se trata, por tanto, de un elemento axial y configurador en el modelo delictivo. De ninguna manera es un simple abalorio / adorno dogmático, como despectivamente trata de hacerlo ver el Alto Tribunal.

Se percibe, así, en el legislador una tendencia a maximizar el poderío y vocación expansiva del derecho penal, intervención que, desde luego, tiene dramáticas repercusiones en materia de derechos y garantías fundamentales. Y la razón es sencilla: a mayor cantidad de delitos, con penas más elevadas, se

incrementan los allanamientos en domicilio, suben las interceptaciones de comunicaciones y hay aumento de población carcelaria en internamiento preventivo.

Lo deseable, en un escenario democrático, sería que los recurrentes desmanes del legislador encontraran en los pronunciamientos de la Corte Constitucional una barrera de contención a esas embestidas político-criminales. Sin embargo, lo que muestra la historia reciente es una marcada orientación argumentativa que opta por los juicios de exequibilidad, lo que en términos reales significa, no una división de poderes que armónicamente propenda por el afianzamiento de los fines del Estado, sino una conjunción de fuerzas restrictivas que tiende a ver en la represión punitiva, no la última opción, pero sí la primera alternativa para el enfrentamiento de la criminalidad.

Desde luego, este no es un problema interno del derecho penal en Colombia. Latinoamérica en general y Europa vienen sufriendo desde finales del siglo pasado una sensible transformación en sus ordenamientos jurídico penales, porque la lucha contra la criminalidad organizada y otra serie de transformaciones sociales ha dado lugar a la configuración del denominado derecho penal moderno.

La lectura de este fenómeno involutivo tiene, a juicio de Hassemer (1999), unas peculiares características, entre las que se destacan: la ausencia de descriminalización, la creación de nuevas conductas delictivas y el marcado aumento en la punibilidad de algunos delitos. De la mano de ello, la opinión pública ejerce un fuerte influjo en el legislador, lo que lleva implícito que solo importa el afianzamiento de un orden represivo, pero poca trascendencia tienen las consecuencias de los nuevos fenómenos restrictivos en el orden político criminal (p. 88).

Aunque para este autor alemán, las nuevas estrategias de lucha contra la criminalidad han dejado de lado los bienes jurídicos de tradición clásica, es decir, aquellos que se representan en intereses individuales, por lo menos en Colombia la anticipación de barreras de protección para los bienes jurídicos de naturaleza colectiva, y la creación de tipos penales destinados a proteger aquellos intereses van de la mano con el aumento de penas en los atentados contra la vida, la integridad personal, el patrimonio económico y la libertad sexual, entre otros.

Particularmente, el abuso sexual en menores de edad y, en términos generales, las agresiones sexuales con perspectiva de género se han erigido en

el foco de atención del legislador, que en lo corrido del presente siglo ha expandido el número de delitos y las penas. En un modelo delictivo, veamos la punibilidad con cifras. Durante la vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, anterior Código Penal, la pena prevista para el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años era de 4 a 10 años de prisión. Hoy en día, el actual código de las penas, para el mismo delito, prevé una pena de 12 a 20 años de prisión que, con el incremento de algunas hipótesis de agravación, igualmente, expandidas en una importante medida, queda con unos extremos de punibilidad que oscilan entre 16 y 30 años de prisión.

A ello debe adicionarse que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, así como la Ley 1453 de 2011, Estatuto de Seguridad Ciudadana, respecto de atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad, han encontrado como única alternativa de judicialización la restricción de libertad en establecimiento carcelario. La Ley de Infancia y Adolescencia establece textualmente que, si dadas las particularidades y circunstancias del caso procede una medida de aseguramiento, la única posible es la de detención preventiva, y el Estatuto de Seguridad Ciudadana consagra, imperativamente, que hay pronóstico de peligro para la comunidad cuando el delito imputado es por abuso sexual en menor de 14 años de edad.

Tan solo se ha destacado el caso de delitos sexuales; no obstante, la realidad muestra, también, que en delitos como la extorsión, el secuestro, el hurto con violencia y algunos atentados contra la Administración Pública, la tendencia es similar. El legislador envía a los administradores de justicia un mensaje explícito, el cual es que la respuesta a este tipo de criminalidad, desde las tempranas fases de configuración del proceso penal, debe ser la cárcel para el imputado. Queda así la presunción de inocencia elevada al carácter de falacia legislativa, y en un principio del proceso penal, que antes de inspirar su desarrollo, pareciera enarbolarse como un elemento perturbador que conspira en contra de los ideales de la sociedad, que políticamente se identifica con un legislador, cada día más restrictivo.

Esta realidad legislativa y los excesos del Estado en la persecución de conductas criminógenas va en contravía de las reglas mínimas, que Naciones Unidas ha establecido en materia de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, de manera especial, aquellos principios 2.3 y 2.4 que, definitivamente, alientan a los Estados en la promoción y el crecimiento de las medidas de aseguramiento menos invasivas frente a derechos y garantías

fundamentales, para evitar que los efectos materiales del derecho penal, es decir, la imposición de altas penas aflictivas, se apliquen de manera innecesaria desde la fase anterior al juicio. No en vano la ideología política de este instrumento internacional, conocido también como "Reglas de Tokio", propugna por una exhaustiva implementación de medidas cautelares en las que no se afecte la libertad del individuo (Naciones unidas, 1990).

Lo complejo de todo este panorama, es decir, el progresivo acrecentamiento del poder punitivo, es que paradójicamente la violencia estatal se legitima sin el soporte de una evidencia que, por lo menos, desde el punto de vista empírico y sociológico acredite, aunque sea de manera mínima, la necesidad sistémica de responder cada día con mayor fuerza a la problemática social que genera el delito. Valga aquí la pena considerar que los efectos del derecho penal son indiscriminados, en tanto que los fenómenos criminógenos no necesariamente tienen esa condición, sino que, por el contrario, se presentan en un sector de la población, que desde el mismo momento en que se construyen las normas se sabe quiénes son sus destinatarios.

Sobre el particular, en la dialéctica de Zaffaroni (2009), hay una especie de etiquetamiento legislativo, porque desde el ámbito previo el hacedor de las normas perfila toda la fuerza del derecho penal para que recaiga sobre ciertos grupos del contexto social. De esta forma es, a su juicio, el mismo Estado el que ante la comunidad crea una imagen negativa de los potenciales delincuentes, y genera así un escenario de criminalización secundaria. Por tanto, el rótulo criminal aflora sin haber infringido norma penal alguna, porque los criterios de selección elaborados por el legislador permiten a la sociedad identificar quiénes pueden ser los destinatarios de la ley penal. Se revive así el funesto estereotipo del delincuente nato que, en estricto sentido, no es factor causal de comportamientos delictuales, con lo que es un simple receptáculo de fenómenos criminales (Zaffaroni, 2009, pp. 9-10). No hay, por ende, racionalidad en la construcción del derecho penal, y sus efectos, desde luego, no afligen a la criminalidad económica o de cuello blanco, sino al más débil.

La irracionalidad muestra su lado más cruel cuando, a través de las falacias teóricas que legitiman el poderío estatal en materia penal, este construye una serie de normas a las que asigna un valor social que, amén de no ser objetivamente fundado, se dirige a una sociedad cuya real existencia pone en duda el maestro argentino (Zaffaroni, 2009, pp. 24-25). Y surge la incertidumbre, porque la soberbia y el egocentrismo de la dogmática penal generalizan la

fuerza de su odioso poder bajo el falso paradigma de que a todos alcanzará por igual, cuando es evidente que su capacidad de vigilancia y control, políticamente, se impone sobre grupos previamente etiquetados.

Para algún sector de la doctrina, la represión predominante en el derecho penal y los tintes demagógicos que caracterizan su instrumentalización son directamente proporcionales con su déficit en capacidad de respuesta. Con un sesgo ideológico clasista, tanto medios de comunicación como el propio legislador promocionan en la colectividad la idea de que es la delincuencia cotidiana, es decir, la criminalidad callejera, aquella que tiene la virtualidad, apariencia real, de generar inseguridad e intranquilidad. De esta forma, el hurto de vehículos automotores, el apoderamiento de celulares, el microtráfico, y los hurtos al interior de viviendas, entre otros, adquieren mediáticamente mayor importancia que los fraudes fiscales, la corrupción administrativa, el lavado de activos o los atentados contra el medio ambiente. Se promocionan políticas de miedo que, a su turno, sirven de caldo de cultivo para la creación de un derecho penal desigualitario que lejos se encuentra de combatir o menguar las causas estructurales de la criminalidad (Ferrajoli, 2014, pp. 293-298).

La realidad en Colombia no se aleja de lo que, contemporáneamente, sucede en Europa. Una estrategia política, con la que es apenas predecible que el pueblo se identifique, es aquella que envía a la sociedad el mensaje de "cero tolerancia" frente al abuso sexual en menores de edad. En este punto es, por demás, evidente que nada justifica el despliegue de comportamientos abusivos sobre la integridad sexual de los niños y niñas. El consenso sobre el particular no admite discusión de ninguna índole.

Sucede, sin embargo, que en algunas ocasiones se apela a casos límite de abuso sexual, en los que la intrínseca crueldad y perversión del delito, junto a su dramática exposición por los medios de comunicación generan automáticamente un profundo dolor y repudio de la sociedad. Estos elementos de contexto son empleados para que esta no dude un solo instante en avalar medidas restrictivas en las que ya no es suficiente la imposición de penas privativas de la libertad. El carácter estereotipado en esta clase de conductas, aumentado por su mediatización, tiene un fuerte impacto frente a la percepción de la comunidad y, también, de cara a las medidas legislativas que asume el legislador que, en no pocas ocasiones, instrumentaliza políticamente el odio y rechazo hacia estos sucesos criminógenos.

En consonancia con lo indicado, es oportuno mencionar que el 5 de diciembre del año 2016, en el Senado de la República fue radicado el proyecto de ley número 197 que, en homenaje a los 10 años de vigencia de la Ley 1098 de 2006, conocida como Ley de Infancia y Adolescencia, tuvo como propósito ampliar el espectro de punibilidad para abusadores sexuales en menores de 14 años. Así es, en la exposición de motivos, el legislador hace un balance de la lucha contra la criminalidad en materia de violencia contra los niños y abuso sexual, y su concepción es que la Administración de Justicia, por el alto grado de impunidad que históricamente la ha caracterizado, exhibe un saldo en rojo en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. Se propuso entonces así, como una alternativa legal, la inhibición hormonal o castración química (Senado de la República, 2017).

Según el proyecto, la inhibición hormonal en delitos sexuales en menores de edad se impondría por un término equivalente al doble de la pena privativa de la libertad que se haya establecido en la sentencia condenatoria. Quiere esto decir que, para el acceso carnal abusivo en menor de 14 años, el mínimo de pena de castración química sería de 24 años, y para los actos sexuales, de 18. Estos cálculos se hacen teniendo en cuenta que el mínimo de pena para el acceso carnal es de 12 años y para el acto sexual de 9. Desde el punto de vista constitucional este proyecto ofrece, en realidad, serios reparos, porque se trata de una pena que lesiona la dignidad del ser humano y lo expone a tratos crueles y degradantes.

Esa lesión al individuo se suscita porque, no obstante la imposición de una pena privativa de la libertad, el castigo de inhibición sexual se extiende en el tiempo sobre la integridad del reo que, en teoría, al haber purgado su pena, debería estar habilitado para incorporarse al tráfico social. Sin embargo, esa incorporación va acompañada de una terrible estigmatización, porque su reinserción a la comunidad, además de condicionarse al suministro oral o inyectable de inhibidores sexuales, va acompañada de la obligatoria inscripción en el registro de violadores y abusadores sexuales que, conforme al texto del proyecto, tiene un carácter permanente.

Aunque es muy complejo que un proyecto de esta naturaleza logre armonizarse con el plexo de garantías incardinado en la dogmática constitucional, es preocupante que el Senado de la República haya materializado esta iniciativa, en cuya exposición de motivos se vislumbra que el pensamiento del legislador se encuentra orientado, no solo a desconocer la dignidad del ser humano, sino a tratarlo con suma crueldad, aún después de su incorporación a la vida

en sociedad. No es otro el calificativo atribuible a esta propuesta porque, si en gracia de discusión, el reo purgó 15 años en prisión, con inhibición sexual a bordo, otros 15 años de castración química, debería de padecer después de su libertad y paralelamente a ello, la imposibilidad de constituir una familia, tener hijos o simplemente disfrutar del ejercicio de su sexualidad.

El carácter desproporcionado e irracional de este proyecto podría materializarse sobre un joven de 18 años de edad que tiene relaciones sexo-sentimentales con su novia de 13 años. O sobre aquel hombre que, en un episodio aislado, sin mayores consecuencias, realiza tanteos superficiales en la zona pública de una menor de 14 años. En uno y otro caso, la marcada tendencia del positivismo jurídico no permitiría analizar la ausencia de abuso en el acto copulativo, o la carencia de antijuridicidad en el efímero tocamiento.

Se observa, por tanto que, al insertarse formalmente el derecho penal en escenarios democráticos que deberían fomentar el uso coherente y reflexivo del poder punitivo, sus nefastos efectos se exacerbaban a niveles insospechados. En muchas ocasiones, es un sentimiento de miedo e inseguridad el que generan, en la colectividad, los medios de comunicación cuando, de manera estratégica y selectiva, sobredimensionan algunos fenómenos desestabilizadores del orden social. La aspiración en estas circunstancias es recurrente: que haya más dureza en el derecho penal, y lo cierto es que, por lo menos en el ámbito legislativo, siempre habrá un legislador dispuesto a crear normas de especial severidad, aunque, a la postre, su capacidad de rendimiento no ofrezca soluciones materiales a aquellos fenómenos causales del intervencionismo punitivo.

## **1.5 Delitos de peligro abstracto. Protección de intereses difusos**

El derecho penal liberal, siempre caracterizado por proteger los bienes jurídicos a partir de una concepción individual, dota, en alguna medida, de previsibilidad su intervención en el tráfico social. De esta forma, la protección de la vida, el patrimonio económico, la libertad individual, la integridad moral, entre otros, es predecible, no solo en los procesos legislativos y la justificación político-criminal del castigo sino, también, en el pleno entendimiento de los procesos de subsunción del hecho en la norma. Bajo estas condiciones, si Pedro mata o lesiona a Juan, desde la fenomenología, hay reales posibilidades de que tal comportamiento se ajuste a las previsiones sistémicas de

la dogmática penal, esto es, que dicha conducta supere los procesos de subsunción de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

No obstante, ese acoplamiento ofrecido por el paradigma teórico y su capacidad de rendimiento comenzaron a tener dificultades y tropiezos frente a ciertos eventos y sucesos que, por su magnitud y trascendencia, en estricto sentido, no atacaban, en el ámbito de lo concreto, bienes de orden insular, sino que, por el contrario, representaban un riesgo y peligro a intereses que, siendo comunes en el seno de la colectividad, no eran ontológicamente apreciables en el ámbito de lo particular. Se vislumbra así una quiebra en la capacidad de respuesta frente a ese nuevo orden criminológico; surge en estas condiciones, un concepto complejo en el orden social, como lo es el peligro de cierta clase de comportamientos, peligro que por su carácter difuso y etéreo pronto acapararía la atención de los científicos del derecho.

Las discusiones por esta nueva fórmula de tipicidad fueron promovidas en el X Congreso Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en Roma en 1969, espacio académico en el que se vivió un importante debate sobre la incertidumbre que esta categoría dogmática podría generar. Y ese desconocido panorama partía incluso de la propia concepción del peligro como elemento configurador de la tipicidad, sumándose a ello, las dificultades que tendría la jurisprudencia para interpretar el nuevo modelo criminalizante (Corigliano, 2016).

La doctrina contemporánea coincide en destacar como rasgo esencial de estas fórmulas de tipicidad, el riesgo sistémico que cierta clase de fenómenos sociales genera en el seno de la colectividad. Esto significa que si se pudiera llevar al plano axiológico la fundamentación de los delitos de peligro abstracto, su base sería la de un castigo inspirado en la prevención. Bajo esta dinámica, la salud pública y el tráfico vial, ejes importantes de una sociedad moderna, deben estar inmunes frente a cualquier clase de conducta que tenga la potencialidad de menguarlos o disminuirlos (Vargas Pinto, 2007, pp. 24-25).

A ello obedece que el desempeño del individuo tenga que ser intervenido, si con sus acciones u omisiones genera riesgos que impacten negativamente los intereses de otras personas. Se concibe, por tanto, al hombre como un ser social y, en esos términos, deben ser valoradas las posibles consecuencias de su comportamiento. Con este panorama, la comercialización de alimentos con riesgo para la salud, la tenencia de armas de fuego sin el permiso de porte o tenencia, o simplemente la conducción de vehículos en estado de embria-

que adquieren crucial importancia para el derecho penal porque este tipo de conductas se convierten en terreno fértil para crear situaciones lamentables frente a la salud, la vida o la seguridad de las personas.

No en vano se considera por Maribel Vicente del Olmo en España, que la tipificación y sanción de conductas que atentan contra la salud o la seguridad colectiva traduce, ni más ni menos, la puesta en escena político-criminal de un Estado paternalista que, para cumplir con sus fines esenciales, produce normas punitivas con las que se pretende transmitir a la sociedad un mensaje de protección para este tipo de intereses, aun sin que haya un daño real o potencial de por medio. Tal es el caso del suministro de sustancias no permitidas a animales, cuya carne va a ser utilizada en la alimentación de personas o, como ocurre también, con la sobredosis de algunas sustancias que, siendo permitidas, exceden lo tolerado por el ordenamiento jurídico, generando así un riesgo para el consumo humano. Asimismo, se podría hacer alusión a la venta de carne de animales que no cumple con los tiempos de espera regulados en la ley (Vicente del Olmo, 2012).

Lo que se vislumbra con esta técnica de tipificación es que el peligro de daño para bienes jurídicos individuales en masa es su elemento configurador más representativo. Se anticipan, por tanto, las barreras de protección penal, erigiéndose así la intervención punitiva previa en un mecanismo de tutela para la colectividad, aunque a la postre, el ámbito de protección termine sistemáticamente difuminado. La esencia de esta forma de configuración de delitos de peligro abstracto que moldea un derecho penal preventivo y sancionador es la de evitar hechos que se conviertan en riesgos concretos de un posible resultado.

De ahí, entonces, que varíen las reglas de imputación. Se prescinde de juicios de causalidad y no es necesaria la verificación de resultados, pues, simplemente, es suficiente anticipar los mecanismos de protección de intereses individuales que anónimamente representan al colectivo de individuos en una sociedad (Berdugo, 2012, pp. 226-229).

A su turno, Ferrajoli critica con dureza los delitos de peligro abstracto porque provocan una tendencia inflacionaria, pues se trata de una extraña fórmula en la que teleológicamente hay punición, sin que, necesariamente, haya daño para el bien jurídico; también, porque a través de este mecanismo de castigo se describen modelos típicos que protegen bienes jurídicos en los que la abstracción y la indeterminación constituyen su impronta de mayor relevancia. Como explicación frente a este irregular fenómeno expansivo,

aduce que la falta de capacidad del Estado para enfrentar una diversa gama de infracciones administrativas ha llevado al legislador a que se criminalicen actos de mera desobediencia, a los cuales se les podrían encontrar su correspondiente sanción en áreas jurídicas menos odiosas que el derecho penal. En esa misma lógica, la paranoia legislativa ha llevado a que se sancionen comportamientos que, en el seno de su tipicidad, castigan la probabilidad del daño o una posible afectación del bien jurídico (Ferrajoli, 2014, pp. 198-199).

Las repercusiones que podrían suscitarse en torno al futuro de la dogmática penal, en especial, por la recurrente tendencia a tipificar delitos de peligro abstracto, generaron una interesante preocupación en el maestro Claus Roxin (2016), al punto de indagar acerca de los límites sustantivos que podría tener esta técnica legislativa respecto de dos tópicos: el nivel de abstracción de los bienes que se protegen y el grado de indeterminación de los intereses colectivos que se tutelan (Roxin, pp. 7-8). Es una preocupación e interrogante con altos niveles de fundamentación porque, a título de ejemplo, no obstante promoverse la seguridad y el medio ambiente como valores importantes para las democracias contemporáneas, por lo menos a nivel empírico, es un tanto complejo tratar de dimensionar, aun tentativamente, el peligro de daño para el bien jurídico. Es más, habrá escenarios en los que el deterioro medioambiental ya se ha producido por sucesos que desde el punto de vista causal se remontan a muchos años de historia, lo que implicaría también, desde el punto de vista probatorio, delimitar contextualmente el escenario medioambiental, porque, si de medio ambiente hablamos, este es un interés del que es titular toda la raza humana y los seres vivos en el mundo. Opta, entonces, el legislador por tener el peligro como un elemento trascendente en la tipicidad y, curiosamente, se criminaliza el peligro de daño actual y en abstracto, aunque, en la realidad, el deterioro medioambiental que se haya gestado por comportamientos del pasado, ontológicamente, no sea atribuible al transgresor del presente, que en abierta iniquidad podría ser investigado, judicializado y sancionado por hechos atribuibles a desconocidos antecesores.

Asimismo, la seguridad es interés común de las naciones en el mundo. De hecho, muchas estrategias se tejen alrededor de aquella cuando la misma se pone en vilo, por ejemplo, con la ejecución de actos terroristas que, en la mayoría de ocasiones, corresponden a hechos aislados, pero que, a la postre, tienen repercusiones políticas sistémicas. Sucesos como los ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, o los que recientemente se han registrado en Europa en los años 2016 y 2017 generan paranoia social y, del mismo modo, vuelven más sensible al legislador en lo que a seguridad

concierno. El miedo y la incertidumbre se constituyen en el soporte ideológico para construir hipótesis de tipicidad en las que un legislador eufórico y reactivo, con el fin de tutelar la vida, la integridad personal y la tranquilidad de los individuos, produce normas que, sin mérito de acción en estricto sentido, se perfilan a proteger una seguridad que no ha sido menoscabada.

Por tanto, de una conducta axiológicamente inocua, se derivan consecuencias jurídico penales que tienen como fin proteger a la colectividad de un peligro incierto con un nivel de abstracción tan elevado que ni siquiera, hipotéticamente, es viable construir escenarios que comporten peligro para la seguridad. A ello obedece que la doctrina especializada haya catalogado a la seguridad como un bien jurídico aparente, debido a que los cimientos de su protección se inspiran en acciones o comportamientos cuyo nivel de peligrosidad es en absoluto impredecible y notoriamente difuso, lo que comporta, a la postre, una ampliación injustificada del campo de acción del derecho penal (Alonso Álamo, 2015, pp. 51-78).

Desde otra arista crítica, la complejidad epistemológica que arraiga el desarrollo de barreras de protección penal metafóricamente es visualizada como una especie de juego en el que se asumen riesgos a los que se apuesta como objetivo. Según esta línea ideológica, la configuración del ordenamiento jurídico depende, en su esencia, de pronósticos de éxito. Se trata de un derecho penal que, por sus efectos y consecuencias, no va dirigido contra ciudadanos sino contra adversarios a los que se quiere derrotar, lo que valida el concepto de que el mecanismo para ello es anticiparse a sus movimientos a través de instrumentos jurídico penales con alto poder neutralizador (Tamés, 2015, pp. 391-392).

Aunque el autor en referencia propone un uso excepcional de este nuevo paradigma porque va dirigido contra organizaciones terroristas, su extensión a otra serie de fenómenos delictivos es difícilmente controlable, ya que en la práctica no es con exclusividad el terrorismo la conducta que desestabiliza el orden social. No se olvide que el concierto para cometer delitos es el cimiento y base de estructuras criminales que incluso se podrían especializar en delitos informáticos. Pero también la realidad muestra que la salud pública puede ser afectable con la producción de alimentos contaminados; o, en este mismo orden, el ejercicio ilegal de la minería tiene la virtualidad de generar un impacto medioambiental negativo. Así, teniendo en cuenta estas circunstancias, es muy complejo que el legislador no caiga en la tentación de

expandir el radio de acción del derecho penal, y más aún, si desde lo político es conveniente en su ejercicio.

Se corre, por tanto, el predecible riesgo de que, elaboraciones dogmáticas de última ratio, como sucede con la técnica de los delitos de peligro abstracto, se conviertan en la primera alternativa político-criminal. Y ese temor, desde luego, no es infundado, porque con un tinte visiblemente maquiavélico, se pervierte y trastoca la función del bien jurídico que, de tener un carácter limitador y de contención frente a la expansión del derecho penal, pasa a ser un elemento de mera convalidación.

Tal como lo señala Hassemer, el bien jurídico se convierte en un eje instrumental de la nueva política criminal, perdiendo así su naturaleza crítica. En la perspectiva del maestro alemán, paulatinamente se le ha arrebatado al bien jurídico su contenido y, con infortunio, para a ser un comodín, altamente manipulable y con un nivel de adaptación desmesurado, que puede de hecho justificar la creación de conductas delictivas intrascendentes frente al bien jurídico, tal como ocurre con el denominado "acoso sexual". De esta caracterización, se vale para argüir que el nuevo derecho penal encuentra en la prevención uno de sus rasgos que con mayor preponderancia define sus contornos y alcances, lo que, a su turno, tiene profundas repercusiones frente al trato igualitario que debe prodigar a sus destinatarios (Hassemer, 2009, pp. 46-50), ya que, dependiendo de la técnica legislativa a la que se tenga que enfrentar la persona investigada, así se condicionará el real despliegue de derechos y garantías dentro del proceso penal, porque no es lo mismo defenderse de un delito que albergue el resultado dentro de la tipicidad, a ejercer actos de contradicción frente a otro que simplemente proteja el bien jurídico de un mero peligro.

Un punto de encuentro para la doctrina contemporánea con la tipificación de delitos de peligro abstracto es la difuminación de los intereses individuales como objeto de protección penal. Con esta fórmula de tipicidad, del ámbito de modelos descriptivos con un resultado concreto, muda el legislador a escenarios donde el campo de tutela es difuso e imperceptible. Lo preocupante para Mendoza Buergo es que, en el marco de la sociedad de riesgo, se abre el camino para la protección de intereses jurídicos de orden supraindividual, llegando a un punto en que se sustituyen bienes que, auténticamente, sí deberían tener protección, por otros cuya categoría como bien jurídico no estaría del todo clara, tal como podría ocurrir con la limpieza del agua. En esta medida, la ausencia de sustrato material frente a sucesos que podrían

afectar el carácter potable del líquido no interesa en realidad. Lo que adquiere un lugar preponderante es el castigo por la amenaza o peligro de daño para la pureza del agua, sin importar que el fluido estuviere muy lejos de sufrir un auténtico peligro o amenaza de daño. El elemento trascendente en esta técnica, sugiere la doctrinante, es castigar anticipadamente un pronóstico de peligro incierto, o sencillamente tipificar como punibles los simples actos preparatorios (Mendoza Buergo, 2001, pp. 68-79).

Dentro de esta categoría de delitos de peligro abstracto, entre otros, se destacan: el tráfico de estupefacientes, los atentados contra el medio ambiente, el porte ilegal de armas de fuego, los delitos socio económicos, y la seguridad del tráfico vial. Aunque en apariencia el número de conductas delictuales no es significativo, lo cierto es que la fórmula de tipicidad se puede extender a otra serie de modelos típicos en los que la nota esencial sería que el marco de tipificación de la conducta no envuelve la producción de un resultado lesivo para el bien jurídico. Como subespecies de esta forma de tipificación, sugiere la doctrina incluir algunos tipos de fraude tributario que, al ser objeto de un análisis individual, no afectan ningún interés penal relevante, empero que al visualizarse contextualizada o global, sí pueden tener repercusiones sensibles.

En perspectiva de Silva Sánchez, el manejo de políticas públicas en cabeza del Estado de derecho encuentra en la gerencia administrativa de diferentes sectores un modelo de intervención que desde el punto de vista cualitativo busca gestionar un estándar de comportamiento en la sociedad. Se establecen, por tanto, ideales de desempeño social que deben cumplirse de manera sistémica y las sanciones sobrevienen muy a pesar de que, en estricto sentido, el comportamiento evaluado en su individualidad no tenga ninguna trascendencia en el orden general. El riesgo es la repetición de esa conducta, y lo que podría ocurrir si el entorno asume una misma actitud. De ahí la importancia del derecho administrativo sancionador, al que no le interesa el daño sino la desobediencia, o el peligro que la misma podría generar en el supuesto de tornarse endémica (Silva Sánchez, 2001, pp. 125-127).

Lo fundamental es el riesgo de que ese potencial daño, aunque sea distante, por efecto de los indicadores de gestión en la administración, se acerque en un momento dado a una manifestación de peligro para el bien jurídico. Es exótico, pero se termina castigando el peligro del peligro, una especie de paranoia legislativa que observa en el derecho penal un mecanismo de salvación para el establecimiento del orden frente a un tipo de conductas que

pueden generar un riesgo global en la gestión administrativa. Para el autor español mencionado, es inadmisibles que los parámetros jurídicos que se siguen para gestionar áreas problemáticas de la Administración Pública, sin ningún tipo de precaución, sean vaciados en el derecho penal como criterios de imputación.

En términos prácticos, transformar infracciones administrativas en conductas que tengan relevancia jurídico penal y que ameriten una intervención más drástica del Estado de derecho encaminaría el ordenamiento jurídico a una injustificada desnaturalización del derecho penal, mutándolo a un estatus meramente instrumental de los designios de la administración, como ocurriría con la seguridad en los estadios de fútbol, y el hecho de que la invasión del campo de juego, que puntualmente es un simple acto de desobediencia a las normas de seguridad, se termine catalogando como un delito. Así lo dio a entender la dirigencia del fútbol colombiano que, el 12 de agosto de 2017, anunció en medios de comunicación, la radicación e impulso de un proyecto de ley que, de aprobarse, ensancharía aún más el campo de acción del derecho penal. La razón de ser de la propuesta es que desde el punto de vista empírico se ha podido verificar que un factor de riesgo para este tipo de espectáculos deportivos es el ingreso de los aficionados al campo de juego. Como a los estadios van miles de personas, aunque una conducta individualmente considerada no es lesiva de la seguridad, lo que sí puede ser dañino para este bien jurídico es el riesgo de que todos los aficionados hicieran lo mismo. He aquí un vivo ejemplo de lo que la doctrina contemporánea conoce como delitos de acumulación, caracterizados por el riesgo de reiteración de un determinado comportamiento, que analizado en masa sí generaría un peligro real para el bien jurídico.

La tenencia de armas de fuego de defensa personal es, igualmente, un comportamiento que en sus orígenes mismos, por lo menos en Colombia, emergió dentro del marco de facultades extraordinarias que se habían conferido al ejecutivo para que adoptara medidas especiales en materia de seguridad. Fue así como se emitió el Decreto 3664, del 17 de diciembre de 1986, instrumento jurídico sancionado durante la presidencia de Virgilio Barco, con miras a restablecer el orden público. Según Mauricio García Villegas, investigador de la Universidad Nacional de Colombia, entre 1949 y 1991, Colombia vivió durante un período superior a 40 años en estado de excepción, que abiertamente llevó a los regímenes presidencialistas a conservar el poder y expedir normas de carácter altamente restrictivo, como sucedía, por ejemplo, con las cortes marciales que podían juzgar a civiles (Villegas García, 2008).

En síntesis, la ausencia del Congreso en el ejercicio del poder legislativo trasladó durante todo ese tiempo sus facultades al Ejecutivo, y fue en este contexto que multiplicidad de normas con vocación de restricción de derechos, y en especial, anticipación de barreras de protección punitiva, sin mayor control político, e incluso legal, llegaron para quedarse en el ordenamiento jurídico. Tal es el caso de la tipificación como delitos de las siguientes conductas: envenenamiento o contaminación de alimentos y medicamentos con fines terroristas; la instigación al terrorismo o la simple posesión de medios electrónicos con la potencialidad de transmitir o recibir señales. Estos fueron algunos de los excesos en que incurrió el ejecutivo, que por medio del Decreto Legislativo 180 de 1988 consideró político criminal adecuado emitir este tipo de disposiciones para preservar de cualquier peligro la seguridad pública. La gestión del riesgo y las políticas de seguridad del Estado encontraron en el derecho penal un auténtico mecanismo de escape para abrir el camino a una serie de conductas en las que el bien jurídico se ampara de peligros, eventualmente concretables en el plano potencial. A estas fórmulas de tipificación se les conoce en la doctrina como delitos de peligro hipotético.

Como bien se sabe, las sensibles dificultades dogmáticas que ostentan los delitos de peligro hipotético, que vienen a ser a la postre una subespecie indiferenciada de delitos de peligro abstracto, radica en que se fundan en una presunción de derecho a partir del peligro de lesión que el comportamiento tildado de delictivo por el legislador ofrece para el bien jurídico, aunque buena parte de la doctrina coincide en afirmar que no hay un sustrato epistémico válido en esta técnica de tipificación (Gracia Bogado, 2009, pp. 9-11).

Los obstáculos de comprensión frente a esta técnica legislativa surgen por dos aspectos de carácter dogmático: primero, porque si haciendo un esfuerzo por asimilar el campo de expansión del derecho penal contemporáneo, podría indicarse que cada modelo de Estado soberano está en condiciones de configurar alternativas punitivas en las que bienes jurídicos importantes para la vida en sociedad deban preservarse del peligro de lesión, lo perceptible es que, al momento de la redacción de los tipos penales, terminan predominando criterios de política criminal sobre la tradicional o clásica concepción de la teoría del delito. Y así es, porque cuando se trata de hacer el proceso de subsunción del hecho en la norma, lo cierto es que el juicio de tipicidad se estructura sobre la base de la presunción de daño para el bien jurídico, lo que naturalmente comporta la explícita anulación del principio de antijuridicidad en su decimonónica concepción, porque tal categoría ya la ha incorporado

el legislador desde el instante en que diseña el tipo penal, más aún, si el mismo Estado expresa que se vale del derecho penal para el cumplimiento de sus fines esenciales, así como para la promoción y preservación del orden constitucional.

En segundo lugar, como bien lo destaca Maldonado Fuentes, los delitos de peligro abstracto encarnan una profunda incoherencia epistemológica, ya que, para efectos de la estructuración del modelo delictual, ninguna importancia o relevancia tiene el hecho de que haya o no peligro de daño para el bien jurídico. Sea lo uno o lo otro, a la postre el juicio de tipicidad se concreta, independiente de que el comportamiento reprochado al ser fenomenológicamente estudiado ninguna clase de daño irradie para el bien jurídico, circunstancia que en la dialéctica de este autor lo lleva a catalogar como ilegítimos aquellos tipos penales que, en teleología, ninguna clase de bien tutelan, ello si se tiene en cuenta que la protección se legitima a partir de la potencialidad real de daño de la conducta (Maldonado Fuentes, 2006, pp. 5-9).

Se observa, entonces, un sensible desplazamiento de la teoría del bien jurídico, porque al edificarse tipos penales que condensan mandatos o prohibiciones que obvian el análisis de la antijuridicidad, resulta evidente pensar que lo presupuestado por el legislador es criminalizar la desobediencia del infractor que con su comportamiento ya quebrantó el primer filtro, representado en las restricciones que el ordenamiento jurídico impone. Se crean, por tanto, modelos criminógenos que tienen como función impedir que aquellas conductas no deseadas tengan la capacidad de generar un peligro real para los bienes jurídicos.

Frente a esta realidad, aunque parezca extraño, cobra fuerza el criterio de algún sector de la doctrina alemana, según el cual, el derecho constitucional ha venido ejerciendo durante los últimos años una notable influencia en la configuración y desarrollo del derecho penal, supremacía que adquiere mayor protagonismo cuando los exámenes de constitucionalidad de las normas no se elaboran a partir de criterios legitimadores de la teoría del bien jurídico, o sobre la base de su contenido como prenda de garantía para contener la capacidad configuradora de normas del legislador penal. En esta nueva perspectiva de construcción ideológica del derecho penal, es la dogmática de ponderación, a través del test de proporcionalidad, la que literalmente entierra la teoría del bien jurídico, porque según el Tribunal Constitucional Alemán, es la Constitución la que delimita el contenido y alcance del derecho punitivo, porque el ordenamiento constitucional no ne-

cesita licencia de la dogmática penal en el diseño y puesta en marcha de la política criminal (Ambos, 2016, pp. 34-35).

Pero el problema con la tipificación de delitos de peligro abstracto no solo tiene que ver con el frontal desconocimiento del principio de antijuridicidad, sino que, de hecho, sus consecuencias, como dice García Pérez, se extienden a la culpabilidad penal. Según la visión de este teórico, la presunción de daño para el bien jurídico tiene como efecto inmediato que el anticipo de barreras de protección penal trascienda al punto que un comportamiento sin daño para el bien jurídico, pero que a la postre es nocivo porque así lo presume la ley, en igual sentido lleva a presumir la responsabilidad penal del autor de la conducta, pues, al fin y al cabo, si el justiciable es declarado penalmente responsable, lo será por un hecho que el legislador por presunción de derecho o presunción legal lo catalogó como apto para poner en peligro el interés materia de protección penal (García Pérez, 1992, pp. 8-9).

Esta colonización del derecho penal por parte del derecho constitucional tiene, sin duda alguna, importantes repercusiones en la evolución de la dogmática penal, porque si dentro del camino de edificación del nuevo orden punitivo, su eje expansivo tiene como referente la preservación y protección de intereses colectivos, desde el punto de vista empírico es complejo ejercer controles reales a la actividad legislativa. La razón es elemental: el poder diezrador de la función crítica o de garantía de la teoría del bien jurídico sucumbe y se difumina frente a lo que político criminal se considere más conveniente, necesario y estratégico desde la óptica constitucional.

Con un ejemplo podría visibilizarse esta apreciación. Piénsese en la seguridad en los estadios de fútbol o eventos deportivos a gran escala. A la luz de la dogmática penal de estirpe liberal, sería excesivo, desproporcionado y contrario al principio de mínima intervención que la invasión del campo de juego por parte de los aficionados o al menos uno de ellos se sancione con cárcel. Sin embargo, si ese mismo fenómeno se contextualiza de cara a los fines esenciales del Estado, se tornaría como plausible y constitucionalmente valioso el hecho de que se apelara a esta medida para proteger la vida, la integridad personal y la seguridad de los miles de personas que, por un obrar aislado, podrían resultar perjudicadas. Es más, si a la luz de la principalística constitucional se sigue disertando, se colegiría que el interés general prevalece sobre las medidas aflictivas que a título individual el derecho imponga al infractor.

En una lógica de esta naturaleza, iguales estrategias de intervención punitiva se podrían adoptar para el medio ambiente, el orden económico y social, la seguridad pública y la salud pública, entre otros, porque, dada su condición, albergan una serie de intereses que atañen a valores importantes de la sociedad en general, que al amparo de un orden constitucional, necesariamente deberían tutelarse por medio del derecho penal, cuando por una acción u omisión, los mismos se pueden ver expuestos a un peligro, independiente de que ese riesgo se encuentre lejos de representar un daño para el interés constitucional. Un panorama expansivo de esta naturaleza trastoca el ideario filosófico de la dogmática penal, y corre el riesgo de convertir al derecho penal en un mecanismo de primera ratio.

La exposición de la sociedad a mayores embates del derecho penal obedece a que, conforme al planteamiento de Uwe Murman, la teoría del bien jurídico y su función crítica entran en un choque dialéctico con el ideario filosófico del legislador democráticamente elegido que, antes de obedecer a criterios anacrónicos, debe estar atento a las exigencias sociales, quedando a la postre la teoría del bien jurídico como una etiqueta, debido a la vaguedad y abstracción de su contenido, lo que, como es apenas predecible, pondría de relieve su inutilidad para la delineación de la política criminal. Se reduce, en consecuencia, el bien jurídico a un simple eslogan cuya impronta y contenido los define el derecho constitucional, por lo que a la larga cualquier interés del Estado en la solución del conflicto adquiere ese matiz, sin que esa nueva ideología coincida, por sí, con el orden aspiracional que pretendió construir la teoría del bien jurídico (Ambos, 2016, pp. 100-101).

El carácter indeterminado y altamente inaprehensible de la teoría del bien jurídico fue visualizado por Richard Honig, que desde 1919, espiritualizó su contenido al pregonar que los intereses objeto de protección penal no tienen en realidad una corporeidad empírica tangible, pues obedecen a una valoración coyuntural que desde la política se presenta cuando el Estado desea criminalizar determinado comportamiento (Hormazabal, 1992, pp. 63-64).

En esta cosmovisión, al margen de que la construcción de normas punitivas se realice sobre la base de necesidades sociales, o simplemente el nuevo orden penal se construya a partir de criterios de orden constitucional, es, al final, el mismo Estado quien tiene la última palabra, y al mejor estilo bindigiano, dota de contenido el concepto de "bien jurídico" que pretende tutelar a través de una sanción penal.

Por virtud de esta realidad política, es conveniente mirar en perspectiva crítica y propositiva el panorama que el derecho penal contemporáneo ofrece de cara a algunos modelos delictuales en los que se apela a la anticipación de barreras de protección penal por medio de la tipificación de delitos de peligro abstracto. En este punto, vale la pena destacar que dentro de la diversa gama de bienes jurídicos supra individuales que protege el derecho penal, no todos revisten el mismo nivel de importancia frente al derecho constitucional y, dentro de estas circunstancias, lo que con mayor consideración debe contemplar el legislador es ponderar la justeza de apelar a este mecanismo de extrema ratio, más aún, si lo que genuinamente se desea es no expandir el campo de acción del derecho punitivo.

Claro está que la dogmática penal contemporánea, por lo menos en algún sector de la doctrina alemana, flexibiliza la estructura típica de los delitos de peligro abstracto, pues entiende Pérez-Sauquillo Muñoz, de acuerdo al planteamiento teórico de Kindhauser, que en realidad no se trata de criminalizar conductas en el ámbito previo, sino que, por el contrario, la estructura misma del tipo penal alberga la producción de un resultado. En esta nueva orientación, se habla de un resultado que, en síntesis, se constataría en una baja sensible del racional y objetivo uso de los bienes que tienen un valor importante en el tráfico social del individuo, para adquirir, en esta visión dogmática, una relevancia nuclear los intereses que deben ser objeto de protección penal, ya que, en todo caso, no sería cualquier bien, cuyo daño se criminalizaría a través de esta técnica de tipificación (Pérez-Sauquillo, 2015, p. 124).

No obstante la importancia del esfuerzo, el cambio de paradigma que la propuesta trae consigo ofrece, en realidad, evidentes dificultades, ya que, al pretender verificar el rendimiento empírico del resultado para los tipos penales de peligro abstracto, es sumamente complejo determinar cuál sería en realidad esa pérdida de confianza en el uso de bienes; de qué clase de intereses se predicaría ese nivel de deterioro o lesión y, en este mismo orden, respecto de qué tipo de individuos representantes de esa colectividad se podría predicar el menoscabo en la relación de disponibilidad de aquellos bienes o intereses.

Piénsese, verbigracia, en hipótesis de tenencia de drogas o armas de fuego de defensa personal. Frente a tipos penales ejecutados en estas circunstancias, ¿sí sería en realidad legítimo argüir que algún sector de la comunidad vio objetivamente minado el goce y disfrute de su salud como interés relevante?; ¿o por algún motivo, el hallazgo de un arma de fuego sin permiso de porte

y tenencia disminuyó en la población las expectativas acerca de la seguridad, y que por tal razón la sensación de tranquilidad varió de una manera perceptible a los ojos del juzgador?

Se estima que lo planteado por Kindhauser difícilmente se encuentra en condiciones de alcanzar un nivel de sistematicidad, y menos ofrecería un nivel de previsibilidad para la solución de casos concretos, porque si su modelo teórico se orienta a las consecuencias, el resultado objetivo que se propone desde su arista epistémica lo sería en apariencia y estaría, más bien, fundamentado en la postulación de un enunciado exento de verificación real. Así es, la comprobación de que una acción u omisión tuvo como consecuencia la producción de un resultado quedaría solo como un aserto teórico que dejaría a esta alternativa en una especie de laberinto sin la capacidad de impactar en el tráfico social.

Con la criminalización de la conducción de vehículos automotores bajo el influjo de bebidas embriagantes, surge, igualmente, palmaria la dificultad de corroborar la producción de un resultado objetivo, dado que en no pocas ocasiones, la inmovilización del velomotor y la judicialización del individuo pasarían desapercibidas en el entorno social. Así, entonces, al ser la seguridad en el tráfico vial lo mismo que la integridad personal o la vida de quienes en él se involucran, los intereses materia de protección penal, así como su capacidad de confianza y disfrute no se verían diezmados en realidad.

En punto de la ilegitimidad de los delitos de peligro abstracto, Corcoy Bidasolo es del criterio de que el derecho penal contemporáneo, con su marco de expansión en el ámbito medioambiental, el tráfico vial y la economía, parte de un supuesto errado, esto es, que por los nuevos riesgos que genera el desarrollo social, el derecho penal debe ampliar su portafolio punitivo. Se parte, así, de una especulativa presunción de antijuridicidad social. Y es, a su juicio, errónea esa orientación ideológica porque, aún en medio de todo, algunos comportamientos considerados como lesivos de intereses afianzados en el marco de tutela del derecho penal liberal, su daño para el bien jurídico no resulta del todo perceptible. Así, por ejemplo, menciona que una irrupción en la vida privada no siempre lleva a la pérdida de la intimidad, o que un hurto traduzca la anulación del patrimonio de una persona y que, en este mismo contexto, cualquier acto de corrupción implique el evidente deterioro de la función pública o que, en este mismo orden, un conato de fraude o una mentira pueril lesionen la Administración de Justicia (Corcoy Bidasolo, s. f., pp. 8-9).

Los delitos de peligro abstracto no albergan la producción de un resultado objetivo. Su tipificación, como lo reitera mayoritariamente la doctrina, obedece a una necesidad político-criminal de intervenir punitivamente el tráfico social en el ámbito previo. De ahí que si alguna proyección de sustrato material se pretende encontrar en esta técnica legislativa del derecho penal contemporáneo, la única explicación coherente admisible es que el alma y nervio de los modelos delictuales que protegen intereses difusos es el peligro que aquellas conductas reportan para una suma de intereses sociales, cuya cercanía con un potencial deterioro, en la gran mayoría de los casos, no resulta del todo nítida. Por estos factores concurrentes, es preciso indicar, igualmente, que se conocen como delitos sin daño, porque uno de sus presupuestos es la ausencia de antijuridicidad, habida consideración de que no hay lesión del bien jurídico o peligro efectivo de daño para el mismo.

En atentados contra el medio ambiente, la doctrina contemporánea identifica que la tipificación de esta clase de comportamientos obedece a que hay dos extremos que subyacen en la intervención punitiva. De un lado, una pluralidad de individuos que, como colectividad y depositarios de la filosofía contractualista, aspiran a que en el marco de una relación de alteridad, los otros individuos que integran el pacto social no ejecuten acciones que afecten la capacidad de disposición de un ambiente sano, y en el otro extremo, quienes con su proceder despliegan conductas que, de manera concurrente o coetánea, tienen la virtualidad de, a largo plazo, comprometer la estabilidad del medio ambiente.

En este escenario, tanto los potenciales afectados como los hipotéticos autores ostentan una calidad supraindividual; lo que sucede es que si cada comportamiento del destinatario de la ley penal se mira desde una perspectiva aislada, lejos se encontraría de comprometer el bien jurídico. Sin embargo, cuando la conducta se aprecia en clave de reiteración, aglutinación o acumulación, el daño para el medio ambiente sí puede ser evidente y con ello la atribución de responsabilidad penal, siempre y cuando se logre acreditar la previsibilidad de reiteración de la conducta por parte de otros sujetos. Al menos así se puede entender la postura de Truccone Borgogno, quien se muestra partidario de la tesis que defiende la aceptación político-criminal de los delitos de acumulación, cuando la repetición de ciertos comportamientos y su carácter predecible afectan la funcionabilidad del bien jurídico y su disposición por parte de la colectividad (Truccone Borgogno, 2013, pp. 77-82).

No deja de ser extraña esta postura, porque pareciera entenderse como elemento del tipo subjetivo que si un individuo ejecuta una acción u omisión potencialmente dañina para el medio ambiente la estructura del injusto se consolidará, si el autor del hecho se encuentra en condiciones de prever que dicho comportamiento podrá ser asumido por otras personas a gran escala. Es algo así como una cadena de riesgos promovida por individuos que, pese a no obrar intersubjetivamente, sí tienen la capacidad de prever que su desempeño social en un momento dado podrá ser asumido por más seres humanos que, sin estar de acuerdo, coinciden en que su conducta ofrece un marco de daño para el medio ambiente. Se trata de una alternativa en la que bien podría argüirse que lo perseguido es castigar para prevenir la potencial realización de un daño al bien jurídico cuando se ejecutan conductas que, bien sea por criterios de orden estadístico o por conocimiento histórico, de reiterarse o acumularse, de lo abstracto o hipotético, pasarían a generar un predecible deterioro para el interés materia de protección penal.

En otra arista, hay quienes consideran que el carácter plural de una sociedad y la elevación de riesgos que conlleva el paso a la Modernidad demandan del modelo de Estado contemporáneo ejes de intervención que con mayor idoneidad tengan la capacidad de minimizar el impacto de comportamientos desviados. Bajo esta orientación, la única disciplina que quizá tenga esa capacidad reguladora es, desde luego, el derecho, pero no en los términos residuales que inspiraron al derecho penal liberal, sino en una nueva dinámica político-criminal que amplíe sus alcances, ya que los problemas que afectan la estabilidad y seguridad de la sociedad del siglo XXI no pueden ser tratados con la fórmula que inspiró el derecho punitivo del siglo XX (Kindhauser, 2009, pp. 3-4). Lo preocupante de este planteamiento sería que, posiblemente, la ecuación se podría invertir, corriéndose el riesgo de mutar a un escenario en que el derecho penal, de ser fragmentario o de ultima ratio, podría convertirse en la primera alternativa de solución de los conflictos sociales, lo que, en términos del ordenamiento jurídico, se vería reflejado en una intromisión o invasión del derecho penal en otros escenarios de regulación. Se abriría, en estas condiciones, el camino a criterios de política criminal que propenderían por la expansión de nuevas conductas criminógenas que consustancialmente se incrementarían en la medida en que los riesgos sociales continúen esa imparable senda de dinamización.

Podría ser más conveniente que la gerencia de esos riesgos fuese asumida por la totalidad del ordenamiento jurídico. Es preferible, por tanto, que si la naturaleza del derecho es intervenir en la solución de los conflictos so-

ciales, las estrategias que adopte el Estado dentro de sus políticas públicas deberían estar encaminadas, por ejemplo, a asignar roles al derecho civil en aquellos eventos en los que la responsabilidad, en el ámbito contractual o extracontractual, demande consecuencias más duras frente a aquellos comportamientos que defraudan las expectativas que el mismo derecho fomenta en la cotidianidad de las relaciones sociales. Así, un papel importante jugaría el derecho administrativo, que incluso con un mayor nivel de eficacia tendría la actitud de intervenir el orden social y con ello minimizar el impacto de los riesgos que, hipotéticamente, tendrían la posibilidad de afectar bienes jurídicos que, tradicionalmente, han pretendido ser amparados por el derecho penal. Para una mayor comprensión de la idea: es más coherente que un Estado de derecho, inspirado en la dignidad del ser humano y la protección de sus intereses vitales, realice, con regularidad, diagnósticos de aquellos riesgos que se presentan en la comunidad, y que los mismos sean conjurados con medidas administrativas. Aquí sí valdría la anticipación de barreras de protección, para sancionar a través de un marco jurídico no tan odioso como el derecho penal.

En otro sentido, Gómez Tomillo, apelando al principio de precaución, sobre la base de dos ejes esenciales, cataloga como una opción político-criminal válida la criminalización de conductas de manera anticipada; lo postula cuando su uso moderado se circunscribe para proteger a la especie humana de daños que conspiren contra su existencia, así como frente a conductas, que aún sin afectar al hombre en estricto sentido, tengan la actitud de impactar negativamente el medio ambiente en fauna y flora. Desde el punto de vista epistemológico se fundamenta en el hecho de que si bienes de estirpe individual como el patrimonio económico o la vida de una persona son protegidos por el derecho penal es, por demás lógico, que la vida a gran escala y otros intereses de naturaleza colectiva deban captar la atención del derecho penal, sin dejar de lado que el principio de precaución necesariamente debe visualizarse como una alternativa político-criminal restringida con un criterio de excepción, cual es que su radio de acción opere frente a conductas particularmente graves (Gómez Tomillo, 2014, p'p. 84-88).

La complejidad y el riesgo que se evidencia en la propuesta del maestro español radica en que, las técnicas legislativas del moderno derecho penal tienen su génesis en un derecho penal de corte preventivo, prevalentemente inspirado en la evolución de la sociedad y ontológicamente elaborado para intervenir el ejercicio de roles que los individuos asumen como seres individuales y como seres sociales. No es, en realidad, fácil pensar que las técnicas de

tipificación de conductas delictivas inspiradas en el principio de precaución sean de tipo reduccionista y excepcional, cuando es evidente que el desarrollo social trae consigo la generación de nuevos intereses objeto de protección penal lo que traduce una marcha triunfal de la expansión del derecho penal. Lo complejo de esta clase de modalidades típicas, inspiradas en un juicio de peligro hipotético e incierto, es que llevan a paradojas en las que, aún en medio de la incertidumbre, se castigue la conducta humana, porque lo fundamental es que haya peligro, al margen de que el mismo no tenga potencialidad ofensiva para los bienes jurídicos. Es en medio de este panorama, quebrantador para el derecho penal de las garantías, que más allá de que el peligro sea abstracto, hipotético o acumulativo, se criminalizan conductas en las que, a juicio de Ferrajoli, la afectación del interés materia de protección penal es improbable.

Otra manifestación de delitos de peligro abstracto, cuyo análisis dogmático y repercusiones de cara al bien jurídico ofrecen importantes discusiones, son los conocidos como delitos de mera tenencia, por tratarse de modelos delictuales que si bien es cierto en su estructura típica albergan un contenido gramatical que describe una acción, tal circunstancia no necesariamente se concibe como conducta para algún sector de la doctrina. La principal objeción frente al verbo tener es que, de cara a sus diferentes acepciones y matices, no describe una acción u omisión en estricto sentido sino que, por el contrario, sirve con algunas limitaciones para referenciar vínculos con cosas, como tener un computador, por ejemplo. En este mismo sentido, la expresión tener se puede igualmente asociar a las cualidades de un individuo, como ocurre con su capacidad para tocar un instrumento musical, o simplemente sirve de referente para objetivar relaciones entre personas, como cuando se tienen hermanos, hijos, amigos, etc.

Las circunstancias destacadas en precedencia son las que con válidas razones han llevado a Struensee a catalogar los delitos de tenencia como "un traspíe legislativo" (Struensee, 1998, pp. 107-110), que se agudiza aún más si la estructura dogmática de los tipos penales que albergan esta técnica de tipificación se analiza en clave o perspectiva del bien jurídico que se pretende tutelar. Así ocurrió cuando para el año 1988 en Colombia, con la necesidad político-criminal de combatir el terrorismo, se criminalizó la tenencia de medios electrónicos con la capacidad de recibir o emitir señales. Se tiene entonces así que dado el caso de acreditarse o demostrarse la tenencia del dispositivo, la tipificación del injusto se estructuraría a partir de la sola tenencia o posesión, al margen de que, desde el punto de vista

ontológico, esa relación entre el individuo y el objeto, que fue hallado en su poder, esté lejos de tener alguna posibilidad de ofrecer peligro para el bien jurídico de la seguridad pública.

El problema del tipo penal y el gazapo que en él se alberga llevan al siguiente absurdo: la idoneidad del verbo rector tener, desde el mismo juicio de tipicidad, anuncia la incapacidad que el supuesto de hecho ostenta para poner en peligro el interés materia de protección penal, es decir, se trata de un comportamiento que, desde su estructuración misma, no tiene la capacidad e idoneidad de generar consecuencias jurídico-penales.

Sin embargo, para Roxin, la propuesta teórica que formula Struensee y que, epistemológicamente, es respaldada por Lagodny, se construye a partir de un supuesto teórico que se fundamenta en el despliegue de un comportamiento objetivable y con la capacidad o potencialidad de dimensionarse como acción. En la perspectiva del profesor alemán, desde 1994 el Tribunal Constitucional de su país se ha ocupado del problema, indicando que no es concebible que el concepto de acción jurídico penal, ontológicamente, deba corresponder al despliegue de actos positivos de movilidad predicables del sujeto activo del tipo penal. Esta clase de acciones con la capacidad de surtir efectos en el entorno exterior son, en síntesis, una parcela o postura teórica, cimentada dogmáticamente en factores de causalidad corporal, pero en realidad, asegura el Tribunal alemán, el concepto jurídico penal de acción es mucho más amplio, y así lo ha puesto de presente el derecho penal en sus discusiones teóricas que desde hace algún tiempo se vienen presentando.

Roxin, para la justificación político-criminal de los delitos de tenencia, explica que el fenómeno delictivo no solo es sustentable a partir de criterios empírico-causales, sino que es menester proyectarse dentro del marco de espiritualización que rodea a la vocación de tenencia. Por lo tanto, si hay tenencia, en todo momento el sujeto activo de la acción punible se apropia/detenta del dominio funcional de la posesión del elemento jurídico penalmente relevante, bien sea por acción o por omisión. Así, entonces, ejemplifica que la tenencia de drogas, explosivos o pornografía infantil se encuentra al alcance del sujeto activo, lo que, de suyo, ubica al mismo en un ámbito situacional que le permite ejercer actos de dominio, control y custodia sobre elementos que, definitivamente, tienen la actitud para poner en peligro bienes jurídicos susceptibles de protección penal. En este sentido, si la personalidad del individuo se inclinara a la desposesión o renuncia a la tenencia, simplemente lo haría

porque, dentro de su fuero íntimo, no es deseable conservar objetos con la actitud para lesionar bienes jurídicos (Roxin, 2013, pp. 153-161).

Por tanto, Roxín ancla el sustrato epistemológico de los delitos de mera tenencia sobre la base de criterios de omisión, porque la no interrupción de la posesión de los explosivos o la sustancia estupefaciente, por ejemplo, se atribuiría objetivamente, a partir de un no hacer que, en orientación político-criminal, es susceptible de vinculación con el pronóstico de peligro para el interés penalmente tutelado. Es algo así como predicar que no deshacerse de los explosivos, las armas de fuego o las sustancias drogodependientes tendría que llevar al juzgador a pensar que su tenencia tiene una marcada tendencia criminógena.

Esta interpretación, en definitiva, contraviene el derecho penal de acto y, en no pocas ocasiones, tendría la capacidad de criminalizar comportamientos en los que ni siquiera hay pensamiento punible. Y al margen de que Roxin delimite inicialmente su propuesta a la tenencia de armas de fuego, pornografía infantil, drogas y medios de dopaje, es posible que, no obstante mediar el dolo de tenencia de estos elementos, la voluntad del autor no se encuentre orientada a involucrar en el tráfico social los elementos materiales que estructuran las diferentes conductas delictivas sino que, por el contrario, la tenencia sea, en sí misma, un acto precursor de la desposesión, incluso de cara a evitar que esa tenencia pueda recaer en manos de quien espiritualmente sí se encuentre motivado a obrar con culpabilidad.

No es tarea fácil en realidad, aún por vía de excepción, justificar una respuesta punitiva para los delitos de tenencia, porque el mayor punto de quiebre frente a estos escenarios es que se castigarían conductas, que además de no producir un daño al bien jurídico, también estarían ajenas a cualquier manifestación de culpabilidad, habida consideración de que el llevar consigo un arma de fuego o sustancia estupefaciente, incluso con dolo de tenencia, no equivale a pensar o suponer que la vocación de esa tenencia se encuentre antecedida de un ánimo criminal. De hecho, el ser consciente de conservar el elemento que soporta la tipificación del modelo delictual puede llevar incluso a situaciones jurídicas en las que la conciencia del destinatario de la ley penal no es precisamente de antijuridicidad, sino, por el contrario, de obrar en consonancia con los cánones que el ordenamiento legal impone. En síntesis, en oposición a lo expuesto por Roxín, no necesariamente toda tenencia es sinónimo de peligro hipotético o abstracto de daño para los bienes jurídicos, en especial, aquellos de naturaleza colectiva.

Si en Alemania y España la anticipación de barreras de protección penal a través de los delitos de peligro abstracto es una realidad político-criminal, por lo menos en Colombia, en especial a partir de un reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se excluye la mera tenencia de sustancia drogodependiente como supuesto de hecho válido para criminalizar y sancionar comportamientos en los que no se visibiliza el dolo de tráfico. Según estimó el Alto Tribunal, la presunción de peligro para el bien jurídico de la salubridad pública se venía manejando independiente de la cantidad encontrada en poder de la persona. Si esta superaba la dosis para uso personal, en los casos de adicción del sujeto activo sorprendido con la tenencia, la presunción era *iuris tantum*, es decir, se permitía demostrar que era para autoconsumo y no para tráfico.

De otro lado, en las hipótesis en que la cantidad incautada superaba con creces el umbral mínimo de sustancia y lo que razonablemente podía consumir el adicto, operaba la presunción *iure et de iure*, es decir, la conducta era valorada como antijurídica. Con el tiempo, se consideró por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia que la cantidad de droga en posesión del autor del hecho era un elemento a valorarse en sede antijuridicidad, pero no el único. Por tal razón, independiente de la cantidad del elemento prohibido hallado en poder del vinculado al proceso penal, lo determinante era establecer si el mismo podría estar hipotéticamente destinado para afectar bienes jurídicos cuya titularidad podría recaer en terceros distintos del tenedor. Simplificando la idea: la presunción de antijuridicidad en este modelo delictual admite prueba en contrario.

Con esta premisa, la Corte absolvió a un portador de psicotrópico que superaba en cinco veces la dosis para uso personal. La razón: erró a su juicio la segunda instancia cuando presumió que el porte de la cocaína era con fines de tráfico y expendio, cuando en verdad, la realidad probatoria demostraba que el poseedor de la sustancia era un adicto, desechando, desde el punto de vista probatorio, información anónima que lo vinculaba con el expendio (Sentencia de Casación, 2017, pp. 27-31).

Al margen de la discusión que amerite el proceso de valoración probatoria que realizó el Tribunal de Cierre en Colombia, en especial, de la prueba indiciaria, desde el punto de vista político-criminal con esta decisión se envía un mensaje importante a la Fiscalía General de la Nación, esto es, que la persecución de atentados contra la salubridad pública tiene que hacerse de cara a la protección de la colectividad en su salud, y no para criminalizar

a quien paulatina y crónicamente se inflige daño con el consumo de la nociva sustancia.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia en Argentina no dudan en afirmar que es absolutamente erróneo suponer que el consumo personal de estupefaciente o droga dañina para la salud es un comportamiento que, desde el punto de vista naturalístico, tenga la capacidad de comprometer la salud a gran escala. En principio, se trata de un proceder en el que su alcance solo compromete la vida privada y la salud de quien la porta y consume, obediendo el despliegue de este comportamiento más bien a un déficit de la estructura social. Así entonces, se torna bastante extraño y contradictorio que termine el derecho penal sancionando una conducta en la que de alguna forma el mismo Estado puede ser causalmente responsable (Toro, s. f.).

Si nos ubicamos dentro de un contexto paternalista, emerge incuestionable que al haber fallado el Estado en sus políticas públicas en materia de salud, el aumento y la progresión de cifras que revelan una tendencia al alza en consumos de cocaína, marihuana y drogas sintéticas denota que el deterioro de la salud pública es un asunto en el que debe intervenir el mismo Estado, con actos positivos de rehabilitación, concertados con el drogodependiente. No es, en consecuencia, la judicialización y sanción del enfermo o adicto el camino a seguir. Sobra el ejercicio de mayores reflexiones mentales para inferir que, a mayor consumo de sustancia por parte del individuo, mayor es el deterioro de su salud y más grave es su condición de víctima. Se observa, entonces, que, frente a estas condiciones, la respuesta de castigo no es una opción válida. Por ende, el menoscabo de la salud de una sociedad derivado del consumo de sustancias tóxico-dependientes demanda de políticas integrales en las que la flagelación punitiva del enfermo no podría ser siquiera ser el último de los ejes de intervención del Estado.

## **1.6 Inconsistencias dogmáticas de los delitos de peligro abstracto. Negación de un derecho penal liberal**

Describir las bases del derecho penal liberal no es tarea fácil en realidad. Tocar el tema en profundidad se escapa desde luego al objetivo central buscado en este trabajo. Sin embargo, esta circunstancia no exonera del deber de fijar las bases filosóficas y epistemológicas que dieron curso al surgimiento de la teoría del delito, particularmente a su concepción clásica, conocida como causalista. Como pionero y precursor de este paradigma se cita al maestro italiano Francesco Carrara, que en 1859, inspirado en las enseñanzas

de su profesor Carmignani, determinó que el delito se encontraba constituido por dos fuerzas configuradoras que llevaban al hombre a acercarse a la comisión de lo que hoy se conoce como conducta delictiva.

Esas dos fuerzas: la moral y la física son, en el pensamiento de Carrara, la esencia ideológica que conecta la interioridad del individuo con el mundo jurídico. Su conjunción y concurrencia se erigen en presupuesto de procedibilidad para que un comportamiento humano alcance el rótulo de delito, que en teleología se ve reflejado por la percepción de un resultado externo, lógicamente conectado por una causa de naturaleza subjetiva que, a su turno, obedece a un propósito consciente y deliberado del individuo por obrar.

En estos términos, de la fuerza interna, surge el ánimo criminoso que impele al sujeto a desplegar una fuerza externa, lo que traduce como resultado el hecho valorado como delito, y fundamentado por la circunstancia de que el daño que se causa a un tercero con la acción es derivado de la fuerza física, objetivamente perceptible a los ojos de los demás (Carrara, 1944, pp. 61-88).

Se construye, en consecuencia, el tipo penal, a partir de un modelo de acción y como exigencia necesaria en su configuración típica un resultado que afectaba el bien jurídico de un tercero. El apoderarse de cosa mueble ajena o el afectar la integridad personal de un individuo partían del despliegue de una acción empíricamente constatable y, en ese mismo orden, aprehensible a los sentidos de los demás, porque tanto el hecho de tomar para sí la cosa mueble ajena, como el supuesto de daño a la integridad física implicaban la ejecución de movimientos corporales dinamizados en el ámbito previo por una fuerza interna.

En materia de daño al bien jurídico, el maestro de Piza, catalogaba a la afectación del bien jurídico dentro de dos clases: efectiva y potencial. La primera, cuando en efecto el deterioro o lesión del interés materia de protección era total, y la segunda modalidad que se suscitaba cuando en la concreción del hecho externo quedaba en evidencia la potencialidad de acarrear un resultado efectivo al daño del bien. De cualquier manera, las dos hipótesis significaban en el ámbito jurídico la afectación de un derecho.

Se tiene, entonces, que el daño potencial, sin llegar al punto de afectar totalmente el derecho, tenía la virtualidad de ubicarlo en una situación de peligro tan relevante que servía incluso de fundamento para la punición de la tentativa. Y es por demás lógico que se llegue a esta conclusión, ya que, en

la tentativa, las dos fuerzas del delito concurren y hay un efectivo peligro para el bien que se protege. Lo que no es jurídico penal trascendente en esta línea de pensamiento es el peligro temido, es decir, aquella sensación de temor que inspira el individuo pendenciero o con personalidad agresiva, ya que mientras esa forma de ser objetivamente no se vea reflejada en actos positivos orientados a causar un daño es imposible su punición.

Por último, sería un error pensar que el esquema clásico básicamente se ocupaba de la punición de los delitos que afectaban derechos individuales, ya que lo propio hacía frente a aquellas conductas que podían dañar intereses colectivos. La diferencia entre los primeros y estos últimos radicaba en que todos aquellos intereses que hacían parte de la esfera secular de la persona eran concebidos como parte de su patrimonio individual, como sucedía, por ejemplo, con la vida, el patrimonio económico y la integridad personal. En una estructura distinta quedaba el patrimonio político del individuo, consolidado a partir de la seguridad y sentimiento de seguridad que como ser social necesitaba para vivir en un entorno determinado. Bajo esta óptica, el daño al individuo como integrante de la sociedad civil no solo lo lesionaba a él sino, igualmente, la percepción de seguridad de todos los ligados a su contexto de convivencia (Carrara, 1944, pp. 89-96).

Sin desnaturalizar el esquema carrariano, a comienzos del siglo XX, Franz Von Liszt retomaría su pensamiento para la configuración del tipo doloso de acción en lo tocante a los elementos configuradores de la descripción típica. Para tal efecto, aunque se incorpora el componente de voluntariedad en la acción, se sigue de su propuesta que no son en estrictez la acción y el resultado con significación para el derecho penal los elementos que se enarbolan como presupuestos trascendentales del comportamiento disvalioso. La acción y el movimiento corporal como presupuestos de la generación de un daño para el bien jurídico ciertamente son elementos delimitadores del juicio de tipicidad, pero no son determinantes. Según la dialéctica del profesor alemán de origen austriaco, más allá de la acción y el resultado, lo fundamental es el nexo causal que debe mediar entre aquellos, llevándolo a un punto en que la existencia del daño al bien jurídico se explica a partir de la acción corporal generadora de dicha consecuencia (Von Liszt, 1927, pp. 297-307).

Aunque luego del esquema clásico surgieron otras líneas de pensamiento del delito, como las escuelas neoclásica y finalista, ninguna de aquellas desdibujó las bases causales sobre las que se edificaba el delito. Los

neoclásicos consideraron que si bien es cierto los elementos configuradores de la conducta delictiva, en especial, la tipicidad y la antijuridicidad se caracterizaban porque eran preponderantemente objetivos, definitivamente había escenarios de valoración en los que la voluntad psíquica del autor era un componente vacilar, tal como ocurría en los delitos de intención, tendencia o expresión, en los que la nota característica era la finalidad o propósito perseguido por el autor.

En estos términos, la falsificación de moneda tiene como propósito necesario su puesta en circulación, esa es la característica de los tipos penales de intención; en los delitos de tendencia, el comportamiento a los ojos de terceros es susceptible de idéntica calificación; pero desde el punto de vista subjetivo, como sucede en delitos sexuales, hay una gran diferencia entre quien manipula un genital femenino con fines de diagnóstico médico, a aquel que realiza la misma conducta con la finalidad de satisfacer necesidades erótico-sexuales. Así, bajo estas circunstancias se advierte que la conducta, objetivamente considerada, no es el único camino válido para realizar juicios de tipicidad con relevancia jurídico-penal (Mezger, 1955, pp. 135-137).

A su turno el finalismo, representado por su máximo exponente Hans Welzel, sin desconocer el enfoque causal de la acción, dentro de su perspectiva teórica, le otorga una mayor prevalencia al carácter teleológico o finalístico de la acción, porque en un plano epistemológico es precisamente la previsibilidad del conocimiento del autor lo que le da norte y sentido a su saber causal. Es así como gráficamente expresa que la finalidad es 'vidente' y la causalidad 'ciega'. Sobre esta plataforma conceptual, toda la estructura finalista del delito la rediseña a partir de un enfoque causal, pero siempre y cuando la afectación del bien jurídico previamente haya sido considerada en el marco de una acción final con la capacidad de visibilizar el resultado que ontológicamente le sucede (Welzel, 1980, pp. 53-57).

Lo expuesto significa que, aún en medio del proceso evolutivo de la teoría del delito, el nexo causal entre la acción y el resultado se concibe, finalmente, como un elemento transversal en las diferentes líneas de pensamiento. No en vano el derecho penal contemporáneo, a través de sus nuevos desarrollos, conserva en diferentes tipologías la necesidad de un resultado objetivo, como parte del juicio de tipicidad, y parte del consustancial análisis es desde luego el nexo causal que debe unir a la acción u omisión con el resultado que a la larga se produce.

Se observa, por tanto, que el derecho penal clásico, es decir, aquel que tiene como elemento fundacional el pacto social, y que encuentra en la teoría del bien jurídico un elemento configurador de carácter negativo, se construye sobre la base de que es legítima la intervención del derecho penal cuando el mismo, desde la óptica político-criminal, se construye para la defensa de las garantías y derechos de los ciudadanos. Aún con ese ideal, algún sector de la doctrina alemana considera que el desarrollo actual del derecho penal quiebra abruptamente el carácter visionario que en su momento tuvo Von Liszt, cuando lo determinó como la "barrera infranqueable de la política criminal", para contrariamente erigirse en un criterio positivo de la configuración del derecho punitivo (Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, 1999, pp. 39-47).

Se asumen, así, posturas expansivas del derecho penal, exentas de la función crítica, limitadora o de garantía que originariamente se le asignó a la teoría del bien jurídico, función que, desde una perspectiva teórica, tenía como norte la contención de aquellos embates político-criminales que alienan la construcción de nuevos tipos penales que llevan consigo una impronta característica, la cual es promocionar el castigo de comportamientos que no albergan daño de ninguna índole para el bien jurídico, y en los que no es presupuesto de procedibilidad para su tipificación la concreción de un resultado antijurídico. Esta es la esencia propia de modelos delictuales que tienen como referente de protección intereses jurídicos de naturaleza colectiva.

Con evidente acierto la doctrina chilena sugiere que fórmulas de tipicidad en las que se protegen intereses jurídicos supraindividuales deban ser objeto de fuertes controles en el ámbito previo a la expedición de la norma. Para delimitar el alcance de protección de esta clase de intervenciones punitivas, apela a dos tipologías de bienes jurídicos: una primera que se refiere a las bases filosóficas que sirven de soporte para la continuidad de la sociedad como sistema, es decir, modelos delictuales cuyo ámbito de protección se dirige a tutelar derechos esenciales de los individuos, y en otra dimensión, escenarios político-criminales que propenden por fortalecer el funcionamiento del sistema, categoría que, a su turno, es subdividida en bienes jurídicos de carácter institucional, colectivos y de control, siendo esta clase de modelos delictuales, prevalentemente los colectivos y de control, cuya puesta en marcha debe morigerarse en su justa medida. Ello se explica porque un uso irracional de los mismos podría conspirar en contra de la vigencia del sistema democrático y facilitar los designios de regímenes autoritarios, en los que se daría un escenario involutivo, en el que los individuos y la sociedad se ins-

trumentalizarían para la sostenibilidad del sistema, como sucedió en la Alemania nazi con los delitos económicos, o con las medidas de control policial, que en Chile se asumieron en orden a favorecer políticas neoliberales de mercado (Bustos Ramírez, 2008, pp. 136-144).

Lo complejo del asunto es que en la lucha contra la criminalidad económica, que por excelencia ataca la dirección y control de la economía en cabeza del Estado, la técnica de tipificación a la que evidentemente recurre el legislador no es otra que los delitos de peligro abstracto, dado el carácter colectivo del bien jurídico contra el que se conspira. En un contexto de esta naturaleza, se debe ponderar para favorecer las políticas de mercado y, además, de cara al nuevo orden constitucional, sopesar que esa orientación ideológica esté al servicio del hombre y de la sociedad. En ello radica la esencia de un Estado democrático que, atendiendo a su configuración política, debe diseñar la política criminal sobre estándares de mínima intervención.

No se desconoce que el mismo Carrara, en términos de la teoría del bien jurídico, clasificaba las conductas delictivas en dos vertientes: en un primer orden, aquellas que se orientaban a tutelar el patrimonio natural del hombre, es decir, aquellos intereses que como ser individual hacían parte de su esencia, tales como la vida, la libertad, el honor, la salud, los bienes y los derechos de familia. En un segundo lugar, aquellas teleológicamente diseñadas para defender al individuo como ser social y, dentro de esta dimensión, destinadas a proteger su seguridad y el sentimiento que se experimentaba en relación con la misma, aspecto que el maestro italiano catalogaba como el respeto por la organización política de la que hacía parte el individuo. A este tipo de patrimonio social, se le denominaba patrimonio político (Carrara, 1944, pp. 95-98) que, en estricta lógica, ostentaba un matiz eminentemente colectivo, pero en todo caso, su ámbito de protección tenía como presupuesto indispensable la efectiva puesta en peligro del mismo.

En consonancia con esta segunda noción de bien jurídico, tanto la circulación de moneda falsa, como los daños a la Administración de Justicia, en la concepción clásica, no afectaban a una sola persona, sino que afectaban a toda la colectividad, daño que, al ostentar un carácter universal, era punible por el peligro que representaba para el interés materia de protección. Como es apenas comprensible, el pensamiento de Carrara hay que visibilizarlo en el contexto de la época y bajo una óptica en que la proyección de peligro se construía sobre bases de un verdadero daño potencial, y no como

una simple proyección de peligro meramente legislativa, que es la tendencia contemporánea predominante.

Con el cambio de paradigma que representan los delitos de peligro abstracto, surgen fundadas preocupaciones en punto de la quiebra o fracturas de varios elementos axiales del derecho penal clásico, inspirado primordialmente en la verificación de nexos causales que, desde el punto de vista objetivo, permitían visibilizar la afectación material de bienes jurídicos o, por lo menos, su real peligro de daño. Bajo esta perspectiva, el juicio de tipicidad no albergaría en realidad ningún resultado objetivo, sino la elemental descripción de un comportamiento que, desde la óptica político-criminal del legislador de turno, prescinde de resultados, porque lo primordial es que el comportamiento criminalizante tiene, como soporte ideológico, un derecho penal esencialmente preventivo que flexibiliza, notoriamente, los juicios de tipicidad y antijuridicidad.

Podría decirse que se trata de un nuevo orden punitivo, de un derecho penal orientado a la sanción, porque para la doctrina que críticamente visualiza el diseño de política criminal fundamentado en la sociedad del riesgo, no es necesario que, en la valoración del hecho, el juzgador de turno realice sobredimensionados esfuerzos para acreditar la tipicidad de la conducta. De hecho, se resalta que, como se trata de conductas que no tienen resultado y, por lo tanto, prescinden de nexo causal, las modalidades de comisión imperfecta o tentada del delito simplemente desaparecen, como ocurre también con las formas de intervención en la conducta delictiva. Se transformaría así el derecho penal en un instrumento de política social del Estado, convirtiéndose en un mecanismo primario de protección de bienes jurídicos (Cerezo Mir, 2002).

En este contexto, el riesgo, la violencia y la inseguridad se acrecientan, con lo que, de suyo, la percepción social acerca de los fenómenos que la desestabilizan es utilizada, estratégicamente, para hacer política. En estos términos, el miedo y el sentimiento de inseguridad a gran escala sirven para darle el ropaje de bien jurídico a la seguridad ciudadana y para expandir el radio de acción del derecho penal y, paralelamente con ello, su fuerza represora, con graves y sensibles dificultades frente a las garantías y derechos que históricamente ha reconocido el derecho penal liberal, porque esa percepción social de la violencia termina por hacer prevalecer los derechos del ciudadano, sobre los derechos del delincuente (Hassemer, 1997, pp. 45-49).

Como soporte a la perspectiva antecedente, ha expuesto la doctrina española que la dogmática penal, en su concepción tradicional, pierde capacidad de sistematización cuando se enfrenta a modernas formas de criminalidad, más aún, si los temas que captan su atención tienen que ver con delincuencia organizada en el ámbito de delitos económicos o terrorismo. En este giro dialéctico, las reglas de imputación no necesariamente se deben seguir a través de los estándares tradicionales sino que, por el contrario, es determinante que frente a esas poderosas muestras de comportamientos criminales que desafían el orden legalmente establecido, el derecho penal renuncie a "la teoría del delito como teoría general y uniforme del ilícito penal" (Silva Sánchez, 2001, p. 91).

Frente a nuevas formas de criminalidad, es decir, en contextos donde la criminalidad llega a un nivel de sofisticación importante y exhibe una congruente capacidad de generar peligro de daño para los bienes jurídicos que interesan al derecho penal, no es en realidad conveniente que el Estado, en su respuesta, se congele en el tiempo, intentando, en no pocas veces, reaccionar inútilmente con instrumentos político-criminales que, si bien es cierto, en un pasado reciente tuvieron una importante capacidad de respuesta, en la actualidad presentan algunas dificultades para diezmar a las organizaciones criminales del siglo XXI. No es, por tanto coherente, a la luz de la política criminal, que la criminalidad del nuevo siglo intente anularse o morigerarse con una construcción científica del derecho penal que tuvo su auge en el siglo XX.

Tampoco es sensato que, por el déficit de rendimiento de la dogmática penal, de un solo tajo y sin mayores elementos de análisis, se quiebre toda una tradición científica que históricamente ha propendido por dotar de sistematicidad y seguridad al ordenamiento jurídico en el ámbito penal. Sería un craso error transformar, indiscriminadamente, el derecho penal de las garantías y abrir el paso, sin ninguna clase de control, al derecho penal de la represión.

Lo dramático del problema es que, conforme a evidencias empíricas constatables en Colombia y en todo el mundo, la tendencia al alza del derecho punitivo ha dado lugar a su desbordado ensanchamiento que genera una odiosa transformación, ya que de ser un instrumento de control social, inspirado en garantías ciudadanas, pasó a ser un mecanismo de represión de libertades, en donde la lucha contra el mal ha flexibilizado los derechos y garantías de quienes, se dice, atentan contra el ordenamiento jurídico.

Se erige, así, la mano dura frente a algunos sectores, como el mecanismo de salvación que, a su turno, envía un mensaje simbólico a quienes son víctimas de delitos, cual es: que los derechos de los criminales deben reducirse, porque la preponderancia debe estar ahora del lado de los ciudadanos de bien que obran en consonancia con los ideales del contractualismo sociológico de Rosseau (Traversa, 2014).

Con un panorama expansionista de esta naturaleza, es decir, con el crecimiento desenfrenado del derecho penal y la imposición de penas que, progresivamente, aumentan en su severidad, del otro extremo de la relación jurídica que traba el Estado con sus destinatarios, se produce una significativa merma que tiene profundas repercusiones en la parte sustancial del derecho penal y en el marco del proceso penal. Aquellas particularidades que conciernen al procedimiento serán objeto de un minucioso análisis más adelante. Por ahora, lo que se puede expresar es que la parte adjetiva del derecho penal, al ser un sistema de garantías que sirve para hacer efectivos los derechos previstos en la norma sustancial, encuentra que su poder de amparo depende del contenido intrínseco de esta.

De lo expresado se sigue que, si la norma punitiva cuyo acogimiento reclama el Estado, esencialmente se caracteriza por ser demasiado flexible con la acusación, es decir, reduce a mínimas expresiones la carga probatoria del juicio de tipicidad, las posibilidades de un idóneo derecho a la defensa se ven afectadas, porque en un escenario de estas condiciones, se corre el riesgo de que el juicio oral, simple y llanamente, se convierta en un espacio de refrendación de los hechos jurídicos relevantes plasmados en la acusación. A ello debe sumarse que se prescinde del juicio de antijuridicidad que, al no requerirse, se encuentra exento de prueba, porque la anticipación de barreras de protección para el bien jurídico se ha realizado previamente por el legislador desde el momento en que la disposición legal de carácter punitivo ha sido expedida.

En este orden lógico, el juez que decide sobre la culpabilidad o inocencia del acusado pierde, en amplia medida, su capacidad de análisis crítico, pues dada la manera en que ha sido construida la norma sancionatoria, su labor queda reducida a un mero proceso de adecuación típica que deja su determinación huérfana de importantes raciocinios. Se observa que en tipos penales donde se protegen bienes jurídicos en abstracto, la tradición garantista del derecho penal liberal se modera o disminuye de manera sustancial.

Como hasta el momento las fórmulas de tipicidad orientadas a describir conductas que sancionan el peligro de daño remoto para bienes jurídicos en abstracto han sido objeto de análisis y cuestionamientos, necesario resulta, a esta altura del trabajo, presentar escenarios y propuestas en los que la criticada tipología podría denotar compatibilidad con un sistema penal de garantías.

### **1.7 Delitos de peligro abstracto. Una propuesta de su compatibilidad con un sistema penal de garantías**

Como una de las fuertes críticas que válidamente se formulan a los delitos de peligro abstracto radica en que su configuración ha sido diseñada sobre la base de estándares eficientistas, reflejados en el éxito de la acusación, una alternativa importante a contemplarse, al momento de expedirse tipos penales de estas características, es la de integrar a la pena, como consecuencia jurídica del delito, un marco de proporción punitiva en el que, no obstante declararse penalmente responsable al acusado, el monto del castigo, es decir, el suplicio que recaerá sobre el reo sea de menores proporciones al que se impondría a quien lesiona bienes jurídicos o, simplemente, los pone en un peligro concreto. Lo buscado con esta alternativa es que, a partir del principio de legalidad de la pena, la proporcionalidad del castigo sea congruente con la medida del daño probabilístico que se ha provocado al interés objeto de protección penal.

En esta materia, dentro del marco jurídico penal colombiano, se han hecho importantes avances con la constitucionalización de la teoría del bien jurídico y la explícita incorporación del principio de lesividad en el artículo 250 de la Carta Superior. Esta modificación que se vio reflejada en el Acto Legislativo 006 de 2011 tendrá importantes repercusiones en el manejo de la política criminal del Estado, la administración de recursos humanos para la judicialización de casos penales y la construcción de normas punitivas. Las consecuencias serían de carácter dogmático y demandarían, por lo menos en el ámbito del positivismo jurídico, un análisis riguroso de los bienes jurídicos susceptibles de protección a través del derecho penal; dentro de dicho estudio, se tendría que analizar el impacto del modelo delictual en el sistema de valores e intereses que la Constitución desea proteger por medio del derecho penal.

En un modelo de Estado que se precie de ser respetuoso de las garantías y derechos del ciudadano, la dureza del ordenamiento jurídico se puede visibilizar para restringir garantías de los miembros adheridos al contrato social

y para, establecer límites objetivos al poder del derecho punitivo. No establecer esos linderos sería incursionar en un lamentable proceso involutivo de características semejantes a escenarios de justicia medieval.

Quiere ello significar que, si el principio de lesividad fue incorporado en el orden constitucional, es para que el derecho penal, en su principalística, tenga como derrotero que su ámbito restrictivo obedezca con estrictez a parámetros de mínima intervención. Desde luego que ese trato diezmado del poder represor no debe llegar a extremos despreciables, como sería el hecho de no considerar punibles algunos comportamientos susceptibles de castigo, debido a la entidad de los bienes jurídicos que con ellos resultan comprometidos.

Pero lo cierto es que, ese escenario ideal que propende por el equilibrio del sistema punitivo, desde el punto de vista espiritual, tiene que estar libre de todo tipo de injerencias o factores exógenos que conspiran en contra de un proceso que, por la esencia de valores del mundo moderno, debe estar orientado al bienestar general de la colectividad, sin que el acogimiento del contrato social comporte algo así como la firma de un cheque en blanco que se erija en mecanismo indiscriminado que atente contra la confianza que los depositarios del nuevo orden confiaron al Estado de derecho.

Estas reflexiones, desde luego, no obedecen a un interés subjetivo, es decir, a un estado de cosas en que por intuición se piense que lo mejor para el mundo es lo que escribe el autor de una propuesta. No. El derecho penal como ciencia social tiene que construirse a partir de contextos reales y, por lo menos, en alguna medida, no es incoherente pensar que las preocupaciones de otras latitudes sean los ejes problemáticos que vivimos en nuestro entorno. Hablar de un mundo globalizado es una realidad que, de hecho, necesariamente debe tener efectos frente a perspectivas de estandarización jurídica. Dicho en otros términos: si los problemas globales tienen rasgos característicos que permiten aproximarlos, las respuestas de los modelos de Estado tienen que ser coherentes frente a la problemática. La globalización no puede ser un simple eslogan carente de contenido.

Tan evidente es lo expresado, que en Alemania, cuna por excelencia de la teoría del delito y paradigma de modelos teórico-punitivos a seguirse en el entorno mundial, con preocupación se visualiza la desbordada intromisión del derecho penal en temáticas que, aun aceptando que conciernen al entorno social en su integridad, desde el punto de vista intrínseco lo que comportan o significan es un evidente exceso en el que factores extrínsecos, como la política o los medios de comunicación al servicio de esta,

fatalmente condicionan la puesta en marcha de la política criminal, como sucede por ejemplo, con la salud pública, el medio ambiente, o la seguridad del Estado (Hassemer, 1999, pp. 30-38).

Estas decisiones político-criminales generan una insatisfacción mayor en la comunidad que, al entrar en contacto material con los efectos de la disposición legal, no percibe o siente protección alguna, lo que de suyo traduce una falta de legitimación de la norma punitiva. Ello, en buena medida, significa que a mayor cobertura formal de acción del derecho penal, menor es su capacidad de respuesta material frente a los problemas sociales.

Con un fenómeno político-criminal de estas características, lo deseable es que al momento de instituir algunas conductas en comportamientos delictivos, su capacidad de daño se vislumbre desde una perspectiva teórica y que, en términos específicos, el derecho penal intervenga para que las políticas estructurales del Estado se vean reflejadas en la promoción de un sistema punitivo, que involucre dentro de su catálogo, aquellos modelos criminógenos que son vacilares en la consolidación de sus fines esenciales. No es coherente que un modelo de Estado de estirpe democrática, antropocéntrico por naturaleza e inspirado en el principio de dignidad humana, acuda al derecho penal como un mecanismo de primera opción para la solución de los diversos conflictos sociales.

Lo expresado traduce que la norma constitucional podría considerar los bienes jurídicos de naturaleza colectiva como intereses importantes que se identifican con el orden de valores consagrado en la carta política. Empero, a la luz de la dogmática de ponderación, ello no significaría que la protección punitiva de la salud y la seguridad públicas, por ejemplo, adquirirían un carácter absoluto. En este sentido, un límite forzoso para la exequibilidad de tipos penales que alberguen hipótesis de peligro abstracto sería el que la reacción punitiva del Estado fije una serie de mojones que frenen la euforia del legislador, ya que en estas condiciones, y dado el bajo índice de daño para el bien jurídico en estas fórmulas de tipicidad, el ínfimo nivel de daño tendría que encontrar, como correspondencia, una mínima reacción político-estatal, porque, necesariamente, la capacidad lesiva de la conducta es un factor constitucional a considerarse en el instante de creación de nuevos tipos penales.

Los delitos de peligro abstracto, tipología delictual que surge con la sociedad del riesgo, como ya se expuso, quiebran las bases ideológicas que inspiraron el surgimiento del derecho penal liberal, pero hay que aceptar algo: sería necio e insensato el pretender otorgarle un estatus de intempo-

ralidad al paradigma punitivo que se construyó a partir de concepciones teóricas que se ajustaban a las necesidades sociales de mediados del siglo XX. Sin embargo, al mismo tiempo, se tornaría inconveniente que, en el camino evolutivo de la dogmática penal, las bases estructurales que inspiraron el modelo anterior se borrasen radicalmente de la teoría del delito, como si la dogmática penal no hubiese tenido un pasado susceptible de contemplación.

Esta realidad muestra que los períodos de transición en el conocimiento científico muchas veces se caracterizan por momentos críticos en los que, como nota emblemática, se tiene la tensión generada entre dos o más paradigmas, que se precian de ser el referente a seguir en la solución de los problemas sociales que afectan a la comunidad. La crisis, en un escenario de estas condiciones, es el motor que dinamiza el cambio, pero ese aire renovador debe, necesariamente, surgir a partir de sinergias y elementos de conexión, que involucren las nuevas tendencias que se estima mejorarán el saber o la ciencia y algunos componentes del sistema predecesor. Sobre el particular, como bien lo pregona un importante filósofo estadounidense: la importancia y valor del conocimiento científico jamás son pletóricas y suficientes. De esta forma, siempre el conocimiento se encuentra expuesto a ejes problemáticos que le restan eficacia (Kuhn, 2004, p. 116-126).

Lo propuesto por Kuhn es, desde luego, relevante para la ciencia del derecho penal que, en toda su dimensión, se ha visto expuesta a una importante serie de transformaciones dogmáticas que, históricamente, han surgido para hacer del derecho penal un instrumento político-criminal con capacidad de dar respuesta a la creciente problemática que ofrece el mundo moderno en materia de comportamientos desestabilizadores del orden social. Esa ha sido la preocupación constante de los científicos del derecho penal, que fruto de la visible falibilidad e ineficacia del derecho para dar respuesta a la delincuencia ha encontrado en el activismo epistemológico y su potencial transformador una herramienta constante que busca fortalecer el poder suasorio y neutralizador del derecho represor.

Una vista al pasado muestra que no es exagerado pregonar que, permanentemente, el derecho penal ha estado sumido en una profunda crisis de la que no le ha sido posible salir. No solo se ensayan nuevos modelos de enjuiciamiento criminal, porque el que le antecede es incapaz de dar respuesta a las demandas de justicia que llegan al sistema, sino que surgen novísimas fórmulas de tipicidad y atribución de responsabilidad penal, que se diseñan porque los esquemas predecesores carecen de una estructura dogmática sufi-

cientemente cualificada para facilitar su tipificación y, en este mismo sentido, nuevas hipótesis criminógenas llevan a la obsolescencia algunas conductas que no albergan, en el seno de su estructura típica, modalidad alguna que permita configurarlas.

Este contexto jurídico, que ha sido un escenario habitual en materia penal, debe ser el elemento situacional a referenciarse en la ciencia penal que en su proceso evolutivo no ha desechado íntegramente los paradigmas anteriores, es decir, se ha renovado sin transformaciones radicales. Para ser consecuente con la propuesta diseñada, los delitos de peligro abstracto en su reingeniería, amén de encaminarse a tutelar bienes jurídicos esenciales de orden constitucional, deben contemplar una cantidad de pena menor a las tipologías que contemplan la producción de un resultado objetivo o su efectiva puesta en peligro.

Lo señalado conduce a que la teoría del bien jurídico, al tiempo que se enarbola en criterio de legitimación para la creación de nuevos tipos penales, paralelamente se erige en un presupuesto de procedibilidad para la cantidad política de pena que en el ámbito legislativo se establezca. Así entonces los parámetros de selectividad en el bien jurídico y proporcionalidad en la sanción punitiva encontrarían su anclaje en el nuevo orden constitucional que, explícitamente, incorporó a la Carta Política estas dos instituciones dogmáticas.

Cabe indicar que, dentro de los procesos de estructuración de la norma penal, al Consejo Superior de Política Criminal, por mandato legal se le debería vincular, de manera forzosa, en todos los procesos legislativos. Esta metodología tendría como finalidad fortalecer la calidad jurídica del nuevo derecho punitivo, para que el marco de aprobación de aquellas disposiciones legales se encuentre condicionado por la elaboración previa de estudios científicos que con bases razonables y coherentes hayan realizado un examen profundo de los escenarios problemáticos del tejido social y de la urgente necesidad de dotar de mayor vigor al sistema punitivo.

Esas investigaciones deberán contemplar, como primeras opciones, otras aristas de las políticas públicas que el Estado social y democrático de derecho ofrece para la diversidad de los problemas sociales. Para una mejor comprensión, se tendría que acudir al Consejo Superior de Política Criminal, cuando las políticas en materia de seguridad social, salud, educación o medioambiental, por ejemplo, carecieran de la capacidad de ofrecer una respuesta idónea al problema que se pretende solucionar. Por lo menos, ahora y en el pasado

reciente, lo que muestra la experiencia es que la huida al derecho penal se erige en la opción que, políticamente, más agrada, tanto al legislador como a la comunidad; empero, también, la misma experiencia enseña que las soluciones ofrecidas a través de ficciones legales carecen de un sustrato material.

Los bienes jurídicos, en un escenario racional y coherente de políticas públicas, deben tutelarse a través de estrategias cercanas a la comunidad. El Estado debe asumir compromisos sociales para que los fines inherentes a su modelo de desarrollo propendan por la defensa y preservación de aquellos intereses supraindividuales. Para ser más precisos: los problemas medioambientales no se resuelven con cárcel para los obreros que viven de la minería. Lo ideal es generar políticas medioambientales sostenibles que, dentro de una lógica de intervencionismo estatal, se consoliden como modelo de desarrollo y fuentes de empleo, mecanismos que con una adecuada voluntad de ejecución promoverían una mejor preservación del medio ambiente. La cárcel no es la mejor alternativa para proteger flora, fauna, calidad del aire y nacimientos de agua.

Expresado en otro giro, y de cara a la solución de las problemáticas sociales: al Consejo Superior de Política Criminal se debe llevar evidencia objetiva que permita observar la incompetencia que ostentan aquellas políticas públicas diferentes a las que ofrece el derecho punitivo. Al fin y al cabo, por sus indeseables efectos, la política criminal es el último peldaño al que debe acudir un modelo de Estado para enfrentar los fenómenos que afectan el seno de la colectividad. De esta forma es factible consolidar un verdadero derecho penal democrático, es decir, un sistema penal al que con estrictez, se acude cuando en cabeza del hacedor de las normas se han agotado todas las opciones legítimamente válidas, a efectos de conjurar una problemática a través de otros mecanismos más respetuosos de derechos y garantías fundamentales.



## CAPÍTULO II

# Alcance de la presunción de inocencia como regla probatoria en el proceso penal. Su impacto frente a la carga de la prueba

### 2.1 Presunción de inocencia como estado natural en un sistema de garantías

En un escenario ideal de garantías, lo deseable es que la presunción de inocencia, en sus diversos matices, se constituya en un criterio orientador de la fase de juicio oral en estricto sentido y de las fases de indagación e investigación. La prospectiva deontológicamente trazada obedece a que, en todo contexto de judicialización penal, un principio y punto de partida es que todo destinatario de la ley penal reciba un tratamiento que, desde una arista objetiva, comporte un trato de inocencia, y que una mirada de su culpabilidad sea posible con exclusividad cuando haya sido vencido en juicio oral con una sentencia condenatoria en firme y ejecutoriada.

Lo deseable en una sociedad contemporánea, adscrita a un modelo de Estado democrático de derecho inspirado en el respeto por los derechos humanos, es que todo ciudadano pasible de actos de indagación, investigación o de enjuiciamiento criminal reciba el tratamiento de inocente; empero, la realidad es sustancialmente distinta. La dinámica misma del sistema muestra cómo, tanto en la cotidianidad judicial, como en el entorno social, lo que evidentemente se presume es la culpabilidad. De ahí el carácter relativo de la inocencia, pues si bien tal postulado es un eje fundamental del debido proceso no tiene un carácter absoluto. La esencia misma de la indagación sugiere que si hay delito, los actos de investigación se encauzan contra un sospechoso.

No en vano, con suficiente razón, Ferrajoli es del sentir de que, en el ámbito penal, tanto en Italia, como en otras latitudes, el sistema garantista se encuentra impregnado de altos niveles de deslegitimación, por la divergencia o distanciamiento que hay entre el carácter marcadamente humanista de la Constitución y las prácticas que ordinariamente se presentan en el sistema

punitivo. Esta paradoja lo lleva a catalogar el ordenamiento jurídico como una especie de fachada que, desde el punto de vista ideológico, cumple una banal función mistificadora. Es ese alejamiento el que le permite visibilizar el garantismo bajo dos perspectivas: en un primer plano, un nivel alto, que se ve reflejado en el contenido de los principios constitucionales. No ocurre lo propio en el segundo plano, dado que el escenario real y la ejecución del sistema muestran unos niveles de garantismo bajísimos. Según el orden de estas circunstancias, válidamente aduce que una constitución prolifica en principios y garantías, pero deficitaria en capacidad de control frente al poder punitivo del Estado, no pasa de ser un mero pedazo de papel (Ferrajoli, 2001, pp. 851-852).

En el marco del proceso penal contemporáneo, desde una perspectiva política y jurídica, la presunción de inocencia se erige en fundamento de la racionalidad que debe caracterizar escenarios de enjuiciamiento criminal. Este marco de inteligibilidad, condicionante del ejercicio de la acción penal, comprende los actos de privación de libertad con medidas cautelares de orden personal, así como, también, el acto mismo de iniciación del proceso penal, independiente de que no haya medida alguna que restrinja derechos, pues no en pocas ocasiones, sentarse en el banquillo de los acusados genera profundas aflicciones a quien es destinatario del proceso penal, lo que se agrava si el mismo se hace de cara a la colectividad.

De esta forma, el carácter mediático y público de algunos procesos penales ataca duramente la presunción de inocencia, promoviéndose algo así como una especie de juicios paralelos en los que el influjo de la comunidad y los medios de comunicación golpean sensiblemente la imparcialidad del juzgador. Debe entonces así soportar el reo un triple examen: el del juez, el de los medios de comunicación y el de la sociedad.

Por estas razones, con suficiente justeza, un importante representante de la doctrina española reflexiona indicando que, en la actualidad, el valor histórico de la presunción de inocencia y su carácter central en el marco del proceso penal sucumben dramáticamente ante el poder vinculante de los prejuicios sociales que operan en una lógica inversa a la del escenario de garantías, dado que, comunitariamente, lo presumido es la culpabilidad (Nieva Fenoll, 2016).

Un proceso penal orientado en estas condiciones, bien bajo la concurrencia de una situación de flagrancia, ora bajo el influjo del desarrollo de actos urgentes, encierra una paradoja perversa. Aunque la inocencia se presume

por criterios estrictamente normativos, de todas maneras la detención preventiva se justifica porque hay que preservar la paz y la tranquilidad de la colectividad, así como asegurar la comparecencia al proceso del presunto infractor de la norma penal o evitar una eventual obstrucción a la Administración de Justicia. Se presume entonces la inocencia; sin embargo, se le da tratamiento de culpable al imputado con la temprana privación de la libertad, medida que es una de las más intensas frente a garantías fundamentales como la libertad personal.

Ello presupone, desde luego, que de todas maneras, quien es reputado como inocente debe enfrentar el enjuiciamiento criminal en un estado de detención carente de límites temporales, que hasta hace poco tiempo en Colombia, en algunas circunstancias, encontraba en la prescripción de la acción penal o el cumplimiento anticipado de la pena, los únicos límites objetivos que le ponían fin a su término. La salvedad se hace porque la Ley 1760 del año 2015 fijó, por regla general, el término máximo de un año para la vigencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Sobre este punto, en Argentina, como bien lo anota la doctrina autorizada, los límites axiológicos y políticos de la detención preventiva, hasta una época reciente, eran por lo menos evidentemente difusos, dado que ante la ausencia de bases científicas o verificables de la durabilidad del proceso, frente a algunas hipótesis delictivas, como único límite objetivo se contemplaba el cumplimiento anticipado de la pena en detención preventiva o el agotamiento del máximo de la pena previsto para el tipo penal objeto de juicio (Maier, 2008, pp. 196-197). Un escenario de estas características evidentemente desconoce la presunción de inocencia, y lo que a flote emerge es la arbitrariedad e irracionalidad del Estado en el ejercicio de la acción penal.

De manera documentada en su tiempo, Carrara alcanzó a evidenciar que en Italia el 60 % de los casos terminó con una declaración de inocencia al término del proceso o del juicio, con el grave aditamento de que los legisladores extendieron la detención preventiva incluso a conductas, que por su naturaleza y modalidad, no ameritaban una medida tan extrema, teniendo así la privación de la libertad un claro efecto desmolarizante, no solo en el individuo inocente que la padecía sino, también, en el pueblo que apreciaba la exacerbación del drástico mecanismo (Carrara, 1978, pp. 225-226). Esta cruda realidad demuestra que la perpetuación de la historia ha llevado al Estado a construir un círculo vicioso en el que se expande la detención preventiva en términos reales, y en una lógica contraria, el protagonismo teórico de la presunción de inocencia alcanza su máxima expresión en los fundamentos constitucionales

de un Estado, sin que tal prerrogativa logre conseguir auténticas dimensiones reales.

Se presenta, entonces, una recurrente inversión de valores, en especial, del orden constitucional que, como bien se sabe, en países como España, Italia, México y Colombia, entre otros, políticamente le da un nivel de preponderancia importante a la presunción de inocencia, sin que tal ideal se vea coherentemente reflejado en las normas ordinarias que regulan el enjuiciamiento criminal de un imputado o acusado. Se dice que hay una contrariedad entre el orden legal y el constitucional, porque mientras el primero expande el radio de acción de la detención preventiva en tiempo real, el segundo, simplemente en un plano de lo deseable, la proyecta como una medida de carácter excepcional.

Es una realidad que no deja de ser desconcertante, porque aunque unánimemente la doctrina y la jurisprudencia catalogan la presunción de inocencia como un principio informador del proceso penal, es decir, un eje condicionador de los actos de composición del debido proceso y un camino a seguir en el marco de las judicializaciones, tal reconocimiento, que quizá es una de las principales manifestaciones de la presunción de inocencia, no alcanza a verse reflejado en el surtimiento del proceso penal. Puede ello obedecer a la forma en que se encuentra estructurado el sistema de enjuiciamiento criminal y a su falta de coherencia, que da vida jurídica a una pluralidad de normas punitivas que, expansivamente, han venido favoreciendo el ámbito de la detención preventiva, aspecto que de suyo le resta un importante mérito a la presunción de inocencia en su faceta de criterio informador del debido proceso.

Sobre esta variable de la presunción de inocencia, de cuño netamente liberal y plenamente arraigada en el ideario del derecho penal de las garantías, su perfil teórico es de un incuestionable nivel ético, con más razón cuando se dice que su reconocimiento político implica, para el Estado, el consustancial afianzamiento de inmunidad que le asiste al destinatario de la ley penal, en especial para frenar el poder punitivo del aparato represor (Fernández López, 2005). Para algún sector de la doctrina, la presunción de inocencia es un principio orientador, pero no del proceso en su amplia generalidad, sino del juicio oral, correspondiendo al juez en su valoración desvirtuarla de manera *ex ante*, porque una vez emitido el fallo de condena, el postulado de la inocencia queda reducido a una mínima expresión. De acuerdo a este criterio, la presunción de inocencia, en efecto, tiene un blindaje cuyo ámbito de duración fenece una vez el juez condena, porque encontró acreditada tanto la tipici-

dad de la conducta como la correlativa responsabilidad penal del llamado a juicio (Fleming Abel, 2008, pp. 28-31).

En una postura ideológica similar, Ferrajoli asume que la presunción de inocencia se erige en uno de los pilares que consolidan y estructuran el moderno proceso penal. Bajo esta línea epistemológica, el proceso penal y la condena se constituyen en presupuestos de procedibilidad de un juicio de culpabilidad. Caracterizada teóricamente así, la presunción de inocencia se instituye en un auténtico legado del ordenamiento jurídico contemporáneo, quedando en la Edad Media aquellos procesos en los que las sospechas y presunciones eran los insumos que arbitrariamente se valoraban para finalmente condenar. De esta forma, el reconocimiento de la presunción de inocencia como garantía constitucional para el llamado a juicio de responsabilidad penal correlativamente implica que la carga de probar la acusación es una responsabilidad política de la Fiscalía General de la Nación (Ferrajoli, 2014, pp. 62-66). En síntesis: la culpabilidad no se presume, debe demostrarse, porque en ausencia de soportes probatorios de la acusación, la presunción de inocencia es el referente a contemplarse para una decisión de orden absolutorio.

En este mismo sentido, la doctrina española es, igualmente, del criterio de que, ante el déficit probatorio de la acusación, la apreciación integral de la presunción de inocencia como principio converge necesariamente en el proferimiento de un fallo de carácter absolutorio (Miranda Estrampes, 1997, pp. 616-617). Aunque se dice que el ámbito concreto de aplicación en este estadio del proceso hace que opere como regla de juicio, lo cierto es que la absolución encuentra una justificación racional en la presunción de inocencia como principio orientador del proceso penal, cuya injerencia se extiende a las diferentes fases del proceso penal. Sobre el particular, destaca un connotado procesalista que el Tribunal Constitucional Español, incluso antes de la regulación normativa y constitucional de la presunción de inocencia como principio, había matizado sus efectos vinculantes bajo la expresión "*in dubio pro reo*", cuyos alcances, de cara a quien es objeto de enjuiciamiento, deben dimensionarse en contextos valorativos de duda y bajo las circunstancias en que la acusación se encuentra huérfana de asidero demostrativo (Gómez Colomer, 2013, p. 234).

No en vano el panorama del proceso penal ilustra que por la inocencia presumida en cabeza de quien es llamado a juicio por la Fiscalía General de la Nación, la ocurrencia del hecho, la identidad del autor o partícipe, y los medios suasorios que epistemológicamente respaldan la pretensión punitiva

del Estado deben ser verificables. Esta verificabilidad se orienta, desde luego, a las consecuencias porque, al fin y al cabo, lo que se debate en juicio es la corroboración fáctica, jurídica y probatoria de los enunciados incorporados en la acusación.

Por eso, el padre del garantismo contemporáneo, al desentrañar el alcance político y humanista de la presunción de inocencia, la lleva a un punto en que debe materialmente afianzarse como un mecanismo de inmunidad para los inocentes, aceptándose incluso el costo social de la impunidad frente a algunos casos. Se sigue de ello que el proceso penal, como escenario de garantías tangibles, debe estar en condiciones de satisfacer el castigo generalizado de los culpables y la protección integral de los inocentes frente a las odiosas embestidas punitivas del Estado (Ferrajoli, *Derecho y razón*, 2001, p. 549).

Desde 1748, ya indicaba Montesquieu en su obra, que inocencia y libertad en un Estado de derecho eran algo así como las dos caras de una misma moneda. A este corolario se llega porque en su magistral pensamiento si la presunción de inocencia no hacía parte del orden jurídico no existirían las bases que aseguraran la libertad de los coasociados. La previsibilidad de las reglas que subyacen en los juicios criminales adquiere así un estatus antropológico, porque nada interesa más a la civilidad que la seguridad de sus garantías, entre ellas, como es apenas natural, la presunción de inocencia (Montesquieu, 1906, p. 273).

En esta misma línea ideológica propugnaba Carrara por un sistema penal lo suficientemente equilibrado con la capacidad necesaria para velar por la protección del entorno social, condenando a los culpables por la afrenta realizada a sus intereses. Tenía, en esencia, una visión contractualista del derecho punitivo. Sin embargo, al mismo tiempo, destacaba que todo hombre que fuera objeto de acusaciones arbitrarias e injustas con el mismo vigor debía ser protegido contra los embates y excesos del Estado en uso de su poder represor, en especial, cuando de condenar a un culpable se trataba (Carrara, 1944, pp. 256-257). Desde aquella época, preocupaba al cultor de la escuela clásica del delito el carácter hipertrofiado, en el marco de las pretensiones punitivas de parte del ente acusador, pues todo parece indicar que se presentaban quebrantamientos al principio de legalidad de la pena.

Hoy en día, el marco teórico y las bases constitucionales que edifican el sistema penal acusatorio dejan en buena medida a la Fiscalía General de la Nación con el poder suficiente para encauzar sus expectativas de pena, sin que sea posible al juez ejercer actos de control material sobre la imputación y

la acusación. Al no tener Colombia en la estructura del debido proceso, una fase intermedia de preparación del juicio, como sucede en Chile, por ejemplo, goza la Fiscalía como titular de la acción penal de un amplio espectro de inmunidad en el manejo de la acusación, especialmente en escenarios de terminación anticipada del proceso por virtud de preacuerdos o aceptación de cargos porque, en no pocas ocasiones, sucede que se incorporan en la convocatoria a juicio, concursos de conductas delictivas o circunstancias de agravación punitiva de manera irregular. Esto aparece, principalmente, en contextos de concurso aparente de conductas delictivas, en la derivación de agravantes lesivas del principio de *non bis in ídem* o, simplemente, cuando el tipo penal complementario no se ajusta a la hipótesis de tipicidad del agravante.

Lo expuesto, en armonía con el pensamiento de Carrara, traduce que adicionar delitos a la acusación o incorporar agravantes que ya se encuentran inmersos en el tipo básico que se atribuye al acusado constituyen, sin duda alguna, hipótesis lesivas de la presunción de inocencia sin fórmula de juicio. El asunto no es de secundaria consideración, porque en los eventos de condena por preacuerdo, la separación de funciones de acusación y juzgamiento le impide al juez ejercer control material de la acusación. La ausencia de contradictorio aumenta la vulnerabilidad del condenado que, en teleología, sucumbe ante los designios del fiscal que, por efectos del mecanismo utilitarista, además de disponer de la acción penal, le indica al juez cuál es el delito o delitos por los que debe emitir condena. Se promueven, en este orden, riesgos incontrolables con la capacidad de erosionar el principio de proporcionalidad de la pena, su marco de legalidad, y en ese mismo orden, desde luego, la presunción de inocencia.

A ello obedece que Ferrajoli critique duramente los consensos en el proceso penal, habida consideración de que las decisiones condenatorias adoptadas sin práctica de prueba se erigen en una grave afrenta para la parte débil del proceso penal, dado que son una negación del derecho a tener un juicio justo con todas las garantías inherentes al debido proceso. Bajo esta arista conceptual, para el jurista italiano, la legitimación democrática de la independencia del juez no debe depender de acuerdos ajenos al poder del juez o de la voluntad de las mayorías o del respeto por las minorías. No tienen en su dialéctica las mayorías el poder metafísico de convertir lo falso en verdadero y, en este mismo sentido, las minorías encontrar en la Administración de Justicia una fuente de poder para equilibrar fuerzas. El proceso penal no es un mecanismo político equiparable a la democracia representativa. La labor del juez es distinta y se debe concentrar, esencialmente, en la indemnidad de

las garantías fundamentales, al margen de que su poder decisorio no coincida con las expectativas de aquellos actores institucionales o sociales interesados en la solución del caso (Ferrajoli, 2009, pp. 26-27).

A su turno, Roxin se muestra partidario de una ambivalencia importante que debe caracterizar al moderno derecho penal. No se trata únicamente del despliegue desbordado del "Estado Leviatán" en la persecución del delito con miras a prevenir futuros quebrantamientos del orden jurídico penal, sino que, además, el ordenamiento punitivo debe contemplar instrumentos normativos que, idóneamente controlen el establecimiento de penas severas con la entidad suficiente para lacerar principios como los de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad (Roxin, 1997, pp. 137-138). Se deben imponer, por tanto, límites objetivos al empleo de la potestad punitiva del Estado. Esto, en realidad, es alcanzable con el despliegue de controles reales al órgano de la acusación.

Este es el panorama de la presunción de inocencia que, tanto histórica como contemporáneamente, ha ocupado un trascendental lugar, no solo en el ideario propio de la Ilustración desde Beccaría, sino en el proceso de evolución misma del derecho penal liberal, refrendado tanto en el marco de las aspiraciones políticas de la Revolución francesa, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se trata de una auténtica garantía y principio configurador del debido proceso que, no obstante tal condición, ha estado expuesto a una serie de matizaciones y relativización que en la práctica ponen en vilo su valor teórico, político y filosófico.

En esta óptica, por ejemplo, los ejecutores del proceso penal contemporáneo no deben olvidar que un escenario ontológico de garantías se dirige a un no culpable y que ese estatus natural tiene que verse reflejado en las condiciones jurídicas que regulan el entramado procesal. Por ello, hasta donde sea posible, el contexto de judicialización penal debe propender por preservar al máximo la coherencia que debe mediar entre la inocencia como estado naturalístico del ciudadano y las circunstancias en que esta se desarrolla, especialmente de cara a las medidas restrictivas que resultan costosas frente a los derechos y garantías de quien no ha sido vencido en juicio de responsabilidad criminal.

Lo dicho significa que la presunción de inocencia es una garantía de inmunidad del imputado o acusado frente a la vocación criminalizadora del Estado, lo que la erige en una infraestructura que, sistémicamente, debe condicionar aquellos actos con la actitud de afectar derechos y garantías como

la inviolabilidad del domicilio o la intimidad y la libertad personal, entre otros. No es gratuito que la adopción de este tipo de medidas, con estrictez, se pueda hacer cuando el marco de la investigación muestra evidencia objetiva que razonablemente permite suponer o pensar que la restricción de los derechos y garantías del justiciable resulta plenamente compatible con los fines del proceso y con lo que la justicia representa como valor constitucional.

Hasta ahora se ha estudiado y analizado la presunción de inocencia como un principio y criterio que debe gobernar el desarrollo del proceso penal. Es indispensable proceder a contextualizar lo que ha sido el desarrollo conceptual de esta prerrogativa en los órdenes doctrinario y jurisprudencial, caracterizando, en estos términos, su alto nivel de relativización y su progresivo desvanecimiento, incluso desde fases tempranas de la actuación judicial.

## **2.2 Relativización de la presunción de inocencia. Diversos matices y fases de moderarse**

Aunque puede ser claro el profundo valor que políticamente encarna el principio de no culpabilidad o de inocencia, quizá con el mismo nivel de racionalidad debe aceptarse que por no ser una prerrogativa cuya inmunidad sea total, es menester dimensionar en un contexto tangible, y a título aproximativo, cuál es su verdadero alcance, y visibilizar las diferentes connotaciones que con dinamismo adquiere en la medida que el proceso penal transita de un estadio a otro. En un escenario de epistemología jurídica es evidente que mientras más elevado sea el nivel de incertidumbre que caracterice el desarrollo de la indagación penal, menores serán las posibilidades que tenga el Estado para adoptar medidas que restrinjan garantías a quien funge como sospechoso. Por esta razón, cuando el órgano acusador no tiene hipótesis delictivas medianamente consolidadas y no tiene medios cognoscitivos para indiciar a persona alguna, difícilmente puede resultar comprometida la presunción de inocencia.

Por eso, el curso de las indagaciones es empíricamente diverso, así como variable es el desarrollo de tareas investigativas y la percepción de quien ejerce la acusación. De hecho, con la formalización del proceso penal pueden ser de diversa índole las medidas que se adopten para asegurar la comparecencia al juicio de quien ha sido imputado y las actividades que tiendan a fortalecer el planteamiento que teóricamente ha diseñado la Fiscalía para corroer la presunción de inocencia. En este tránsito, suelen acogerse medidas como la privación de la libertad, pero aún con ello, desde el punto de vista consti-

tucional, al margen de que el convocado a juicio padezca o no alguna medida aflictiva, su estatus sigue siendo el de inocente.

Este tipo de vaivenes y las diferentes variables que asume la presunción de inocencia en su fisionomía han llevado a la doctrina a elaborar una serie de caracterizaciones que han hecho de este principio un instrumento de garantía con una interesante diversidad de matices, entre los que se comprenden su identidad originaria como principio informador del proceso penal, el carácter de regla de tratamiento, su impronta como regla probatoria o el estatus de regla de juicio. Aunque el eje central del presente trabajo se ocupa de la variable como regla de prueba, someramente se desarrollará una aproximación conceptual de la presunción de inocencia en las otras matizaciones. Respecto de su conceptualización como criterio orientador del proceso penal, ya nos ocupamos en líneas anteriores.

### **2.2.1 El tratamiento del imputado como inocente en el marco del proceso penal**

Si se mira la presunción de inocencia desde el punto de vista conceptual en la arista de regla de tratamiento, el origen axiológico de esta perspectiva comporta la obligación de reputar como inocente a quien no ha sido vencido en juicio de responsabilidad criminal. La perfilación teórica de esta dimensión funcional de la presunción de inocencia persigue, en principio, que haya una perfecta diferenciación entre el acusado sometido a un proceso penal y quien ha sido objeto de sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada.

Tan evidente es el influjo histórico y político de la presunción de inocencia como regla de tratamiento que, de hecho, en *Leviatán* emergen con claridad los límites sustanciales impuestos a los embates del Estado que, en todo caso, no tiene el poder de disponibilidad sobre la vida de los hombres y sobre su libertad e integridad personal, dado que su alienabilidad depende, necesariamente, de ventajas obtenidas en su concesión para los individuos. En este orden, ninguna prebenda seguiría después de la muerte o de la esclavitud o el encarcelamiento, debido a que nadie toleraría con absoluta sumisión el despojo de la vida y la libertad. Estas son excepcionalmente renunciables si representan seguridad para los bienes e intereses esenciales del ser humano. Lo propio ocurriría con la presunción de inocencia, en la medida en que nadie renunciaría a ella, si se parte de la base de que la acusación es un despliegue de fuerza a la que todo individuo reflexivo debe, por entereza, resistirse (Hobbes, 1651). Como se observa, la propuesta condensada en este

clásico de la filosofía no se orientaba a ratificar el poderío del fuerte sobre el débil, sino que, por el contrario, tenía como finalidad limitar su vigor, más aún, si este era empleado para restringir garantías del ciudadano como la libertad y presunción de inocencia. Contrario a lo que podría pensarse, la presunción de inocencia ha tenido un importante valor histórico que es incluso previo al surgimiento del derecho penal liberal.

Por eso, Ferrer Beltrán (2010) plantea que el blindaje de esta garantía impide al juez que adopte medidas tendencialmente orientadas a anticipar la pena de quien no ha sido declarado como responsable del delito por el que se le juzga; indica que su máxima expresión positivizada se refleja en los diferentes instrumentos internacionales que versan sobre la protección de derechos humanos. Agrega que, no obstante la afianzada regulación normativa de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, lo que no parece tan claro desde su perspectiva es la visibilidad objetiva del comienzo y fin de ese ámbito de protección, ya que parte de la discusión se centra en considerarla como vencida desde la primera condena, en tanto que desde otra arista se dice que la sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada es la que tiene el peso suficiente para desvirtuarla.

Al margen de esta controversia, destaca el tratadista español que el mayor problema subyacente en esta variable de la presunción de inocencia es el de la detención o prisión preventiva que, en medio de teorías que transitan desde la abolición hasta escenarios de compatibilidad, termina dando preponderancia a este último planteamiento. Lo preocupante de las tesis compatibles de la presunción de inocencia con medidas cautelares es que una de sus hipótesis justificantes son los pronósticos de reincidencia, alternativa que encierra en su opinión una estruendosa paradoja, la cual trata como reincidente a quien ni siquiera ha incidido primigeniamente en la ejecución de conducta delictiva alguna (Ferrer Beltrán, 2010, p. 9-10).

Por su parte, Fernández López considera que en estricto sentido la concurrencia de medidas cautelares con la presunción de inocencia como regla de tratamiento que favorece al imputado demanda de dos presupuestos de procedibilidad: en primer término, un cabal acogimiento del principio de estricta legalidad en la materia, y en segundo orden, que se imponga únicamente con fines cautelares, es decir, ajenos a finalidades preventivo-procesales de dinamización del litigio que se traba con el Estado. No obstante ser esa su postura, acepta que en la praxis las medidas restrictivas de la libertad son jurídicamente admisibles en casos de riesgo de fuga o de peligro para la

integridad probatoria del proceso, no ocurriendo lo propio con la proyección futura de reincidencia, que se torna en su dialéctica francamente lesiva de la presunción de inocencia (Fernández López, 2005, pp. 132-138).

En similar sentido, Bustamante Rúa, apoyándose en criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia, estima que dado el carácter preventivo y no sancionatorio de la medida de aseguramiento de detención preventiva, la misma es compatible con la presunción de inocencia en su cualificación de regla de tratamiento. En todo caso, su concurrencia, amén de encontrar pleno respaldo en el ordenamiento jurídico, no puede extenderse en el tiempo al punto de constituirse en un cumplimiento anticipado de la pena, pues dado el caso de llegarse a un escenario de tal naturaleza, por oposición al ideal plasmado en el ordenamiento legal, se le estaría prodigando al detenido un verdadero tratamiento de culpable. Adiciona a su perspectiva que los fines de defensa social o protección a la comunidad, por tener una connotación punitiva, son ontológicamente contrarios al postulado de la inocencia. De acuerdo a esta postura, la detención preventiva únicamente se justifica en eventos de necesidad de preservación de la prueba y aseguramiento de comparecencia al proceso (Bustamante Rúa, 2010).

Con importantes reflexiones, Sánchez-Vera Gómez Trelles enaltece aún más la presunción de inocencia como regla de tratamiento. Según su pensamiento, la detención preventiva como medida cautelar únicamente se justifica en situaciones de orden fáctico, que a nivel mínimo demuestren en el decurso del proceso penal que el imputado exhibe riesgo de fuga. En esta lógica, la viabilidad de la medida cautelar demanda la necesaria existencia de medios de convicción con los que se acredite el tangible propósito de huida, no bastando las posibilidades de falta de comparecencia al proceso, en abstracto. La razón que lo motiva a discernir acerca de la insostenibilidad de la medida de aseguramiento, por riesgo de obstrucción a la Administración de Justicia, radica en que el mismo ordenamiento jurídico permite que el órgano de la acusación apele a otra serie de mecanismos que, siendo menos onerosos, resultan en teleología con mayor capacidad de respuesta que el encierro intramural. Tal es el caso del aseguramiento oportuno de evidencia por medio de registros y allanamientos, la recepción temprana de testimonios, es decir, el aseguramiento de la información o las amenazas punitivas para quien ofrece falso testimonio en juicio oral.

Una causal de restricción de libertad como peligro de obstrucción a la justicia, en su lectura, nada lejos se encuentra de criminalizar legítimos actos de

defensa que tiene a su haber el imputado. No es, entonces, una opción político-criminal válida. Tan evidente es el planteamiento que incluso buena parte de la doctrina alemana, con alto nivel de influjo en ese país, cuestiona duramente su legitimidad (Sánchez-Vera Gómez Trelles, 2012, p. 46-49).

Con lo expuesto, debe precisarse que las dificultades operativas de la presunción de inocencia, como regla de tratamiento, se manifiestan en el interior del proceso penal, y de manera frecuente ocurren de cara a factores externos que comprenden la adopción de medidas emergentes de orden legislativo y los prejuicios de orden sociológico que tiene la comunidad frente a quien es imputado. Dada la importancia de estos fenómenos, a ellos nos referiremos seguidamente.

#### **2.2.1.1 Criterios de política criminal. Análisis de su influjo frente a la presunción de inocencia como regla de tratamiento**

Uno de los problemas más representativos para la dogmática procesal contemporánea, en materia de principialística, es la falta de capacidad de rendimiento y operatividad de las normas rectoras que, por su carácter axiológico e inspirador, serían las llamadas a servir como referente de interpretación al momento de adoptarse decisiones sensibles frente a derechos fundamentales. Tal es el caso de la presunción de inocencia que, en su cosmovisión de regla de tratamiento, debe padecer aquellos embates de los frágiles y poco reflexivos criterios de política criminal que, como lo muestra la evidencia legislativa, se orientan en un importante número de ocasiones a expandir el marco de influencia de la prisión preventiva. Estas tendencias, por su falta de proyección y estudio, marchan en abierta contravía con el sistema de garantías previsto en la parte dogmática de las constituciones modernas y en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8-2, que literalmente ratifica el postulado de la inocencia como un referente de orden imperativo en el proceso penal; lo propio ocurre con el artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el mismo postulado se contempla en la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 6-2.

No en vano Ferrajoli cuestiona duramente los ataques que a la presunción de inocencia representan medidas cautelares como la prisión provisional que, dadas sus particularidades, la niegan protuberantemente, porque, de la mano de ello, garantías tan importantes como la dignidad del ser humano y el derecho de defensa se ven materialmente golpeadas. En su sentir, un

acusado restringido en su libertad pierde importantes posibilidades de organizar idóneamente su defensa. Es por eso que el insigne jurista italiano propone que lo ideal es que la cárcel se elimine incluso hasta la conclusión del juicio en primera instancia, para que la presunción de inocencia no quede relegada al papel de un mero instrumento retórico (Ferrajoli, 2001, pp. 555-559).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró un importante informe en el que, sobre la base de un estudio realizado acerca de la situación actual de la detención preventiva en las Américas, logró establecer la dramática cantidad de casos en los que indiscriminadamente se apelaba a la restricción de la libertad; así, en algunos países como República Dominicana, del 100 % de las personas encarceladas, el 85 % de aquellas no tenía sentencia condenatoria; en el caso de Ecuador, el 70 % de los presos estaba a la espera de juicio o sentencia, en tanto que en Bolivia, esta cifra era del 74 %; lo propio ocurre en Colombia, con un rango del 45.85 %. Al indagarse por las causas y motivos de este fenómeno, característico de la década de los noventa y el nuevo milenio, se pudo establecer que la falta de autonomía de los jueces, la lentitud en el trámite de los procesos, la inversión de la carga de la prueba, la presión mediática y la proliferación de normas que privilegian la detención preventiva sobre otras medidas cautelares habrían propiciado tan elevados porcentajes de presos sin condena. En el caso colombiano, la cifra antes mencionada corresponde al cierre del año 1997, sobre una cantidad total de 43.221 privados de la libertad, de los cuales 19.816 se encontraban presos sin condena. Según el informe aludido, en el año 2012, ese porcentaje de presos sin condena bajó al 30 %, pero con una realidad desconcertante: el total de privados de la libertad era de 113.884 al 31 de diciembre del 2012, que en términos reales implicaba una cantidad de 34.165 reclusos a la espera de sentencia de fondo, es decir, casi el doble de detenidos que el sistema judicial tenía en el año 1997. Si todas las cifras del contexto latinoamericano se suman, para la década de los 90, más de 100.000 personas se encontraban en situación de prisión preventiva (Humanos, 2013).

Lo escrito legitima las voces de los disidentes teóricos de tan odiosa medida, pues no solo en el caso colombiano, sino en otros contextos latinoamericanos y de hecho en Europa, la marcha triunfal de la prisión preventiva comporta algo así como el fracaso social del Estado de derecho en la administración de sus conflictos. Cifras tan alarmantes, con pronóstico de tendencia al alza, dejan una evidente impresión, la cual es que el legislador encuentra en el derecho penal

y sus violentas embestidas una alternativa importante, al no concebirlo como un mecanismo subsidiario en la solución de la lucha contra la criminalidad.

Se sigue de esta realidad documentada que la presunción de inocencia, como regla de tratamiento, adquiere matices de quimera, contraviniendo, desde luego, los ideales que han sido recogidos por instrumentos internacionales que versan sobre la protección de derechos humanos. A ello contribuye el desbordado expansionismo del derecho penal y el consustancial aumento de las penas, en especial de los mínimos, factor que, en no pocas ocasiones, habilita la objetiva viabilidad de la prisión preventiva. Debe adicionarse a este panorama que, aunque el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tenga como fines preventivo-procesales legítimos el riesgo de fuga y la obstrucción de la justicia, la realidad del sistema muestra que el pronóstico de futura ejecución de conductas delictivas y de peligro para la comunidad se constituye en factor que desde el punto de vista argumentativo facilita la adopción de medidas encaminadas a restringir la libertad

El aumento progresivo de la detención preventiva como visible expresión de “mano dura” no es casual, ya que prácticamente coetáneos con la implementación de los sistemas de enjuiciamiento criminal inspirados en la oralidad, desde el año 2013 surgieron vientos de contrarreforma que atacaron duramente las bases ideológicas que inspiraron la puesta en marcha del nuevo modelo en Latinoamérica. Sobre el particular, vale precisar que la percepción que tuvo la ciudadanía con el inicio del nuevo sistema la llevó en su inconsciente a correlacionar cárcel con justicia. De esta manera, las restricciones de la libertad originadas en delitos menores por situación de flagrancia, si bien es cierto, se celebraban en un principio, a la postre no eran bien justificadas cuando los jueces dejaban en libertad a los imputados. Bajo esta dinámica, se promulgaron nuevas disposiciones encaminadas a revestir de seguridad a la ciudadanía, favoreciendo la prohibición de excarcelación en diferentes tipologías delictivas, como ocurrió en Colombia, Chile, Ecuador, Nicaragua, entre otros, mudando así de un escenario de afirmación de la libertad, a un panorama en el que, por disposición del principio de legalidad, la única medida que pueden contemplar los jueces es aquella restrictiva del libre desarrollo locomocional del individuo (Duce J., 2013, pp. 64-80).

Dadas estas circunstancias, mientras el legislador desconozca el ideal garantista que sirvió de fundamento para un nuevo orden en la persecución criminal de delitos, es complejo que el imputado o acusado de un delito legítimamente sea tratado como inocente, más aún, si factores de orden

sociológico, o sea, ajenos al auténtico rol de un juez demócrata, inciden negativamente en los procesos legislativos y en las valoraciones que realiza el administrador de justicia, al momento de examinar la viabilidad o no de medidas restrictivas del derecho a la libertad. Como los ataques a la presunción de inocencia se presentan en el ámbito sociológico, este tópico se desarrollará a continuación.

### **2.2.1.2 Los prejuicios sociales. Una dura embestida a la presunción de inocencia como regla de tratamiento**

Los reveses legislativos sufridos en Latinoamérica emergieron tan pronto se instaló el sistema penal acusatorio, como resultado de una ideología social y policiva que tiene en sus cimientos una nociva concepción, la cual es que toda persona públicamente detenida es culpable. Esta actitud no es en realidad extraña. El desempeño social de los individuos muestra que se sospecha por sistema, y el policía, en ejercicio de las actividades que el ordenamiento jurídico le impone, concibe su trabajo como un producto terminado que fiscales y jueces simplemente deben refrendar. Así se discernía en la lógica del sistema inquisitivo, porque había permanencia de la prueba, constituyendo el informe escrito que rendía el policía algo así como una verdad de evangelio que se extendía incluso hasta el juez en la sentencia de fondo.

Surge entonces el nuevo modelo de judicialización, enfrentando un orden sociológico e histórico contrario a sus ideales; y en este sentido, para el entorno colectivo, emerge un modelo jurídico que pugna con las prácticas socialmente albergadas en su fuero interno. En un primer plano, debe aceptarse que una reforma legal no tiene la capacidad sustantiva de propiciar transformaciones culturales.

Descendiendo al postulado de la inocencia, quiere ello significar que, si en el ámbito sociológico se presume que todo privado de la libertad es culpable de un delito, ese paradigma tenía que superarse con el esquema de enjuiciamiento inspirado en la oralidad. En consonancia con esta nueva cosmovisión habría que capacitar a fiscales y jueces para enfrentar el nuevo modelo y realizar actividades de pedagogía social, que permitieran a la colectividad comprender que un proceso penal no puede gobernarse en la lógica de la democracia política sino en el contexto del respeto de las garantías ciudadanas consagradas en la dogmática constitucional, entre ellas, el respeto por la libertad y la presunción de inocencia.

Sumado a ello, debe señalarse que, salvo el caso de Chile, los fiscales y jueces que asumieron el conocimiento del sistema acusatorio en Latinoamérica eran servidores que en su gran mayoría venían formados y fuertemente condicionados por el influjo del sistema inquisitivo. Dentro de su proceso de formación profesional y en su experiencia como administradores de justicia, el lenguaje y aplicación de un sistema de garantías no era en realidad una práctica que hiciera parte de su tradición jurídica. El cambio de enfoque y el reconocimiento del nuevo orden en la dinámica del debido proceso no fueron en realidad, nada fáciles, lo que tuvo un impacto desfavorable en la presunción de inocencia como regla de tratamiento. La razón es elemental: esta tenía en contra los prejuicios sociales y el paradigma inquisitivo arraigado en fiscales y jueces.

Con un panorama de estas características, el desborde de expectativas al concebir el derecho como instrumento de cohesión social desemboca en un punto crucial de alta complejidad: el rango de validez sociológico que puede ostentar un sistema jurídico que, para efectos del tema nuclear de la discusión, sería el valor de la presunción de inocencia, no como categoría fundante del proceso penal, sino como componente axiológico de una sociedad.

La profundidad epistemológica del asunto, en concepción de Luhmann, como bien lo describe Habermas (2010), se centra en las limitadas posibilidades que tiene el derecho para intra sistémicamente afrontar sus propios problemas que, si bien es cierto, pueden tener origen externo, tal circunstancia no le da licencia para observarlos y aprehenderlos. En este sentido, el derecho ve reflejado su ámbito de validez en normas que sirven de soporte para construirlo con vigencia, y carece así de capacidad para influir la realidad social. En oposición a esta postura, el padre de la teoría de la acción comunicativa reflexiona indicando que el sistema jurídico es mucho más que un conjunto de normas sin la capacidad de impactar el mundo social. Desde su óptica, las normas hacen parte del entorno comunitario y, como parte de la vida, se integran a un orden supremo, porque el derecho positivizado es un instrumento de comunicación intersubjetiva que objetivamente potencia la capacidad de entendimiento y comprensión, para que el mismo se erija en un puente de comunicación idóneo de lo que representa como sistema y medio de integración social (pp. 114, 146).

Acogiendo entonces el planteamiento teórico de Habermas, debe indicarse que la presunción de inocencia en su arista de regla de tratamiento hace parte de un sistema jurídico de garantías que sensiblemente debe llegar

a los integrantes de la sociedad. Esa labor de pedagogía, a la que se hacía referencia, debe tener la capacidad de borrar la vieja ideología, y crear intersubjetivamente la necesidad de que las garantías en materia penal no se encierren en el laberinto del proceso, sino que trasciendan al entorno social, de tal manera que la conexión entre derecho y sociedad haga, incluso, parte de la cotidianidad existencial. Dicho en otro giro: lo deseable sería que el día de mañana la sociedad entienda que las excarcelaciones de individuos presumidos inocentes por el sistema jurídico hacen parte de la regla y que lo excepcional es la proliferación de las detenciones.

Si este ideal se vuelve realidad, tanto el clamor social como los medios de comunicación arraigarían en su sistema de convicciones el sistema de garantías del proceso penal, comportando ello, en teleología, una sensible disminución de los factores externos que pueden conspirar contra la autonomía e independencia de los jueces al momento de tomar decisiones. Con un escenario así planteado, el administrador de justicia no tendrá labor y preocupación distinta que la de discernir sobre el peso y valor de las apreciaciones jurídicas de quienes intervienen en el litigio, lo que correlativamente significa que la culpabilidad o inculpabilidad del reo no será labor del escrutinio social sino, en estrictez, una legítima responsabilidad del juez.

En un interesante informe que se realizó sobre la independencia de los jueces en Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, respecto del primero de los países en mención, se expresó que diversos factores afectaban, en diferente sentido, la autonomía e independencia de los jueces. Así es, componentes de poder asociados a la delincuencia organizada que tornan inmune su encauzamiento criminal alejan a fiscales y jueces de una posibilidad real de persecución, lo que en términos prácticos significa que los tentáculos del poder criminógeno favorecen su indemnidad. En otra perspectiva, conspira contra la autonomía de la Administración de Justicia la inadecuada intromisión de los organismos policiales que, al restringir derechos de los ciudadanos de manera anómala, enfilan sus ataques contra los jueces cuando otorgan la libertad. Se envía así el mensaje que la deficiencia es del sistema judicial, y que el trabajo realizado por aquellos simplemente se deslegitima por la injerencia de estos. Con posturas de esta índole, la percepción que tiene la ciudadanía del juez que ve en la presunción de inocencia un límite al poder del Estado es la de un obstáculo que atenta contra el éxito de las actividades policiales. Lo propio ocurre con el poder político que, con fines netamente electorales y con el propósito de ganar reconocimiento en la comunidad, transmite una idea consistente en que los jueces garantistas fomentan, aún

más, el clima de inseguridad que afecta a la comunidad. Debe entenderse también, que la presión de los medios de comunicación y el fuerte reconocimiento que han venido ganando los derechos de las víctimas mitigan la independencia judicial. Un panorama similar se presenta en el caso colombiano en el que medios de comunicación, amenazas disciplinarias y mecanismos de presión gestados por organizaciones criminales afectan la independencia de fiscales y jueces (Due process of law foundation, 2013, pp. 46-51, 75-84).

Todos estos elementos, unos de orden institucional y otros de orden sociológico, golpean, de plano, la autonomía de los jueces penales. Dicha injerencia no solo tiene impacto directo frente a su independencia, sino que, de su mano, el marco de garantías procesales se ve visiblemente afectado. Piénsese no más en el caso de un presunto abusador sexual u homicida que, privado de la libertad sin mayores elementos de conocimiento, es llevado ante un juez que ve perturbada su tranquilidad, en primer orden, porque los medios de comunicación siguen el contenido de la audiencia y, en concomitancia a dicha intervención, familiares de la víctima arengan frente al palacio de justicia clamando para que opte por la detención preventiva y no contemple la excarcelación. Para más drama del asunto, el juez encargado de decidir es objeto de investigación disciplinaria, por no haber impuesto restricción de libertad en un caso anterior.

El ejemplo elaborado en antecedencia representa el contexto de tensiones a las que se ve sometida la autonomía e independencia del juez. Es este marco de garantía el que resulta menospreciado, lo mismo que las posibilidades garantistas de decidir, conforme lo haría si dichos factores externos no concurrieran. No es necesario realizar connotados esfuerzos mentales para deducir que, en el caso hipotéticamente propuesto, la presunción de inocencia como regla de tratamiento se vería sacrificada, para así dar curso a una prisión preventiva. Las funestas consecuencias de este tipo de intromisiones, en no pocas ocasiones, extienden sus indeseables efectos hasta decisiones de segunda instancia. Lo dramático de todos aquellos embates que laceran la presunción de inocencia es que, incluso, en su matiz de regla de juicio se vulnera, porque el juez, al proferir la decisión de fondo, opta por emitir condena, muy a pesar de la concurrencia de dudas que libremente valoradas podrían haber favorecido al reo con una absolución.

Hay otro fenómeno lesivo de la presunción de inocencia en su estatus de regla de tratamiento. Ha sido etiquetado por los sociólogos como rumorología,

siendo tan nefasto su poder, que un supuesto de hecho criminógeno artificialmente elaborado puede incluso adquirir un fuerte valor para los individuos. Sobre el particular, una investigación en la Universidad de Barcelona, España, demostró que variables como el sistema de creencias del receptor, así como la confianza y cercanía del emisor, lo mismo que su credibilidad le imprimen un fuerte blindaje al rumor, confianza infundada que incluso se podría extender, mediando evidencia en contra. Aunque el estudio no abordó temas relacionados con la ejecución de conductas delictivas, sino aspectos de orden sociológico, las cifras evidenciaron que el 84 % de los encuestados se mostraba inclinado por creer en el contenido del rumor, en tanto que solo un 16 % no le daba crédito (Ulianov Tapia, 2013, pp. 100-109).

El costo y daño que frente a la presunción de inocencia como regla de tratamiento pueden tener los rumores se ven reflejados en el daño espiritual y moral de quien se presume inocente, lo que se complementa con que, del otro extremo, se encuentra al colectivo social que, en temas relacionados con la ejecución de conductas delictivas, se muestra proclive a creer el contenido del rumor. Se presenta entonces un fenómeno sumamente dañino, el cual es que, aún sin mediar investigación criminal, el sistema de creencias de la comunidad genera brutales lazos de cohesión social que anticipan un tratamiento negativo a quien, potencialmente, va a ser objeto de judicialización penal. Lo preocupante de un fenómeno de estas particularidades es que, entre más aberrante sea el rumor y, en ese orden, mayor sea el nivel de repudio social, predicable de la conducta delictiva, menor será el grado probabilístico que tendrá el sospechoso de ser tratado como inocente.

Aunque la faceta de la presunción de inocencia como regla de tratamiento es, desde luego, una manifestación importante de esta prerrogativa, los elementos contextuales destacados en precedencia, hacen parte de una serie de reflexiones que apuntan a evidenciar la pérdida de capacidad funcional de la presunción de inocencia a este nivel, y como tanto, desde el punto de vista social y cultural, la tendencia se muestra más compatible con la idea de dar a todo ciudadano judicializado el mote de culpable. Como no es el objeto del presente trabajo hacer un estudio exhaustivo de carga de la prueba, delitos de peligro abstracto y su conexión con la presunción de inocencia como regla de tratamiento, este eje conceptual de la presunción de inocencia no fue materia de un estudio profundo, dado que su análisis implicaría reflexiones críticas y propositivas, que como es apenas natural constituirían otro tipo de investigación.

El tópicó se abordó someramente por la necesidad teórica de estudiar la presunción de inocencia en todos sus matices. Los efectos de la detención preventiva frente al postulado de la inocencia en su perspectiva de regla de tratamiento tienen apenas un carácter eminentemente descriptivo y exploratorio. El análisis de esta variable se asumió, pero sin elevarlo a la pretensión de fundamentar que los delitos de peligro abstracto propician fenómenos de inversión de carga de la prueba. Como se apreciará más adelante, esta categoría dogmática lo que hace, por el contrario, es dejar en buena medida huérfanas de contenido la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta, lo que de suyo comporta que el tema de prueba se vea sensiblemente diezmado.

Siguiendo adelante con esta visión holística de la presunción de inocencia, ha de mencionarse que no se ha hecho en el decurso del presente trabajo análisis de ninguna índole respecto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Como se trata de un tema del que la doctrina se ha ocupado rigurosamente, y es importante desentrañar el alcance teórico que subyace en esta vertiente, su estudio será desarrollado seguidamente. Por razones estrictamente metodológicas, el abordaje de la presunción de inocencia como regla de prueba se examinará en última instancia, dado que el problema jurídico que ha sido planteado en el presente trabajo involucra explícitamente a esta subcategoría procesal. Además, los delitos de peligro abstracto, y las cargas probatorias para su configuración, cuya integración constituye el objetivo central de la propuesta, se edificarán, teniendo como referente desde luego a la presunción de inocencia como regla probatoria.

### **2.2.2 El postulado de la inocencia en el juicio oral**

Cuando el debate probatorio ha culminado y las hipótesis teóricas desarrolladas por las partes han sido objeto de práctica y controversia, corresponde al juez del caso examinar si la acusación, evidentemente, cumplió con la promesa que realizó al iniciar el juicio, o si en contrario sentido, esa misión no se satisfizo suficientemente. Desde una arista epistemológica, es una obviedad que el peso de la prueba corresponde, en términos generales, a la Fiscalía. Esto significa que los hechos jurídico-penalmente relevantes incorporados al llamamiento a juicio y sus circunstancias deben ser acreditados por quien ostenta la titularidad de la acción penal.

Lo expuesto en pacífica exégesis quiere decir que tan pronto ha fenecido el debate probatorio compete al juez, como destinatario del mismo, proceder a realizar el correspondiente análisis de los diferentes medios cognoscitivos

para que resuelva acerca de la no culpabilidad o responsabilidad penal del acusado. Examinada esta situación abstractamente, en apariencia no suscita mayores problemas, habida consideración de que, en ausencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, corresponde al juez optar por una determinación afín con alguna de las partes involucradas en la relación jurídica. Incluso, si se quiere, tampoco ofrece mayores complejidades el aducir que corresponde al juez absolver al acusado en caso de duda sobre su culpabilidad.

Las dificultades, a juicio de un destacado procesalista español, comienzan a suscitarse cuando se pretende desentrañar cualitativamente el contenido y alcance de la duda. Sobre el particular, indica, se han elaborado tres posibles explicaciones: en un primer plano, se dice que dadas las especiales condiciones del litigio que dirime el juez, es posible que el escenario de valoración probatoria lo lleve a una condición psicológica de duda, que atendiendo su configuración, no solo se vincula con la mengua al carácter garantista de la presunción de inocencia sino, también, con acepciones subjetivistas de la prueba, que por su esencia se muestran incompatibles con el proceso de valoración racional. En segundo orden, la duda en su arista de incertidumbre racional prevalecería como fundamento plausible de la absolución, si en consideración se tiene la imposibilidad real de alcanzar un estándar de certeza racional, comportando esta hipótesis un carácter absoluto que truncaría la emisión de condenas. Por último, como tercera alternativa se contempla la constatación de un grado de duda racional sobre la verificabilidad de la hipótesis fáctica plasmada en la acusación, opción que igualmente tiene sus inconvenientes por cuanto no se sabe a ciencia cierta en qué proporción y condiciones un nivel de duda habilitaría la emisión de una sentencia condenatoria.

Frente a esta realidad, concluye el doctrinante que la presunción de inocencia, tal como está planteada en España y otras latitudes, adolece de un estándar que dinamice su aplicación en los procesos de valoración probatoria. Ello traduce que carece la sistemática procesal de elementos objetivos que tornen materialmente controlable el nivel de duda necesario para absolver, ya que, a decir verdad, no hay seguridad jurídica en punto de las hipótesis que tornarían legalmente viable el afianzamiento de la presunción de inocencia como regla de juicio. Dicho en otros términos: epistemológicamente, no se sabe cuál es la medida de la duda que debe tener a su alcance un juez para absolver, lo que torna incierta la aplicabilidad de la presunción de inocencia como regla de juicio (Ferrer Beltrán, 2010, pp. 20-21).

A pesar de las profundas reservas que tiene Ferrer Beltrán respecto del grado de validez que ostenten las teorías subjetivistas de la prueba por el impacto que tienen aquellas con la presunción de inocencia y la valoración racional de los medios de persuasión en el juicio, no es del todo cierto que las encrucijadas valorativas en que se encuentra el juez cuando debe tomar una decisión fatalmente lo lleven siempre, o la mayoría de ocasiones, a desconocer la presunción de inocencia como regla de juicio, y a valorar de manera arbitraria e irracional la entidad demostrativa de las pruebas. De aceptarse este planteamiento, se partiría del supuesto infundado de que la proyección o tendencia del juez como regla se orienta a desconocer la concurrencia de dudas porque en ausencia de un estándar preestablecido, su valoración probatoria adquiere matices de irracionalidad.

Sin evidencia de ninguna índole se diría: frente a la práctica de una prueba pericial, en la que fundamentalmente el conocimiento científico es la base de opinión del experto, el juez valoraría arbitraria y caprichosamente el contenido del testimonio. Tal sería el caso del juicio por un delito de porte ilegal de armas de fuego en el que, técnicamente, se logra demostrar la falta de idoneidad del adminículo para ser disparado. Algo similar ocurriría con testigos profanos que, encontrándose en el lugar de los hechos, y debido a su conocimiento personal, estarían en condiciones de favorecer una hipótesis de legítima defensa, debido a que les consta el carácter actual, inminente e injusto de una agresión que la víctima del homicidio iba a perpetrar en contra del acusado. En los dos ejemplos referenciados, perfectamente se podría excluir la tipicidad o antijuridicidad de la conducta, pero también es racionalmente posible inferir que, por lo menos, se podría configurar un escenario de duda en torno a su estructuración.

Debe precisarse, eso sí, que la estructura lógica del proceso penal alberga importantes contenidos en los que las fases de indagación, investigación y juicio adquieren una connotación político-criminal, y observadas la diversidad de fases contempladas en la Ley 906 de 2004, se asocian a parámetros en los que la autonomía del legislador es definitiva al instante de diseñar la estructura del proceso que, en materia penal, se construye a través de diferentes estadios que de hecho, se erigen en el soporte de una serie de determinaciones en las que no es necesario abordar tópicos relacionados con la epistemología. Tal es el caso de la adopción de archivos por parte de la Fiscalía General de la Nación en la etapa preliminar de la actuación; o como ocurre con la audiencia de imputación que, como necesaria consecuencia político-criminal, no solo define los contornos del litigio

penal, sino que también activa el derecho de defensa. Lo propio en una importante medida se podría predicar de la adopción de medidas cautelares, y el acto mismo de llamamiento a juicio, que en teleología se erigen en actos de composición del debido proceso, que no se encuentran materialmente condicionados por grados de cognición que los justifiquen. No en vano ni la imputación y mucho menos la acusación, por regla general, son susceptibles de control material por parte de los jueces de garantías y de conocimiento.

Retomando el tema de valoración probatoria, Taruffo (2008), es de la perspectiva de que no necesariamente las corrientes subjetivistas se erigen en el único criterio que tiene a su alcance el juez para justipreciar los medios de conocimiento. En su opinión, existen otras vertientes teóricas, como la de libre valoración de las pruebas que, al prescindir de criterios intuitivos o caprichosos, orientan al juzgador para que en su actividad, racionalmente, sea persuadido por la explícita e implícita capacidad demostrativa de la prueba. De otro lado, la sana crítica es un criterio moderado de valoración que remite al destinatario de la prueba a reglas de valoración que abren el espacio a una disertación que de acuerdo a la lógica puede ser correcta (pp. 23-24).

Los métodos sugeridos por Taruffo (2008), si bien es cierto no postulan un estándar de prueba absolutorio predecible, favorecen el reconocimiento legal de la presunción de inocencia en su faceta de regla de juicio, por cuanto parten de la base de que el proceso de valoración probatoria se encuentra revestido de importantes elementos de racionalidad que fundamentan el conocimiento del juez para decidir. De hecho, es evidentemente plausible la concurrencia de sistemas de valoración como la libre apreciación de las pruebas y la sana crítica, los cuales tendrían la capacidad fundacional de soportar la duda que le asiste al juzgador, al margen de que esta no sea estratificable o dimensionable cuantitativamente.

Para abundar en razones, aunque no sea factible sistematizar el estándar de duda que revista de seguridad jurídica a la presunción de inocencia en el momento del juicio, más importante que desentrañar la enigmática medida es que los sistemas de valoración probatoria faciliten la construcción de decisiones que, teniendo la duda como soporte, sean racional y lógicamente justificables. Si hipotéticamente se construyera un estándar de prueba para la duda o una medida objetiva que viabilizara su aplicación, se correría el riesgo de condenar a un inocente, al margen de que razonadamente se pudieran exhibir fundamentos de su absolución.

En identidad teórica con el pensamiento de Taruffo (2008), la doctrina colombiana es del criterio de que en aquellas hipótesis donde los yerros o falencias en los procesos de valoración probatoria determinan la emisión de sentencias condenatorias, aquellas decisiones podrían ser lesivas de la presunción de inocencia como principio orientador del proceso penal y en su faceta de regla de juicio. En lo fundamental, se aduce que la falibilidad humana representada en los gazapos apreciativos del juez no tiene la licencia suficiente como para fomentar un verdadero conocimiento más allá de toda duda. De ahí que, como mecanismo idóneo para preservar la inmunidad de la presunción de inocencia, los procesos penales contemporáneos hayan contemplado el recurso extraordinario de casación (Bustamante Rúa, 2010, pp. 30-31).

No en vano algunos autores en Chile son partidarios de una ideología en la que, asumiéndose en principio la imposibilidad real de inmunizar a los jueces en la incursión de errores, lo que debe es promocionarse un proceso penal de orden garantista donde la falibilidad de toda obra humana se vea reflejada en decisiones que favorezcan los intereses del acusado. En términos reales esta apreciación supone que, en las sentencias proferidas por los jueces, si en efecto los errores se erigen en una realidad, es preferible que los mismos se vean representados en la adopción de sentencias absolutorias, y no en el sacrificio de la presunción de inocencia como regla de juicio (Carnevali Rodríguez, 2011, pp. 89-92).

En estas circunstancias, y para diezmar en alguna medida los niveles de falibilidad en las sentencias, el estándar de conocimiento requerido para condenar debe estar antecedido de un alto nivel de exigencia suasoria para el órgano de la acusación cuando hace públicos sus cargos en el juicio oral, dado que el nivel de convicción que tiene la Fiscalía en sus pretensiones punitivas forzosamente tiene que estar soportado en medios de conocimiento que objetiva y fundadamente justifiquen la promoción de un proceso penal. Así, entonces, aunque la presunción de inocencia opera como regla de juicio, lo que teleológicamente se debe considerar es que el llamado a juicio de responsabilidad criminal que hace la Fiscalía es, al fin y al cabo, una síntesis dialéctica de las razones de orden fáctico en que se inspira el órgano acusador para buscar una pretensión de condena en el marco del juicio oral. Significa lo indicado que, dentro de un orden lógico, las bases cognoscitivas de la acusación podrían, eventualmente, ser el sustento epistemológico y valorativo del juez, si en medio de la práctica probatoria se logra persuadirlo del alto poder de convicción que ostentan los testigos de cargo. No es casual que el conocimiento más allá de toda duda, racionalmente, dependa del positivo

cumplimiento que asume el ente acusador respecto de la carga de probar sus manifestaciones en torno a la manera y forma en que pudo haber ocurrido una conducta delictiva de la que el acusado se reputa como autor o partícipe.

Adquiere, por tanto, el ejercicio de la acción penal, no solo una dimensión axiológica si en consideración se tiene el orden de valores y garantías que de manera imperativa contempla y acoge la Fiscalía antes de judicializar a un ciudadano, sino que, asimismo, la responsabilidad del Estado al fomentar un proceso penal debe estar soportada ética y políticamente. La razón de este aserto es sencilla: atendido el carácter vinculante del principio de separación de funciones entre los órganos que presiden la investigación y el juicio, por regla general la facultad de acusar no se ve sometida a controles de orden material. La intervención real frente a las expectativas punitivas de la Fiscalía se visibiliza cuando en desarrollo del juicio oral la defensa, y en excepcionales circunstancias el juez, ejercen control sobre sus actos de prueba. Se deduce de este contexto de apreciaciones, que la presunción de inocencia como regla de juicio debe estar fundada en un importante nivel cognoscitivo que la acusación ha llevado al juez sobre la ocurrencia del hecho y la correlativa responsabilidad penal del acusado. Para que la duda se erija en un soporte idóneo del juez al absolver, naturalmente deben coexistir en su fuero interno razones para pensar que el acusado podría ser culpable.

Reflexiones adicionales deben realizarse sobre lo que se ha denominado tradición racionalista en los procesos de valoración probatoria. Según este paradigma, el objetivo primario del proceso en su amplia generalidad es la adopción de decisiones cuya nota característica sea su rectitud. Esta rectitud ha de entenderse como la aplicación acertada del derecho a los supuestos fácticos verdaderos que se lograron probar. La verdad se construye a través de mecanismos racionales que posibiliten el correcto discernimiento del juez al valorar en el presente los hechos del pasado. Aunque es un elemento constante en esta formulación teórica, la verdad es concebida como un medio facilitador para acceder a la justicia que solo se ve reflejada en la aplicación del derecho sustantivo (Anderson Terence, 2015, pp. 116-117).

Un sector de la doctrina chilena considera que la concepción racionalista de la prueba es dialécticamente recogida en dos posturas: por una parte, la tesis sobre la prueba jurídica, y de otro lado, lo que ha de comprenderse por verdad a partir del sustrato epistémico que la soporta. Según esta perspectiva, un lugar común en las diferentes concepciones probatorias lo es que entre las normas relativas a la prueba y la verdad hay una relación de medio

a fin. Esta particularidad hace que el racionalismo en la prueba irradie o cubra diferentes orientaciones ideológicas de la temática en las que un punto de convergencia es la necesidad de un derecho y un razonamiento probatorio racionales (Accatino, 2019).

En medio de estas circunstancias, bien que se opte por una verdad por correspondencia, se apliquen las reglas de la sana crítica o simplemente se tenga la verdad epistémica como fundamento para la toma de decisiones jurídicamente correctas, lo cierto es que los procesos de valoración probatoria se encuentran supeditados al desentrañamiento del contenido sustantivo que el legislador ha preestablecido en la norma. De esta manera, las fórmulas de tipicidad vaciadas en delitos de peligro abstracto facilitan sensiblemente la racionalización de decisiones en el juez.

De esta forma, la aplicación del derecho y el razonamiento del juez se vuelven una tarea simple, despojada de tensiones epistémicas, con una sensible flexibilidad en la exhibición de razones al momento de justificar la rectitud de una decisión. Es el caso del porte ilegal de un arma de fuego o el hecho de que un individuo sea sorprendido en posesión de heroína. En casos de esta naturaleza, la perfección en los juicios de subsunción que vinculan al supuesto fáctico con la norma no obedece a la filiación teórica a la que se adscribe el juzgador al momento de valorar la prueba. No es así. Es la nota característica de un derecho penal sancionador la que conspira en desfavor de la presunción de inocencia como regla de juicio.

Esto ocurre en asuntos penales en los que el debate gira alrededor de la tenencia de un elemento prohibido. Cuando la práctica de pruebas culmina y el órgano de la acusación demuestra la tenencia del arma de fuego o la heroína, el juez se sume en un estado de contemplación profunda, porque en su mente no hay dudas. Ya el policía indicó que incautó en poder del acusado el elemento prohibido. La rectitud de su decisión será evidente porque la simplificada fórmula de tipicidad y el compromiso penal del reo fueron acreditados. Se descarta, así, un espacio de subjetividad o potencial irracionalidad en el proceso de valoración probatoria exhibido por el juez. En circunstancias como estas, cualquier sistema de valoración es perfecto, porque pareciera predestinado a ser innecesario.

En oposición a lo que actualmente sucede con la presunción de inocencia en constituciones políticas como las de España y Colombia, que explícitamente se ocupan de su incorporación en el orden de valores y principios integrados en la parte dogmática, no ocurría lo propio con las constituciones anterior-

res a las de 1978 y 1991 en su orden. En el caso colombiano, a finales del siglo XX se indicó, por el constituyente en el artículo 29, que todo individuo sometido a un proceso penal se presumía inocente, mientras no haya sido vencido en juicio a través de una sentencia condenatoria. Por su parte, España contempló explícitamente la presunción de inocencia como garantía fundamental, consagrándola en el artículo 24-2 como el derecho que tiene todo individuo a ser tratado como tal.

En ausencia de un marco jurídico que regulase la presunción de inocencia, dice la doctrina que el *in dubio pro reo* era el instrumento que todavía en vigencia del sistema inquisitivo, se utilizaba por los jueces para absolver cuando tenían dudas acerca de la responsabilidad penal del acusado. Lo extraño, en punto de los pronunciamientos judiciales, es que no se entendía, con exactitud, que la decisión de no condenar obedeciese a la consolidación de un sistema de garantías. Por el contrario, la aplicación de la figura era entendida como un acto de conmiseración o filantropía del juzgador. Esa percepción que se tenía acerca del juez como un hombre bondadoso era, por demás, comprensible, porque el sistema jurídico había sido edificado con unas características y particularidades que abrían con mayor facilidad el camino para las condenas, habida consideración de que con indicios, confesiones y tormentos recurrentemente el reo era vencido en juicio. No deja de ser paradójico que aún con el tránsito a la Ilustración y la flexibilización de las penas, el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia continuaran siendo jurídicamente intrascendentes, incluso para la jurisprudencia en la década de los setenta y ochenta del siglo XX. De hecho, hasta el mismo Tribunal Constitucional en España tenía importantes limitaciones para el amparo de la presunción de inocencia como derecho fundamental, debido a que los supuestos fácticos probados por el juez de instancia eran intangibles en el examen constitucional (Tomas y Valiente, 1987).

De otro lado, un importante doctrinante español afirma que el *in dubio pro reo*, como principio, es en esencia un eje fundamental de la presunción de inocencia, máxime si en consideración se tiene la falta de claridad epistémica de esta. No en vano, cuando hay ausencia de regulación legal en punto de la presunción de inocencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se ha indicado que el *in dubio pro reo* corresponde al contenido de la presunción de inocencia. Para abundar en razones sobre su apreciación, reitera que en un importante evento académico que llevó a cabo en 1979 la Asociación Internacional de Derecho Penal, una de las conclusiones del congreso fue, precisamen-

te, que, de cara a una decisión definitiva al interior del proceso penal, en el evento de mediar dudas, el caso debe ser resuelto a favor del inculpado (Bacigalupo, *Presunción de Inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación*).

Se observa, entonces, que no obstante la importancia histórica de esta institución como criterio de absolucón en asuntos penales, la realidad muestra que la figura ha padecido de sensibles dificultades en su aplicación real. En principio porque su uso en la cosmovisión del positivismo jurídico adoleció de un fundamento material normativo que, con rigurosidad, vinculara al juez en su rol como administrador de justicia; de otro lado, vale considerar que la pérdida de valor vinculante dificultaba, particularmente en España, su reconocimiento en el ámbito jurisprudencial, sobre todo en las demandas de casación.

Debe adicionarse a lo indicado, que las dificultades operativas con las que nació a la vida jurídica fueron en una medida importante heredadas por la presunción de inocencia como regla de juicio, dado que si coincidiendo con Bacigalupo, se admite que el sustrato material de la presunción de inocencia se encuentra en el *in dubio pro reo*, por esas mismas razones persisten los tropiezos en su reconocimiento. Su postura en este sentido no deviene del pesimismo sino que, en estrictez, se fundamenta en la ausencia de un sustrato material de la duda probatoria que, para algún teórico español, conspira en contra del reconocimiento de la presunción de inocencia que, si bien es cierto se encuentra legal y constitucionalmente regulada, desde el punto de vista funcional, tan solo ha tenido un importante desarrollo conceptual cuyo rendimiento no se aprecia evidentemente reflejado en la praxis judicial (Ferrer Beltrán, 2010). Como ya se indicó en otro apartado, ello no significa que la presunción de inocencia, en la faceta que se estudia, fatalmente esté llamada a no reconocerse.

### 2.2.3 Presunción de inocencia. Su perspectiva como regla probatoria

El estudio de la presunción de inocencia como regla de prueba se aborda hasta ahora, porque dada su arista funcional y conceptual, es la variable que con mayor grado de intimidad se encuentra vinculada a la teoría del delito. Como bien se sabe, los hechos cuya ocurrencia o no se discute en desarrollo de la actividad probatoria, así como la consustancial autoría o participación por parte del acusado en los mismos, son el eje central de discusión en el juicio oral. Desde luego, no se trata de cualquier sustrato fáctico, porque osten-

tan una cualificación especial: son jurídico-penalmente relevantes y, dada la dinámica epistémica que caracteriza al sistema acusatorio, en principio adquieren un carácter teórico y meramente enunciativo, que por razones evidentes debe postular el órgano de la acusación.

Acorde con lo indicado, al plantear la Fiscalía una proyección de lo que será el curso causal de la actividad probatoria, lo que explícitamente asume es la carga de volver tangibles, si se quiere, los hechos que se han condensado en la acusación. Se sigue de lo acotado que la verificabilidad de los enunciados propuestos en sede de alegatos iniciales o de apertura por el Estado como titular de la acción penal, necesariamente, debe respaldarse con medios de conocimiento, entiéndase pruebas, con la entidad suficiente para demostrar la tríada de categorías dogmáticas conocidas como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Surge, en este contexto del proceso penal contemporáneo, la importancia de la presunción de inocencia como regla probatoria, porque, en principio y como criterio general a seguirse en el juicio, tal indemnidad, que coetáneamente viene acompañando al acusado en su variable de regla de tratamiento, impone al Estado el deber de demostrar que el llamado a juicio de responsabilidad criminal es el autor o partícipe de la conducta punible por la que fue convocado a vista pública. De esta forma, el establecimiento de responsabilidad penal y con ello el desvanecimiento de la presunción de inocencia como regla de prueba encuentran en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos un instrumento internacional vinculante que ratifica imperativamente el deber que tiene la Fiscalía de demostrar legalmente la culpabilidad del reo.

Como es apenas elemental, la presunción de inocencia se desvirtúa con actividad probatoria de cargo desplegada por el órgano de la acusación; la doctrina contemporánea coincide en afirmar que esa prueba debe ser practicada con todo el pleno de derechos y garantías fundamentales, en especial, el derecho de contradicción, porque en la lógica del sistema adversarial, los planteamientos teóricos acerca de la forma en que debe resolverse el proceso por parte del juez deben ser probatoriamente soportados por Fiscalía y defensa, lo que equivale a que la calidad de la información producida en la actividad probatoria tiene que estar sometida a la dialéctica de pesos y contrapesos del sistema, para que en este sentido, el conocimiento producido sea del mayor nivel de confiabilidad posible.

Esta metodología de solución de conflictos es apreciada con profundas reservas por parte de Taruffo (2010), si se tiene en cuenta que, dada la naturaleza ontológica del sistema adversarial, la teoría que logra su predominio en el marco del proceso penal no es del todo aquella que se funda en el descubrimiento de la verdad sino, por el contrario, en la estratégica constatación de una propuesta de parte, que puede o no ajustarse a la realidad de los hechos. Lo prevalente es la solución del conflicto, sin que el contenido predicable de la decisión que pone término a la controversia comporte una relación de correspondencia con lo que podría resultar deseable para el valor justicia. De esta manera, es perfectamente viable que las tensiones suscitadas entre las partes se resuelvan a través de decisiones injustas, inspiradas en hechos erróneos, fallos en los que, de manera absurda, la justicia de la decisión y la delimitación fáctica de los sucesos probados no tienen mayor preponderancia. En vista de ello, como fórmula para la justeza de una decisión propone: a) respeto integral al debido proceso; b) correcta interpretación y adecuación de la norma seleccionada, es decir, afín con el principio de legalidad; y c) que la decisión no se motive en hechos erróneos (pp. 124-136).

La propuesta del maestro italiano, de alto calado como toda su producción intelectual, se comparte en una amplia dimensión porque las formas propias del juicio y el respeto de derechos y garantías fundamentales son, en esencia, un presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, como también lo es que la selección de normas jurídicas en las que se apoya el administrador de justicia sea plenamente compatible con el principio de legalidad. Estas dos exigencias o presupuestos son, en una importante proporción, realizables, porque hacen parte de un estándar ético-político mínimo, ya que el debido proceso y la sujeción al principio de legalidad son garantías irreductibles, cuya aplicabilidad con un buen nivel de tino se torna altamente predecible, especialmente por el carácter positivizado de las disposiciones legales que deben ser observadas por los jueces en sus decisiones. Dicho en otros términos, son reglas jurídicas que simplemente se deben cumplir para que el trámite del proceso sea válido.

Lo que sí reviste importantes niveles de complejidad es la corroboración cierta de los hechos, porque dada la dinámica del sistema adversarial, lo que menos le interesa a esta tipología procesal es el establecimiento de la verdad, ya que lo prevalente es la fluidez en las decisiones que se adoptan en la Administración de Justicia. Es más, según lo postula con suficiencia el importante tratadista que se viene citando, es altamente probable que las dos hipótesis enfrentadas dentro de un proceso sean falaces, y a la postre el juez otorgue mayor valor a la que prevaleció en la contienda jurídica

de partes; como también puede ocurrir que la versión suministrada por la parte que no logró persuadir al juez sea la que evidentemente se ajuste a la verdad de los hechos (Taruffo M., 2010, p. 128).

En consonancia con lo expuesto, la habilidad discursiva que tenga la parte en el interrogatorio cruzado, así como la capacidad de persuasión frente al juez en el acto de producción de la prueba son altamente determinantes para que, bajo ciertas condiciones, la presunción de inocencia como regla probatoria sea sistemáticamente desconocida, toda vez que es altamente posible que estando la verdad del lado de quien se presume inocente, por la naturaleza del sistema adversarial, la práctica de prueba termina conspirando para que esa presunción se desvanezca artificiosamente y converja en un fallo de culpabilidad, que incluso se podría suscitar instrumentalizando al órgano de la acusación por parte del equipo que le lleva la evidencia para la construcción de su teoría del caso.

En Colombia y Latinoamérica en general, los sistemas de enjuiciamiento criminal o procesos penales presentan un fenómeno particular consistente en que su estructura es de carácter adversativo, y al ser en primera instancia Fiscalía y defensa quienes deben enfrentarse por la búsqueda de la razón, tal anhelo se inspira en el principio de igualdad de armas, pero en verdad, ese ideal no es plenamente consecuente con la fisionomía que reviste el proceso penal. No en pocas ocasiones, con la proliferación indiscriminada de medidas de aseguramiento de detención preventiva, los acusados llegan al juicio, en primer lugar, con una extendida fase de indagación o averiguación de los hechos, en los que la Fiscalía produce medios de conocimiento con la vocación de mutarse a prueba en desarrollo de la vista pública; en segundo lugar, luego de formularse imputación, persiste en una medida relevante el secreto de la información que en su poder tiene la Fiscalía como titular de la acción penal; y, por último, la información que soporta el llamamiento a juicio se descubre formal e íntegramente en la audiencia de acusación, quedando para la defensa, en términos prácticos, un breve espacio de tiempo para la selección de medios y estrategias que permitan atacar la acusación con idoneidad.

Se ha expresado que breve es el tiempo para el alistamiento de la contienda jurídica, porque es imperativo que la defensa descubra en audiencia preparatoria la totalidad de los medios de convicción con los que enfrentará las pretensiones punitivas de la Fiscalía General de la Nación. Para sintetizar, los procesos penales contemporáneos que se inspiran en la oralidad se precian de favorecer

la igualdad de oportunidades probatorias en el juicio oral, pero en verdad, tal enunciado no se ajusta a la lógica del sistema acusatorio porque en la fase de averiguación de los hechos o de indagación, el Estado, como titular de la acción penal, puede durar años consiguiendo la información que le permita construir su caso y tiene un enorme privilegio: tal información que potencialmente se transforma en prueba no tiene ninguna clase de control por la defensa. La razón es elemental: nadie se puede defender si no se le comunica, en el ámbito preliminar, que hay averiguaciones que lo pretenden vincular como autor o partícipe de un delito. Se puede decir que en la indagación, el Estado con toda su parafernalia e infraestructura investigativa construye hipótesis inculpativas que fatalmente se conjugan con la ignorancia absoluta de su eventual destinatario.

Lo nefasto de todo ello es que la relación de tiempo para el ejercicio de la defensa y los medios para construirla no tienen equivalencia con los que se encuentran a disposición de la Fiscalía General de la Nación. Son dramática y sustancialmente inferiores, porque los términos del juicio, a diferencia de la fase de indagación, son estrictos y perentorios con lo que esos factores limitan, de manera ostensible, la preparación del juicio oral para la defensa. Con un escenario de estas características, es una obviedad que, en la gran mayoría de ocasiones, el trámite del juicio oral, a diferencia de lo que plantea Taruffo, no se desarrolla con el enfrentamiento de dos hipótesis, ya que, recurrentemente, solo son objeto de prueba y constatación los enunciados fácticos de la acusación.

En consecuencia, se encuentra el juez con una sola teoría del caso, es decir, con una serie de enunciados fácticos unilateralmente configurados por el órgano de la acusación. A nivel epistemológico y probatorio, un fenómeno así tiene trascendentales repercusiones frente a la presunción de inocencia como regla probatoria, y la lleva a un déficit estruendoso, porque la prueba producida en juicio es esencialmente de cargo. Esto implica que los procesos de valoración probatoria, por más racionales que sean, están sustancialmente dirigidos a justipreciar la evidencia inculpativa que, como es apenas visible, tiene la potencialidad de consolidar el planteamiento teórico de la Fiscalía, demostrándose, en estos términos, la culpabilidad del reo, porque tanto la materialidad de la infracción penal, como su correlativo compromiso en aquella, cómodamente fueron acreditados por el órgano de la acusación.

Podría decirse que, en oposición a lo planteado, no es del todo cierto que la defensa esté en imposibilidad de construir su propia teoría acerca de la forma en que ocurrieron los hechos para buscar, de esa forma, conven-

cer al juez de que su dirección estratégica y probatoria ostenta un mayor valor de convicción que el de la Fiscalía. Sin embargo, no debe olvidarse que un ejercicio construido en circunstancias apremiantes y con limitadas condiciones de tiempo y recursos lo que consustancialmente traduciría es el despliegue de una actividad defensiva, sensiblemente venida a menos, que tendría a su favor la presunción de inocencia, cuyo destronamiento en juicio no tendría mayores dificultades para quien representa a la acusación. Analizado así el panorama, declarar culpable al acusado, o sea, aniquilar el postulado de la inocencia, es simple cuestión de tiempo.

Al igual que ocurre con la presunción de inocencia en su matiz de regla de tratamiento, lo propio sucede con la presunción de inocencia como regla de prueba. Se presume inocente el acusado, empero llega a juicio privado de la libertad por efecto de la prisión preventiva que materialmente es un anticipo de pena sin condena, y en el desarrollo de la vista pública, se dice que el proceso penal inspirado en la oralidad tiene un rasgo esencial, el cual es que pregona la igualdad de oportunidades para Fiscalía y defensa, pero es evidente que la forma en que opera el sistema no ofrece las mismas posibilidades de actividad probatoria para la defensa. La igualdad simplemente es retórica, y si se trata de garantizar una auténtica presunción de inocencia como regla de prueba, su funcionabilidad y prestancia no deben limitarse a la carga de demostrar la culpabilidad por parte del órgano de la acusación; también deben facilitar medios, estrategias y mecanismos para el despliegue de una actividad defensiva real, con la capacidad de producir medios suasorios que enaltezcan materialmente esta prerrogativa y favorezcan decisiones judiciales axiológicamente justas.

Lo complejo de una decisión reputada como justa al haberse condenado a un culpable que se presumía inocente no radica exclusivamente en que la Fiscalía haya cumplido con la carga de probar lo que prometió en su teoría del caso. El asunto va un poco más allá, y del tema se ha ocupado la epistemología jurídica en sus intentos por descifrar el estándar de prueba necesario para que las sentencias de orden condenatorio o absolutorio presenten un margen de error llevado a mínimas proporciones. Para tal efecto, se han elaborado diferentes propuestas, que van desde estándares de prueba subjetivos y la distribución de errores con fundamento en probabilidades y estadísticas, hasta el diseño de estándares de prueba objetivos. Críticamente se postulan variadas alternativas en las que, incluso, se sugieren umbrales mínimos para tener una hipótesis como probada, y se elaboran importantes reflexiones en las que se concluye que, si esos estándares mínimos son

muy elevados, se corre el riesgo de que cualquier duda, por banal que sea, tenga la fuerza suficiente para generar absoluciones erróneas. En contrario sentido, si el estándar probatorio es disminuido, las consecuencias son igualmente dramáticas porque se auspician condenas a individuos catalogados como axiomáticamente inocentes. A la postre, una y otra alternativa presentan costos sociales de importante calado, porque desde el punto de vista empírico, no es posible objetivar el número de ocasiones en que sale a flote su falibilidad (Laudan, 2013, p. 103-136).

En definitiva, conforme lo regula la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2, demostrar legalmente la culpabilidad del reo es un imperativo jurídico que se encuentra sujeto a un nivel de progresividad epistemológico no constatable empíricamente, el cual es que a mayor evolución en la dinámica del proceso penal más elevado debe ser el nivel de conocimiento para la ulterior toma de decisiones. El tema es trascendental porque tanto para la imputación como para la imposición de medidas cautelares, aunque el órgano de la acusación no haya acusado, es evidente que piensa hacerlo, y acude ante el juez, porque en el ámbito preliminar ha producido información o elementos materiales probatorios que permiten construir inferencias y razonamientos con los que se transmite al decisor la idea de que el vinculado al proceso penal puede ser autor o partícipe de una conducta delictiva. De hecho, el material probatorio que ha construido unilateralmente la Fiscalía, y que tiene vocación incriminatoria es valorado por la defensa y finalmente por el juez de la investigación.

Lo que se quiere destacar es que, al fin y al cabo, se produce conocimiento que tiene la virtualidad de comprometer garantías fundamentales como libertad y presunción de inocencia, sin que haya mayor espacio y tiempo para que la defensa produzca información legalmente obtenida que refute la teoría del delito elaborada hasta ese momento por el ente acusador. Para que se entienda un poco mejor, en los eventos no susceptibles de judicialización a través de flagrancia, que son una amplia mayoría, cuando la Fiscalía construye su investigación, la misma se extiende por dos, tres o más años, y al producirse la captura del futuro imputado, la defensa solo tiene treinta y seis horas o menos para el desarrollo de su actividad.

Aunque se dice que prueba es únicamente la practicada en el juicio oral, porque hasta ese instante tiene la defensa oportunidad de controlar la actividad incriminatoria de la Fiscalía, lo cierto es que la presunción de inocencia como regla probatoria se ve comprometida desde la fase de indagación,

porque desde aquel momento y hasta la acusación, se construye conocimiento e información legalmente obtenida con proyección de prueba, cuyo nivel de indemnidad e intangibilidad es prácticamente absoluto. No se olvide que la imputación y la acusación son actos de parte que ostentan un carácter eminentemente comunicativo, y tienen en la inferencia razonable y en la probabilidad de verdad niveles epistémicos que los soportan. Así se desprende del contenido plasmado en los artículos 287 y 336 del Sistema Penal Acusatorio colombiano.

A su turno, el artículo 381 del Sistema de Enjuiciamiento Criminal colombiano ha fijado como estándar para condenar el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. Debe tenerse presente que al juicio ha llegado la Fiscalía con un grado de conocimiento importante que compromete sensiblemente la presunción de inocencia. No en vano, frente a algunas conductas delictivas y por el alto nivel de la pena eventualmente aplicable, se toma la decisión de imponer prisión preventiva al acusado y, aunque por regla de tratamiento en el juicio, quien ha sido reputado como autor o partícipe de un delito se considera inocente, coetáneamente se tiene que, con probabilidad de verdad, puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva. En una simple reflexión, es factible predicar que ha sido convocado a juicio el probable culpable de un delito, es decir, que su presunción de inocencia como regla probatoria ha sido minada sin que se haya presentado controversia probatoria de ninguna índole.

Para más razones, hay medios de conocimiento que la Fiscalía ha construido y que, con probabilidad de verdad, sirven de soporte para establecer que, a ese nivel, se encuentran satisfechos los aspectos objetivos y subjetivos de la conducta delictiva, descartándose incluso de plano la concurrencia de causales de ausencia de responsabilidad. Lo que ello significa es que, por la naturaleza evolutiva del proceso penal, la presunción de inocencia como regla probatoria, en una perspectiva importante ha sido diezmada, sin que materialmente haya sido posible ejercer actos de controversia.

De lo expuesto en antecedencia no se colige que se comparta un planteamiento orientado a justificar actos de controversia sobre la indagación, la imputación y la acusación. Un sistema diseñado de esta forma, prácticamente iría en contra del principio de oficialidad de la acción penal y correría el riesgo de ser altamente disfuncional, por la concurrencia de frecuentes controles que restarían autonomía a la Fiscalía como titular de la acción penal. No

se trata de mudar del defecto al exceso. Como mecanismo de compensación destinado a preservar la presunción de inocencia como regla de prueba, lo deseable sería que luego de formulada la imputación, inmediatamente tuviera la defensa acceso a la totalidad de elementos materiales probatorios y evidencia física que en su poder tenga el ente acusador.

En este sentido, lo que se podría denominar principio de previsibilidad de los actos de parte rodearía de certidumbre el ejercicio del derecho a la defensa y, además, la presunción de inocencia como regla de prueba se enaltecería, porque al definirse en el proceso penal los fundamentos de orden fáctico, jurídico y probatorio que contextualizan la imputación, tendrán el imputado y su defensor mejor tiempo, medios y mecanismos que satisfagan el despliegue de una actividad defensiva con mejores posibilidades de controversia y éxito. De esta forma y al margen de que la acusación no sea susceptible de control sustancial, sí tendrán la defensa técnica y material un panorama más amable que permita auditar jurídicamente los medios de conocimiento en que tal acto se soporta, y, dentro de este orden lógico, dirigir su planteamiento teórico y probatorio a negar la consolidación de la tríada de categorías dogmáticas conocidas como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Una de las formalidades sustanciales instituidas en el proceso penal contemporáneo es, precisamente, el principio de congruencia o, si se quiere, de coherencia que debe guardar el órgano de la acusación en sus pretensiones punitivas, que si bien es cierto en la indagación no se encuentran definidas, algo distinto sucede tan pronto se formula la imputación, escenario en el que, por excelencia, se van delimitando los límites sustantivos en punto de los cuales girará la futura controversia en el juicio oral. Tan vinculante es esta prerrogativa, que el principio de inmutabilidad fáctica tiene, obviamente, como finalidad, que esos hechos en los que se formaliza el ejercicio de la acción penal no puedan ser caprichosamente alterados, porque en teleología el fundamento de la actividad probatoria debe ser predecible, de lo que se sigue que los medios de conocimiento que tiene el órgano de la acusación para aniquilar la presunción de inocencia como regla de prueba deban conocerse con suficiente tiempo. El juicio oral, a diferencia del cine americano, no es un escenario de sorpresas ni, mucho menos, el momento propicio para que la prueba edificante de la culpabilidad surja por generación espontánea, sin previo aviso y en el instante menos esperado.

Como se ha observado hasta ahora, hay grados de conocimiento que conspiran en contra de la presunción de inocencia como regla probatoria; estos tienen

un nivel progresivo que transita desde inferencias razonables, juicios de probabilidades y conocimiento más allá de toda duda. Esos niveles de cognición político-criminalmente establecidos por el legislador se correlacionan con diferentes momentos procesales más; desde el punto de vista objetivo, no son cuantificables o apreciables.

La doctrina española se ha ocupado del tema, y destaca lo poco apropiado que resulta acuñar la expresión "mínima actividad probatoria", porque ello sería tanto como dar a entender que con un número de pruebas determinable estaría la Fiscalía en condiciones de desvirtuar la presunción de inocencia como regla de prueba. Por eso se plantea que en el proceso penal solo es dable predicar la existencia o no existencia de prueba con la entidad suficiente para desmoronar la presunción de inocencia que asiste al inculpado y se aduce que, bajo ciertas condiciones, con solo una prueba es perfectamente posible que se demuestre la culpabilidad del acusado. En este sentido, se hace énfasis en un aspecto no menos secundario, que es la doctrina de la mínima actividad probatoria, que tampoco debe entenderse como una alternativa que relaja la actividad punitiva del Estado y permite que el órgano de la acusación demuestre su planteamiento del caso con un estándar de prueba que puede ser altamente flexible o poco riguroso, como podría ocurrir con la prueba indiciaria (Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, 1997, pp. 129-130).

La trascendencia de este aporte radica en que se define el alcance de la mínima actividad probatoria, a partir de criterios de exclusión, como sucede con los indicios o prueba que, siendo directa, adolece de la entidad demostrativa suficiente para acreditar la responsabilidad penal del reo; algo similar ocurre cuando se postula que la mínima actividad probatoria no supone una cuantificación de la prueba. Con todo, aunque se dice que circunstancialmente una prueba puede ser suficiente para condenar, no se desentraña el contenido y alcance de esa prueba única. Esto implica que no se define en sentido positivo lo que ha de entenderse como mínima actividad probatoria. Las limitaciones de la propuesta se comprenden, porque ni siquiera la epistemología jurídica ha logrado resolver la problemática del estándar de prueba.

Corresponde en adelante, sin pretensiones de exhaustividad, abordar desde una arista conceptual la temática de prueba en materia penal y, en este mismo orden, analizar los diferentes matices que esta institución ha venido experimentando en el proceso penal, en especial con la dinámica e interacción funcional que adquiere frente a principios como el de igualdad

de armas y carga de la prueba. Para tal efecto, se apelará a los desarrollos que teóricamente ha postulado la doctrina.

#### 2.2.4 Aproximación conceptual a la prueba en el proceso penal

Si se acoge el tradicional concepto de prueba en la dinámica del sistema acusatorio, ha de entenderse que, en primer término, se encuentra vinculado con la constatación en el juicio de los enunciados fácticos que hicieron Fiscalía y defensa al postular sus afirmaciones iniciales del caso y cómo sucedió, en verdad, un hecho de naturaleza histórica que, por su condición, es simplemente irrepetible. En este sentido, los hechos, en su genuina configuración, no son susceptibles de constatación; lo que se examina en realidad es la coherencia o conexión que puede mediar entre el vaticinio que Fiscalía y defensa presentan acerca de lo que ocurrirá en la actividad probatoria, y lo que en efecto sucede cuando las pruebas han sido practicadas.

A ello obedece que un importante filósofo y jurista inglés defina como prueba un hecho que se da por cierto a partir de la actividad probatoria que las partes en su ejercicio dialéctico desarrollan con el fin de persuadir al juez. En su cosmovisión, la decisión que de fondo se adopte para conceder o negar una pretensión se inspira en una conclusión, porque al suponer el órgano jurisdiccional que el *hecho probatorio* se ha demostrado, lo propio debe ocurrir con el hecho cuya existencia o inexistencia se discuten en el litigio (Bentham, 2000, pp. 9-10).

En esta misma línea dialéctica, ya indicaba Carrara (1994), que la prueba es todo aquello que sirve para dotar de certidumbre a una proposición. Disertaba, además, indicando que los juicios criminales se resuelven con la práctica probatoria, y es sobre la base de esta actividad que se valora la culpabilidad o inocencia del reo, análisis que realiza el juez a partir de los testimonios sugeridos por las partes para acreditar la fiabilidad de sus proposiciones (pp. 291-297). Se visibiliza, en estas condiciones que, en cercanía al planteamiento ideológico de Bentham, la certidumbre o no de un suceso no dependía de la autosuficiencia ontológica del hecho sino de la capacidad que tengan las partes de volverlo perceptible ante los ojos del juez.

Bajo estas circunstancias, la propuesta narrativa con mayor respaldo suasorio será la llamada a persuadir al órgano decisor que, en su condición de destinatario de la prueba, examinará cuál de las partes es la que finalmente logra probar con mayor o mejor respaldo sus enunciados. Dice sobre el particular la doctrina española, que al ser los hechos un fenómeno pre-

térito, no susceptible de corroboración en tiempo real por parte del juez, y, por tanto, ausentes en el juicio, el principal recurso que en su labor decisoria encuentra el órgano jurisdiccional es el de la verificación o no de los enunciados lingüísticos que hicieran las partes en punto de la ocurrencia o no de los sucesos con relevancia jurídica. Se suma a ello que la producción de ese conocimiento llevado al juez debe ser con el pleno respeto de los derechos y garantías que les asisten a las partes en el ejercicio del contradictorio. De hecho, la información con vocación de prueba que produce la acusación, en esta percepción, debe ser de importantes niveles de calidad para que en teleología la fase de juicio llegue con un umbral de conocimiento en el que los grados de probabilidad que se predicen de la culpabilidad del reo, desde una arista epistemológica, favorezcan la noción del juez respecto del estándar de prueba, y así no comprometer, equivocada o artificiosamente, la presunción de inocencia (Ibáñez, 2015, pp. 261-268).

A su turno, uno de los procesalistas más representativos en Latinoamérica, aceptando desde luego las dificultades que presenta el proceso penal como mecanismo para buscar la verdad o no de la hipótesis inculpativa de la Fiscalía, expresa que el instrumento al que acuden las partes con tal objetivo es la prueba. Postula, así, como definición de prueba, la actividad y esfuerzo que los trabados en el conflicto destinan para incorporar, cognoscitivamente en el juez todos los rastros y vestigios con capacidad suficiente de crear juicios de confiabilidad sobre el objeto de la prueba. En otra dimensión gnoseológica predica este autor que la prueba se define como el resultado de la actividad probatoria, es decir, como la acción de probar, como podría ocurrir con un elemento de contexto que afirma o niega la hipótesis de la acusación, ostentando así un carácter poliédrico (Maier, 2008, p. 522).

Sin alejarse de la línea conceptual hasta ahora parafraseada, Sentis Melendo indica que prueba es una especie de constatación o corroboración que hace el juez respecto de las afirmaciones presentadas por las partes respecto de la forma o manera en que pudieron haber ocurrido o no los hechos; en algunas circunstancias esa verificación se hace en relación con normas jurídicas (Melendo, 1978, p. 16).

De acuerdo a esta postura, se entiende que el carácter de prueba lo define el juez y no las partes, de quienes se podría predicar que desarrollan actividades probatorias y exhiben pretensiones que se vinculan con esa labor pero, en estricto sentido, el linaje de prueba se adquiere cuando el órgano decisor, como destinatario de la misma, verifica que las proposiciones lexicológicas

exhibidas en el inicio del juicio oral coinciden en importante medida con el resultado arrojado por los actos aspiracionales de prueba. Como se indicó, debe haber una conexión lógica entre la presentación de la teoría del caso, el momento en que se desarrolla la actividad probática, y la fase concluyente de alegaciones de cierre.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia en Colombia, como máximo tribunal de cierre en la jurisdicción ordinaria, desató un recurso extraordinario de casación que la defensa interpuso en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal de Apelaciones en Medellín. A manera de síntesis: la Fiscalía acusó y solicitó condena por el delito de acto sexual violento; el juez de primera instancia absolvió, y al apelarse la decisión, el tribunal decide revocar la absolución y condenar por el injusto de acoso sexual.

Lo interesante del caso es que, con suficiente razón, el rol incriminatorio de la Fiscalía fue censurado por el máximo organismo de la jurisdicción penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2018), debido a que convirtió en juego de azar el ejercicio responsable de la titularidad de la acción penal. En primera instancia, indicó en audiencia de imputación, que el delito promocionado en juicio sería el de actos sexuales abusivos con menor de 14 años; empero, como después de la delimitación fáctica y jurídica del caso advirtió que la presunta víctima ya había cumplido los 14 años al momento de los hechos, la imputación fue anulada, mudando el ente acusador en la nueva formalización del proceso a una hipótesis de acto sexual violento.

La improvisación emerge evidente, porque atendiendo la estructura dogmática y probatoria de un comportamiento reputado como abusivo, su naturaleza y etiología excluyen el ejercicio de violencia. Dicho en otros términos: el sujeto activo que abusa de un menor de edad no necesita el despliegue de actos de coerción, intimidación o doblegamiento sobre la víctima, porque para abusar no hay que violentar. De todas formas, si una víctima menor de 14 años de edad es agredida sexualmente, y el factor causal de la intromisión erótico-sexual es el despliegue de violencia, el delito atribuible sería el de acceso carnal o acto sexual violento, dependiendo de las circunstancias. En conclusión, un menor de 14 años de edad puede ser víctima de las dos tipologías delictuales.

Lo curioso en medio de todo es que con el mismo supuesto de hecho (catalogado preliminarmente como abusivo), la Fiscalía enunció que el ejercicio de violencia psicológica habría sido el mecanismo determinante que posibilitó al acusado acceder al inconsulto favor erótico-sexual (realización

de actos masturbatorios por espacio de media hora al menor de edad). La actuación procesal y análisis que la Corte hizo de la actividad probatoria permitió evidenciar que se demostraron aquellas proposiciones lingüísticas que predicaban la existencia de un acto sexual. Sin embargo, lo concerniente al despliegue de violencia quedó en el escenario de la postulación, sin que en el juicio concurrieran actos de prueba para advertir que la violencia psicológica o moral fue la que desencadenó el acto sexual.

De hecho, ese ingrediente normativo que hace parte de la tipicidad y que, por supuesto, debe probarse fue echado de menos por la defensa desde instancias previas al juicio, y tal ausencia se vio reflejada en el ejercicio del contradictorio, debido a que brilló por su inexistencia la realización de actividades probatorias destinadas a convencer al juez sobre el ejercicio de violencia que el acusado habría materializado en la integridad sexual del menor de edad. A la postre, como era apenas entendible, la Corte absuelve, porque la capacidad persuasiva de la prueba no rendía lo suficiente como para acreditar aquellos enunciados que insinuaban el despliegue de violencia. En esta decisión, se descartó la hipótesis de acoso sexual, porque lo probado en la controversia, desde el punto de vista epistemológico, no tenía ningún nexo o relación de correspondencia jurídica con el delito de acoso sexual, cuya estructura legal y probatoria es sustancialmente diversa a la del injusto típico de acto sexual violento que, como ya se expresó, tampoco fue acreditado.

El anterior supuesto de hecho, con restricción de libertad a bordo, se erige en la viva muestra de lo que no debe hacer el órgano de la acusación con sus pretensiones punitivas que, como lo indica Perfecto Andrés Ibáñez, no puede erigirse en una potestad arbitraria huérfana de soporte cognitivo. Así es; la convocatoria que se hace a juicio de responsabilidad criminal al acusado debe, forzosamente, incorporar medios suasorios o actividad probatoria que, por lo menos, sirva de respaldo para el enunciado de la acusación y que, consustancialmente, abra el espacio para la dialéctica del desacuerdo con la defensa. Aunque por regla general no se prevé el control material de la acusación en el proceso penal contemporáneo, especialmente por la separación de funciones de investigación y juzgamiento, no solo sería deseable, sino amén de ello necesario, que el órgano de la acusación ejerza controles más rigurosos para seleccionar los asuntos que serán objeto de judicialización y potencial restricción de garantías fundamentales.

La evaluación sistemática del caso, con expectativa de promoción a juicio oral, debe comprender, desde el ámbito previo, una lista de chequeo que

integre las exigencias probatorias que demanda el tipo penal cuya puesta en escena se quiere construir en el juicio oral. Si se hace con diligencia y cuidado esta tarea, debe analizarse que los actos de investigación no son un fin en sí mismos; por el contrario, son meramente instrumentales, es decir, preparatorios o de carácter contingente porque, dependiendo de su potencial persuasivo, será posible hacer un diagnóstico de la resistencia que podría tener el planteamiento teórico frente a hipotéticos embates de la defensa contra la acusación. No se trata de una trivialidad; si el principio de estricta tipicidad se erige en fundamento infranqueable de las pesquisas, la probabilidad de éxito en el juicio debe inspirarse en el valor demostrativo que arrojen los actos de conocimiento en la investigación en la aptitud para hacer juicios subsuntivistas o de tipicidad en el ámbito previo.

Con más argumentos, si el caso al que se hizo alusión en precedencia y que llegó a conocimiento de la Corte, de manera responsable hubiese sido analizado por el fiscal y su equipo de trabajo, la verdad es que difícilmente se habría formulado imputación, porque de dos posibles hipótesis delictivas, evidentemente se vislumbraba que ninguna tendría éxito. En primer término, los actos sexuales abusivos se descartarían, porque el menor víctima ya había cumplido sus catorce años de edad al instante de los hechos y, en segundo orden, el acto sexual violento tampoco era una alternativa aceptable, porque la conducta onanista perpetrada por el acusado no fue antecedida de violencia física o psicológica. Queda claro que no se estructuraba un juicio de tipicidad en los dos escenarios delictivos.

La actividad probatoria desarrollada por Fiscalía y defensa en el marco del proceso penal no es, bajo ninguna circunstancia, un banal ejercicio retórico en el que la persuasión del juez y del auditorio en general se logre porque una de las partes goce de mayor facilidad para expresarse en público. Hablar adecuadamente, exhibir un lenguaje fluido y coherente es fundamental, si se quiere, determinante, mas no es suficiente. En la argumentación judicial, el destinatario de aquellos planteamientos que persiguen conectar proposiciones lingüísticas iniciales, actividad probatoria y normas jurídicas es un juez que, por su capacidad jurídica y de reflexión, observa críticamente los alegatos que presentan las partes (Martineau, 2009, p. 25). Por eso, un adecuado ejercicio argumentativo debe ser íntegro y construirse con elementos de juicio fundados que permitan convencer al auditorio, y a ese nivel discursivo se llega si las proposiciones lexicológicas tienen respaldo en la actividad probatoria y se conectan con el supuesto de hecho normativo compatible con aquellas.

Por su parte, un teórico español expone que las afirmaciones revestidas de mayor relevancia jurídica, es decir, los enunciados íntimamente ligados con el supuesto normativo que se pretende desentrañar, deben integrarse para encontrar niveles de correspondencia óptimos que permitan hallar la proximidad entre el hecho que se afirma y el suceso histórico realmente acaecido. Por tanto, no es una actividad dejada al albur de las vicisitudes suscitadas en el debate probatorio; tampoco es un trabajo en que el acaso o el quizá sean elementos determinantes del éxito o fracaso de la pretensión. Por el contrario, es un sendero jurídico que tiene su ruta preestablecida, con espacios debidamente fijados y reglas jurídicas previsibles que integran el denominado derecho probatorio (Muñoz Sabaté, 2007, pp. 15-16)

En el mismo giro dialéctico que se ha venido contextualizando, Gascón Abellán, afín con la visión de Ferrajoli, acoge el cognoscitivista como modelo epistemológico de fijación de los hechos. Se comprende este paradigma así porque el tráforo jurídico-procesal que sirve de insumo para el afianzamiento fáctico del asunto objeto de controversia se construye con la formulación de proposiciones lingüísticas de orden fáctico que se reputan como verdaderas. Lo deseable en esta línea de pensamiento es que la formulación de los hechos se proyecte, de ser posible, sin que en su construcción el juez introduzca valoraciones o apreciaciones que alteren la genuina identidad fáctica de los sucesos. Por tanto, el acogimiento del modelo epistemológico cognoscitivista se encamina a determinar la verdad, no como acontecimiento del pasado, sino la verdad de enunciados sobre los hechos que, en el argot judicial, se conocen como hechos probados. En esta importante labor, identifica la tratadista algunas proyecciones teóricas que le brindan respaldo al paradigma. Tal es el caso de las teorías semánticas de la verdad como correspondencia, teorías sintácticas de la verdad como coherencia, y teorías pragmatistas de la verdad (Gascón Abellán, 2010, pp. 49-51).

Ferrer Beltrán presenta, como concepto de prueba, toda aquella proposición que se encuentra respaldada en medios cognoscitivos que permiten acreditar su verdad. Con este planteamiento, para que una proposición sea catalogada como prueba, debe cumplir con dos exigencias: por un lado, que el desarrollo de la actividad probatoria arroje resultados que se identifican con su contenido, y por otros, que el producto epistémico que subyace en el acto de prueba corresponda a una proposición verdadera. De todas maneras, este teórico es consciente de que con la fórmula propuesta la genuinidad de una proposición y su respaldo probático no garantizan que la decisión judicial sea compatible con la verdad (Beltrán y Ferrer Beltrán, 2005, pp. 30-31).

Como se logra apreciar, en su amplia mayoría la doctrina contemporánea coincide en correlacionar la prueba de los hechos con enunciados fácticos o proposiciones que las partes hacen afirmando o negando su ocurrencia. El sistema penal acusatorio no es ajeno a este modelo epistémico, y lo cierto es que, atendiendo su configuración, el paradigma cognoscitivista termina siendo, a la postre, el que mayor consideración tiene con la presunción de inocencia en todas sus variables. Obedece este aserto a que la construcción del conocimiento es llevada por las partes al juez, y la mínima intervención de este en la actividad probatoria favorece que los enunciados fácticos bilateralmente planteados por aquellas sean recíprocamente controlados en los actos de prueba. De esta forma, corresponde a las partes auditar el ingreso de información al juicio y articular fundamentos de orden fáctico, jurídico y probatorio respecto de sus proposiciones lingüísticas.

Un panorama de este orden nutre el conocimiento del juez que, con criterios racionales de valoración, se encuentra en condiciones de determinar a cuál de las partes enfrentadas le asiste la razón. Expresado en giro diverso: de acuerdo a la realidad del proceso, se encuentra el órgano decisor en condiciones de determinar si Fiscalía o defensa probaron los enunciados fácticos que habían construido sobre la existencia o inexistencia de los hechos.

Pese a las bondades del paradigma, es necesario que el derecho de defensa se potencie o fortalezca desde instancias previas al juicio. No es suficiente que solo en la fase intermedia del proceso penal, es decir, en tránsito de las audiencias de acusación y preparatoria, el destinatario del juicio tenga conocimiento de los medios cognoscitivos que respaldarán la hipótesis inculpativa de la Fiscalía en el juicio oral. Si la controversia probatoria en esta fase pública es por excelencia un debate epistemológico que demanda de preparación, tiempo, medios y elección de estrategias jurídicas, no es consecuente con la ideología de un sistema de enjuiciamiento que se inspira en la igualdad de armas que luego de definidas las aristas jurídicas y límites sustantivos del proceso penal en la audiencia de imputación, el órgano de la acusación siga guardando celosamente la información y, es más, ejecute actos de investigación adicionales que contribuyen al perfeccionamiento de su teoría del caso, como si no fueran suficientes los años que, en el más absoluto secreto, ha tenido la Fiscalía para adelantar la indagación, construir hipótesis delictivas y seleccionar la que mayor coherencia y solvencia probatoria tendrá después de formulada públicamente la imputación fáctica y jurídica de los hechos.

Si en el modelo cognoscitivista, los hechos no se prueban, porque lo demostrable en juicio son las afirmaciones que Fiscalía y defensa realizan acerca de los mismos en la teoría del caso, un mínimo de coherencia invita a reflexionar respecto de las menores alternativas que para formular proposiciones lingüísticas tendrá la defensa. Quiere esto decir que, a nivel epistémico, la defensa tiene en su contra sensibles dificultades porque, en no pocas ocasiones, sus enunciados se construyen y edifican a partir de las proposiciones lingüísticas configuradoras de los hechos jurídico-penalmente relevantes incorporados en la acusación.

La coherencia de un sistema inspirado en la igualdad de oportunidades para llevar conocimiento al juez supondría que la defensa técnica y material estuviera en condiciones de edificar sus propios enunciados, llevando a la vista pública los actos de prueba que los revisten de fiabilidad. Un sistema penal que concibe el principio de igualdad como una prenda de garantía para el afianzamiento de las prerrogativas constitucionales del acusado debe facilitar a la defensa posibilidades reales de una mejor preparación para el juicio. En Colombia, por imposición del principio de legalidad, la indagación y la investigación son secretas, es decir, a los medios epistemológicos que las respaldan no tiene acceso la defensa. De hecho, por la praxis y dinámica del sistema, ni siquiera en el acto de la acusación se descubren los elementos materiales probatorios y evidencia física, porque el mismo ordenamiento jurídico prevé que el órgano de la acusación cuenta con tres días para cumplir con el descubrimiento pleno de la información, lo que desde el punto de vista gnoseológico significa que a la acusación se llega en medio de la más detestable incertidumbre.

### **2.2.5 Carga de la prueba. Debe cumplirla el órgano de la acusación**

Con la definición sustantiva de los enunciados fácticos que serán objeto de controversia en el juicio oral y, en especial, con la construcción lingüística de los hechos jurídicamente relevantes, adquiere la Fiscalía un compromiso frente al juez. En Colombia, la acusación, por las características que rodearon el diseño del sistema, no es un acto simple, es en verdad un acto complejo que cuenta con dos fases. En primer término, se radica la acusación por escrito y, luego de surtidos ciertos trámites administrativos, se asigna un juez de conocimiento que presidirá el juicio. Por la secuencia del proceso, corresponde a este formalizar el segundo acto de composición de la acusación en audiencia oral, instante en el que la Fiscalía comunica oficialmente al

imputado su nueva condición de acusado, al indicarle, pormenorizadamente, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que presuntamente rodearon la ejecución de una conducta delictiva. Es el momento del primer acto público en juicio oral, y el espacio propicio para que materialmente el acusado sepa en concreto de qué hechos se le acusa, y cuáles son las proposiciones léxicas que mediante actividad probatoria debe acreditar el órgano de la acusación.

Ha indicado la doctrina contemporánea, que las bases axiológicas de un legítimo sistema acusatorio tienen importantes repercusiones frente al sistema de garantías que el propio modelo incardina. De esta manera, la separación de funciones de investigación y juzgamiento no solo traduce la neutralidad real del juez en el debate probatorio, sino que, en simultaneidad, asume el órgano de la acusación la carga de probar los enunciados fácticos incorporados en el formal llamamiento a juicio (Benavente Chorres, 2011, pp. 36-37).

La ley colombiana, de manera explícita, prevé, en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal, que al ser la presunción de inocencia un criterio orientador y regla de las actuaciones que adelantan el Estado y toda su parafernalia institucional corresponde a la acusación asumir la carga de probar la responsabilidad penal del convocado a juicio. De hecho, la misma disposición destaca categóricamente que bajo ninguna circunstancia dicho imperativo es susceptible de inversión, es decir, que compete al destinatario de la ley penal comprobar su inocencia ante el juez que decide la causa. Esta disposición se articula con el nivel epistemológico que se debe llevar al órgano decisor, al que, en consonancia con la actividad probatoria debatida en el juicio, debe proveérsele de conocimiento más allá de toda duda, tanto del delito, como de la consustancial responsabilidad penal del acusado. Así lo consagra puntualmente el artículo 381 de la disposición normativa que se ha referenciado.

De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio de legalidad, lo que el debido proceso impone es que los medios de conocimiento para corroer la presunción de inocencia en todos sus matices corresponde incorporarlos a la Fiscalía General de la Nación. En México, el artículo 20 de la Constitución Política establece como exigencia del debido proceso, que la carga de la prueba para demostrar la responsabilidad penal del reo es de la Fiscalía. Por su parte, en Chile, únicamente la sentencia que resuelva sobre la culpabilidad penal del promovido a juicio será soporte idóneo para aniquilar la presunción de inocencia. Aunque no se incorpora la carga de probar la acusación como principio positivizado, es evidente el deber de acreditar que el acusado cometió un delito y puede reputarse como autor o partícipe es del Estado.

El sistema procesal alemán destaca que una nota característica del *in dubio pro reo*, como principio fundamental, es que no corresponde al acusado soportar, probatoriamente, su estrategia defensiva sino que, en contrario sentido, debe la Fiscalía acreditar todos los aspectos circunstanciales y elementos de contexto que pretenden situarlo como autor del delito materia de juicio. Destaca la doctrina de ese país, que este postulado solo es predicable de supuestos fácticos, y se excluyen de su radio de acción las controversias que se puedan originar respecto de disposiciones jurídicas (Roxin, *Derecho procesal penal*, 2000, pp. 111-112).

La inclusión normativa o no de las cargas probatorias que debe asumir el órgano de la acusación, como titular de las pretensiones punitivas del Estado, realmente es un tema secundario. Lo determinante dentro de todo proceso penal contemporáneo es que, si se llama a juicio al acusado, el órgano de la acusación tiene la carga de acreditar los hechos objeto de prueba. Tan claro es el tema que, en la cosmovisión dialéctica del principio acusatorio, es decir, la separación de funciones de investigación y juzgamiento, sin acusación, no puede haber juez. Expresado en forma un poco más gráfica: sin ataque, no hay necesidad de defensa, y en ausencia de disputa, está de más la concurrencia de un tercero imparcial que dirima el conflicto.

Esta fisonomía jurídica que genera la formal concreción de un proceso penal es la misma que opera en el marco del proceso civil, escenario en el que, por virtud del principio dispositivo, las partes deben producir en el contradictorio los medios cognoscitivos para dar sustento epistemológico al juez. Es de tal magnitud la fuerza epistémica revestida por la carga de la prueba, que se erige en presupuesto de procedibilidad que dinamiza y brinda operatividad a la función jurisdiccional, no solo porque la definición del proceso dependa de actos de prueba sino, también, porque con la adopción de decisiones inspiradas en la prueba se tutelan, judicialmente, de manera efectiva, los derechos que han sido desconocidos a determinada persona (Rivera Morales, 2011, pp. 127-128).

Coincide con este planteamiento la doctrina española cuando ideológicamente propone que el principio de aportación de parte es un criterio orientador del proceso que desde el punto de vista metodológico supone que corresponde, fundamentalmente, a los trabados en el conflicto aportar la prueba de los hechos al proceso. Desde este punto de vista, los fundamentos de hecho arraigados en la prueba, cuya consecuencia jurídica se reclama por adaptarse a una configuración legal, son una responsabilidad plena del actor que no debe limi-

tarse a la postulación de la proposición lingüística, sino que, además de ello, es un imperativo jurídico procesal construir ese conocimiento al órgano decisor. En este contexto, si el demandado niega las afirmaciones de quien propone la acción, por la concurrencia de hechos excluyentes, impeditivos o extintivos de las aspiraciones jurídicas en ella inmersas, deberá proponer la correspondiente actividad probatoria para que ese choque dialéctico facilite la toma de decisiones judiciales (Montero Aroca, 1997, pp. 36-37).

Según Pico I. Junoy (2011), la aportación de parte en materia civil traduce la asunción de responsabilidades de los litigantes ante la jurisdicción, porque es a través de la propuesta y desarrollo de la prueba que se introduce información apta para contribuir al desentrañamiento de los supuestos de hecho discutidos en el proceso. Un efecto coetáneo que presentan las cargas probatorias de quien dinamiza el principio dispositivo, expresa el autor, se ve reflejado en la falta de protagonismo que asume el juez en materia probatoria. Esto, sin embargo, no significa que la iniciativa probatoria de las partes sea un monopolio a ellas transferido, porque los intereses jurídicos debatidos en el proceso no hacen parte del principio de aportación de parte. Debe considerarse, desde luego, que las particulares motivaciones de quienes tienen asuntos litigiosos ante la jurisdicción contribuyen a la adjudicación o negación del derecho, pero, en todo caso, la decisión que a la postre se toma en uno u otro sentido es parte de una función pública que asume el Estado, al que desde luego, le interesa cumplir de la mejor forma esa potestad. Debido a ello, en algunas legislaciones de la eurozona, los jueces y tribunales tienen importantes iniciativas en materia probatoria (pp. 115-117).

Algún sector de la doctrina argentina sostiene que los hechos invocados por la parte acusadora en el proceso penal, o sea, el sustrato fáctico que materialmente sirve de referente para la constitución del delito debe ser probado por la Fiscalía. Para reafirmar este planteamiento se predica que si en un orden lógico es el órgano de la acusación quien opta por la edificación de un llamamiento a juicio de responsabilidad criminal, debe tener en su haber probatorio los medios incriminatorios gnoseológicamente revestidos de la entidad suficiente para desvirtuar el postulado de la inocencia. No es, por tanto, plausible, a diferencia de lo que en algunos escenarios suele ocurrir en España, que en cabeza del imputado se transfieran cargas probatorias, porque en la dimensión axiológica de las garantías constitucionales, ese traslado de responsabilidades no se encuentra previsto, máxime si se entiende que la inocencia es una prerrogativa que acompaña al acusado (Fleming Abel, 2008, pp. 381-382).

En el caso de Puerto Rico, uno de sus profesores más destacados pone en evidencia que la operatividad jurídica de la presunción de inocencia debe, necesariamente, estar antecedida por la acusación que, no siendo un hecho adjudicativo de responsabilidad penal, sí se erige en presupuesto para establecer que el destinatario de la causa criminal es reputado como inocente. Lo que, en rigor, supone el afianzamiento de este principio elevado a orden constitucional es que la carga de la prueba u obligación de persuadir es una tarea que compromete al Estado. Tan firme es el respeto que se predica por este principio que, de hecho, la Corte Suprema de Justicia en Estados Unidos ha indicado que obligar al acusado a vestirse en su juicio con indumentaria de preso es una actitud dañina que conspira en contra de su presunción de inocencia. Este mismo autor relievra que sentencias condenatorias han sido revocadas en aquellos eventos en los que se demuestra la ausencia de instrucción al jurado sobre la presunción de inocencia del acusado, cuya culpabilidad será acreditada en actividad probatoria de cargo, ya que la acusación en sí misma no constituye evidencia (Chiesa Aponte, 1995, pp. 45-47). Por tanto, se manifiesta, directamente, al jurado que el acusado se presume inocente, y que los enunciados fácticos de la acusación simplemente son un acto de parte, que en ausencia de pruebas es como si no existieran.

Bajo este orden de apreciaciones, en coincidencia con Ferrer Beltrán, lo que se entienda por prueba o hecho probado, desde el punto de vista conceptual, ninguna incidencia sustancial ofrece frente al hecho de que los problemas jurídicos promotores de una respuesta probatoria sean de la jurisdicción civil, laboral, penal o administrativa. En este sentido, la noción de prueba no es monopolio de cada una de las disciplinas del derecho; tampoco es menester que las mismas se disputen una mejor aproximación conceptual. Se trata, en la perspectiva de este autor, de niveles o grados de exigencia de prueba, que suelen ser más rigurosos en materia penal que en civil, pero, al fin y al cabo, en sus raíces, el concepto es de la misma naturaleza (Moreso Mateos, 2005, p. 17).

En consonancia con las anteriores consideraciones, igual suerte corre el concepto de carga de la prueba pues, como es evidente, el accionante en materia civil o en el ámbito laboral quien propone una demanda y en este mismo orden, cuando se dice que determinado individuo cometió un delito, los tres escenarios conllevan la asunción tanto de la prueba, como la carga de volver tangibles aquellos enunciados lingüísticos cuyo contenido pretende mostrarse como genuino al juez que decide. En otros términos, los que proponen la acción dirían: es cierto que María no le pagó a Camilo ciertos cánones de arrenda-

miento que debían cancelarse en virtud de un contrato que los vincula; o que el despido de un trabajador se dio en medio de un escenario injustificado de acoso laboral; y, en este mismo orden, que Juan, en efecto, se apoderó de una bicicleta cuyo propietario es Pedro. Como se observa, en las tres dimensiones, el concepto de prueba es unívoco, y la carga de acreditar las proposiciones léxicas es necesariamente de quien promueve el funcionamiento de la jurisdicción.

A propósito de la iniciativa probatoria del juez, admisible en la jurisdicción civil, una discusión interesante sobre el tema se presentó en Colombia, cuando, por vía de demanda de inconstitucionalidad, se pretendió que el sistema jurídico habilitara al juez del sistema penal acusatorio para que, al margen de los intereses de parte, estuviera en condiciones de ordenar oficiosamente la práctica de pruebas.

Se expresa en la demanda que el peso legal de una prohibición de carácter formal, no prevalece sobre el derecho constitucional que, en el orden de valores de la Carta Superior, faculta al juez para estar atento a que el valor justicia y la tutela judicial efectiva no sean desconocidos. En estos términos, se anuncia que la prohibición al juez de practicar pruebas, además de conspirar contra el enaltecimiento de la verdad, desconoce la búsqueda de justicia, razón de ser del proceso penal. El Tribunal Constitucional colombiano no acogió finalmente los planteamientos de la demanda, porque dentro de los rasgos edificantes del sistema acusatorio, una característica esencial es que la Fiscalía, la defensa, el ministerio público y las víctimas tienen por mandato legal la opción o posibilidad de realizar solicitudes probatorias. Quiere ello significar, según el Alto Tribunal, que la ausencia de poderes respecto de la averiguación de los hechos se ve compensada con la iniciativa que otros actores institucionales del sistema ostentan en materia probática. Dice la Corte que, de habilitar al juez para el decreto oficioso de pruebas, tal intromisión genera un injustificado desbalance en el sistema de partes y una orientación epistémica nociva para la imparcialidad que debe caracterizar a la Administración de Justicia. Agrega que la no incidencia del juez en la actividad probatoria enaltece la presunción de inocencia, y evita que el órgano decisor de manera anticipada asuma posturas que podrían ir en contra de esta prerrogativa (Corte Constitucional, 2007).

La postura de la Corte Constitucional colombiana es ampliamente compartida, porque de haber facultado al juez de conocimiento para decretar pruebas las consecuencias de una decisión en este sentido habrían sido dramáticas para la

presunción de inocencia como regla de prueba; tampoco se descarta que las extrañas intromisiones en materia probatoria comportarán la afectación material de sus derechos a las víctimas. A este argumento se adiciona que, con el decreto oficioso de pruebas por parte del juez en el sistema acusatorio, uno de sus bastiones más representativos simplemente se derrumbaría, porque en estrictez ya no habría separación de funciones entre el órgano de la acusación y el juez de conocimiento.

Que el juez en el marco de un proceso penal de origen democrático esté habilitado para adelantar actividad probatoria traduciría el otorgamiento de facultades omnímodas para producir conocimiento en el juicio. Se potenciaría, de este modo, el camino para crear su propia teoría del caso, con una singular particularidad: como órgano decisor, en primer lugar, al producirse la práctica de pruebas, difícilmente podría ser controlado por la parte que ve menoscabados sus intereses, y en segundo lugar, concurriría en el juez una ambivalente e insólita condición jurídica, pues participaría, activamente, en el debate probatorio y tendría facultades para refrendar sus pruebas al resolver de fondo el asunto litigioso.

Emerge como algo absolutamente extraño a la naturaleza del sistema adversarial que el juez asuma cargas probatorias, cuya asunción por la fisionomía del sistema compete con exclusividad al órgano de la acusación. Los vacíos que dejan las partes en sus solicitudes probáticas no son susceptibles de cubrimiento por el órgano decisor. El ejercicio de la acción penal, sin importar su naturaleza pública, es una actividad humana y, como toda obra del hombre, se expone a imperfecciones y errores que deben tener consecuencias, cuyos efectos, en caso de fallo de inculpabilidad, no deben visibilizarse en un sentido negativo. Apelar a la presunción de inocencia como regla de juicio y argumentar la concurrencia de dudas sobre la responsabilidad penal del acusado es una forma de hacer justicia.

Desde el año 2005, el Tribunal Constitucional en Colombia pacíficamente ha venido construyendo una importante línea de pensamiento en punto de lo que debe comprender la comunidad jurídica como aquellos elementos edificantes del sistema penal acusatorio. La separación de funciones de investigación y juzgamiento y la correlativa importancia que asume esta última etapa en la estructura del moderno procesal, porque es en ella donde se produce el debate probatorio y la contradicción de los medios de conocimiento, fueron categorizados como unos de los rasgos más sobresalientes del novedoso sistema (Corte Constitucional, 2005).

Más adelante, en el año 2010, la propia Corte Constitucional fijó importantes derroteros respecto de los controles que el sistema jurídico debe imponer a intervinientes como el ministerio público o, de hecho, el mismo juez. El tema abordado fue el de las preguntas complementarias que están en condiciones de realizar una vez el interrogatorio cruzado ha concluido. En este punto de la actividad probática, es vedada para el juez y para el ministerio público la formulación de preguntas sugestivas, ya que una intervención en tal sentido no solo restaría espontaneidad al testigo, sino que lo que implicaría a la postre es que el juez y un órgano extraño al debate estarían introduciendo información que, en el plano epistemológico, no ha sido generada por la prueba. Este fallo de exequibilidad confirma que corresponde a las partes en ejercicio de su rol asumir las cargas probatorias, como sucede con el órgano de la acusación, que en su condición de titular de la acción penal debe llevar al juez de conocimiento la prueba que se requiere para desvirtuar la presunción de inocencia. No en vano advierte que la pasividad del juez en la generación de prueba lo que en términos jurídicos traduce es que las decisiones adoptadas en el proceso penal tienen un límite objetivo, cual es que únicamente son susceptibles de valoración las pruebas que se produjeron en el juicio oral. Con este panorama un deficitario ejercicio de la acción penal o la incorporación en la acusación de una proposición fáctica que no alcanza a subsumirse en la hipótesis delictiva, lo que de lógica implica es la emisión de una decisión de tipo absolutorio ante la imposibilidad de destronar la presunción de inocencia (Corte Constitucional, 2010).

La construcción de hechos jurídicamente relevantes y la claridad lexicológica que deben revestir los mismos es un tema que, de manera prevalente, ha suscitado un profundo interés en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Según esta corporación, de variada índole son los análisis y cargas que el ejercicio de la acción penal imperativamente delega en el órgano de la acusación para que una teoría del caso sea justificable y, además, sostenible en el marco del juicio oral. Así, la verificabilidad empírica de las postulaciones teóricas que exhibe la Fiscalía al iniciar el juicio oral comprende, entre otras, las siguientes exigencias: tanto la imputación como la acusación deben delimitar fáctica y jurídicamente la hipótesis delictiva que se va a hacer valer en el juicio oral; esa hipótesis delictiva, en su concepción fáctica, conocida también como hechos jurídicamente relevantes, debe expresarse con inteligibilidad y precisión ya que, a la postre, aquellos supuestos fácticos son los que se subsumirán o no en las normas que hacen parte de la acusación; igualmente, es necesario que el fiscal haga un juicio

de suficiencia en punto de la capacidad de rendimiento probatorio que ostentan los medios cognitivos en la investigación, que cuando muten a un estatus de prueba, aspiracionalmente y con objetividad, tengan la capacidad sustantiva de persuadir al juez de conocimiento más allá de cualquier escenario de duda; por último, esa información que produce la Fiscalía en el ámbito previo debe ser legalmente obtenida, y conectarse de manera directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes. No en vano son estos los que delimitan el tema de prueba porque comprenden todos los elementos estructurales de la conducta punible, incluidas, desde luego, aquellas circunstancias que agravan la punibilidad (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Esta serie de exigencias que con rigurosidad metodológica han sido destacadas por la Corte Suprema de Justicia son, desde luego, cargas probatorias que, amén de revestir un orden progresivo y ascendente, tienen que ser respetuosas de los ordenamientos jurídicos e idóneos, para brindar un respaldo demostrativo íntegro a la hipótesis fáctica y jurídica que se alberga en la acusación. Para dotar de contenido ético la construcción de los hechos que tienen relevancia penal, el legislador en Colombia ha exigido a la Fiscalía y a la policía judicial que sus actuaciones se desarrollen con objetividad para una correcta aplicación de la Constitución y la ley. Así lo consagra, el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Sobre esta temática, vacilar para un desarrollo axiológico del sistema acusatorio, de gran valor se torna el aporte teórico de Taruffo, que encuentra en la verdad de los hechos un presupuesto insoslayable en la búsqueda de justicia como valor, ya que la justeza de una decisión tiene como necesario presupuesto de procedibilidad que los supuestos fácticos en que se fundamenta no sean erróneos. Concibe, así, el tratadista italiano su propuesta como un fundamento ideológico, sistémicamente llamado a considerarse en todo proceso contemporáneo paradigma del que ni siquiera debería escapar el sistema penal acusatorio que, por su naturaleza adversarial, trata con un importante nivel de desdén la verdad de los hechos, cuando es evidente que si un debate probatorio se construye respecto de hechos que no son falaces o equívocos, el proceso de contrastación de aquellos con la norma se torna más confiable y justo. Agrega el profesor que, llevado su argumento a la simpleza, se aplica adecuadamente una norma, cuando los hechos que la soportan, amén de adecuarse a la tipología legal, corresponden a un fenómeno histórico verdadero. Por oposición a ello, propone que sería una iniquidad el aplicar una norma si las consecuencias por ella previstas fuesen asumidas teniendo

como soporte un caso en el que el sustrato fáctico delimitante de la tensión jurídico-procesal no hubiese ocurrido (Taruffo M., 2009, pp. 62-67).

Cuando se comparte sin ningún reparo lo expresado por el profesor italiano, no es simplemente por la profundidad y consistencia de su pensamiento. Es, en verdad, la verificabilidad empírica de su teoría, la que convalida sus reflexiones en punto de la trascendencia que reviste la verdad de los hechos para la adopción de decisiones judiciales. Ha de decirse en este orden que, dado el nivel de injerencia negativa que representa el proceso penal para el ejercicio de libertades y garantías, la seriedad, contrastabilidad y capacidad suasoria de los medios cognoscitivos del ente acusador en la investigación tienen que ser de alto poder. Con mayor razón, si los mismos se erigen en soporte epistémico para la emisión de decisiones odiosas, como sucede con la prisión preventiva en establecimiento carcelario, cuyos nefastos efectos se extienden mientras dura el proceso y se practican las pruebas. En términos más elementales, la carga de la prueba ostenta, en su edificación, un filtro natural que con rigor debe ponerse en marcha, especialmente, cuando por razones de orden eficientista y desde tempranas fases de composición del debido proceso, se tiene en la prisión preventiva una alternativa importante para asegurar la comparecencia del imputado.

Como bien se sabe en Colombia, una lamentable realidad es que el narcotráfico se ha convertido en un fenómeno delictivo cuyos tentáculos no encuentran límite objetivamente apreciable. Quizá por esa razón, los prejuicios institucionales y sociales que hay sobre el tema en ciertas ocasiones suelen llevar a los organismos de investigación a creer con mayor facilidad aquellos supuestos de hecho que comprometen a un acusado con la presunta ejecución de conductas vinculadas al tráfico de estupefacientes, y si en medio de las pesquisas auscultatorias, concurren fenómenos de corrupción administrativa, la tentación de restringir derechos y garantías puede ser aún mayor.

Se incorporan estas reflexiones, porque las preocupaciones de Taruffo en torno a decisiones que se adoptan en ausencia de supuestos fácticos genuinos, con recurrente frecuencia han encontrado en la Administración de Justicia colombiana el vivo ejemplo de lo que no debería ocurrir en materia de configuración de hechos jurídicamente relevantes. Se ha indicado que las cargas probatorias asumidas por la acusación, si bien es cierto se ven reflejadas en la práctica de pruebas que se desarrolla en el juicio oral, no es del todo coherente que el Estado, como titular de la acción penal, se ocupe de su rendimiento, confiabilidad y poder suasorio en la fase concluyente del

proceso. Al juicio se debe arribar cuando dentro de la construcción de hipótesis delictivas elaboradas desde la fase de investigación, la Fiscalía, de manera interna, ha sometido a controles dinámicos e idóneos la fortaleza de aquellas pretensiones que se objetivarán en audiencia oral y pública, y la correlativa fuerza epistémica que ostentan los medios suasorios que legitiman la adopción de decisiones previas, que tienen vocación restrictiva de garantías fundamentales, como cuando se afecta la libertad de un individuo.

Esta exigencia lo que garantiza es que sobre bases objetivas han sido descartadas hipótesis alternas que, en materia probática, tengan igual o mayor capacidad suasoria que la condensada en la teoría del caso diseñada por el órgano de la acusación. Dicho en otros términos: si en fase de indagación advierten las autoridades investigativas que no solo hay una sino varias hipótesis que razonablemente se oponen con igual o mayor sustento probatorio al planteamiento teórico principal que tiene la Fiscalía, menores serán las posibilidades de judicialización del caso, y en ese mismo orden lógico tendrán que reducirse las posibilidades de apelar a la restricción de derechos del destinatario de la ley penal. En efecto, si en una fase tan precaria de la actuación procesal, como es la investigación, la hipótesis acusatoria que se está construyendo no supera el test de fiabilidad, con dificultades se podrá avanzar a instancias ulteriores del proceso, donde el estándar de conocimiento es aún mayor, ocurriendo lo propio con el nivel de prueba que se necesita para respaldar futuras actividades de parte en el proceso penal.

Se relleva entonces, que el proceso penal no es el simple trasegar de actuaciones jurídicas lógicamente conectadas, y mucho menos, una institución que trivialmente se construye y ve reflejada con actos secuenciales, que dada su naturaleza provocan decisiones por parte de la Administración de Justicia. Ese no es el fin del proceso penal. El proceso penal es, por excelencia, un mecanismo que, teniendo como propósito ulterior la verdad de los hechos, gradualmente construye bases cognoscitivas que no provocan tendenciosamente error en la decisión judicial. Al margen del sentido que tenga el pronunciamiento de fondo que emite el juez para resolver un conflicto, la valoración probatoria tiene que edificarse a partir de hechos empíricamente constatables. La subsunción o no de aquellos supuestos en la norma es labor que corresponde a la gnoseología judicial.

Con estos elementos de contexto teóricos entra a precisarse que, a mediados de 2008, la Fiscalía General de la Nación en Colombia afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario a

Gabriel Ernesto Arango Bacci, contralmirante de la Armada Nacional. Según la información legalmente recopilada, indicó el ente acusador que entre otros medios de prueba contaba con un recibo, distinguido con el número 0313-4, que de acuerdo a experticia lofoscópica tenía una huella digital impresa por Arango Bacci. Lo grave del caso es que por medio de este documento se acreditaba que el Contralmirante, en su estatus de servidor público, habría recibido US \$ 115.000, entregados por el narcotraficante Juan Carlos Abadía, conocido con el remoquete de "Chupeta". El suministro de la cuantiosa suma, en la hipótesis de la Fiscalía, tendría como propósito que las rutas de narcotráfico no se vieran afectadas por los controles que hacían las autoridades en altamar. La ilícita contraprestación económica que habría recibido el alto oficial obedecía a que entregó al narcotráfico las cartas de navegación que contenían la posición de embarcaciones de las armadas en Colombia, Estados Unidos de Norteamérica, Holanda e Inglaterra.

El caso, finalmente, se consolidó con actividades de agente encubierto y de contrainteligencia realizadas por la Armada Nacional. Para sintetizar: el medio probatorio más emblemático que tenía la Fiscalía era el recibo con la huella impresa y la certificación de un perito que ratificaba la coincidencia de esa huella con el registro decadactilar que Arango Bacci tenía en la base de datos de la Registraduría Nacional en Colombia. Aunque la defensa trató de persuadir al ente acusador de que esa huella no había sido genuinamente estampada por el Almirante, dicha teoría no fue acogida; tampoco fue de recibo para la Corte Suprema de Justicia, en principio, ese planteamiento. Lo cierto es que el órgano de la acusación, para reafirmar su propuesta inculpativa, ordenó una nueva experticia, y a través de este medio de conocimiento se logró establecer que la huella correspondía en realidad a una impresión tipográfica de sello húmedo y no a una impresión natural. Quiere ello significar que, en verdad, era el dibujo de un dactilograma sobrepuesto con sello en el documento, es decir, una creación artificial de artes gráficas y no una impresión directa del dedo entintado del imputado. El peso de la evidencia fue de tal poder suasorio que la propia Fiscalía solicitó el archivo o la preclusión del caso (Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, 2009).

El mismo desarrollo del proceso penal revelaría más adelante que el perito al que en principio le fue delegada tan enorme responsabilidad contaba con 3 meses de experiencia. Lo desafortunado de todo ello es que la vigencia de la restricción de libertad en establecimiento carcelario se extendió por un período de tiempo superior a un año. Adiciónese que Arango Bacci, a través de la defensa técnica, desde antes de su detención, había solicitado a la Fis-

calía que archivara el caso, dada su condición de inocente. En este caso, como se observa con facilidad, no analizó la Fiscalía en verdad la confiabilidad de su evidencia, y tampoco llevó a cabo un ejercicio dialéctico de las cargas probatorias que debería soportar en un eventual juicio oral.

Lo que ello tradujo, en síntesis, fue la promoción de una detención preventiva inspirada en hechos artificiosos, es decir, inexistentes y generadores de una injusta restricción de la libertad. Vale, además, precisar que Arango Bacci, aún con las posibilidades que tenía de contratar un abogado que idóneamente velara por sus intereses de todas maneras fue detenido durante un tiempo considerable. ¿Qué esperanza tendrán entonces aquellos acusados que, siendo genuinamente inocentes, son víctimas de montajes judiciales que, desde el punto de vista jurídico, no están en materiales condiciones de refutar? Este asunto deja en realidad sensibles preocupaciones de los riesgos que generan actividades investigativas que, sin espacios de reflexión, dan lugar a medidas fuertes que son duramente lesivas de la presunción de inocencia en todas sus variables.

La profesora Fernández López (2005), inspirándose en doctrina procesal italiana, al abordar la temática del carácter funcional que comporta la carga de la prueba, es del criterio de que al caracterizarse los hechos cuya discusión jurídica dará lugar a los respectivos debates en el juicio oral, cada parte se enfoca en los actos de prueba que debe ejecutar para lograr la persuasión del juez. Para tal efecto, considera la tratadista española que, en primer término, se deben tener las fuentes de prueba en que soportan sus enunciados respecto de los hechos; en segundo orden, les corresponde la carga de expresarle al juez el valor probatorio que reviste la prueba con el fin de acceder a una sentencia favorable, y, por último, el deber de solicitar al órgano decisor que admita su práctica. Todo ello, sin perjuicio de la efectiva práctica de la prueba que ha sido admitida por el órgano decisor.

Como valor agregado a este fundamental aporte que elabora la doctrina sobre el contenido funcional de la carga de la prueba, se erige en un mínimo ético de la actividad litigiosa la calidad de fidedignos de los enunciados fácticos, cuya demostración se pretende por la acusación o la defensa, y, además, la pertinencia epistemológica de la actividad probática respecto de los sucesos y la norma aplicable al caso. Por ser un tema cuyo nivel de profundidad se escapa al fin deseado en el presente trabajo, solo ha de mencionarse que, en materia penal, la responsabilidad que tiene el órgano de la acusación cuando asume la carga de probar hechos jurídico-penalmente

relevantes, tiene diversos niveles de intensidad, que como es apenas previsible variarán, dependiendo de la tipología delictual cuya ocurrencia se pretende acreditar en desarrollo del juicio oral.

A título de ejemplo: en sede de tipicidad, el principio de carga de la prueba demanda acreditar el tipo objetivo o los medios probatorios que corroboran la acción delictiva que se ve reflejada en el verbo rector, y, de igual forma, la carga de probar implica la necesidad de acreditar ingredientes normativos en la tipicidad, o, si es del caso, ingredientes subjetivos y descriptivos del suceso criminógeno; en este mismo orden, lo propio ocurre con los dispositivos amplificadores del tipo coautoría, participación criminal y tipicidad subjetiva. Como se indicó, todo depende del modelo delictual cuya ocurrencia, a partir de enunciados fácticos, se procura desentrañar en juicio oral. Dependiendo entonces de la calificación jurídica, es forzoso cumplir con los estándares de tipicidad que se exigen en el modelo delictivo seleccionado, y a tal finalidad se llega asumiendo las cargas probatorias cuya concurrencia demanda el principio de legalidad.

A continuación, se abordará un tema de interesante actualidad, que por sus repercusiones materiales frente a la presunción de inocencia debe estudiarse con mayor detenimiento. Hacemos referencia, así, al carácter dinámico que adquiere la carga de la prueba cuando el proceso penal se encuentra con una defensa de tipo asertivo.

### **2.2.6 Carga de la prueba. Un análisis de su carácter dinámico**

Se ha dicho hasta el momento que por la fisionomía del sistema penal acusatorio y, en especial, el marco garantista que ofrece la presunción de inocencia como regla probatoria, corresponde al órgano de la acusación la carga de probar. Lo cierto es que conforme se dinamiza el sistema y la forma en que ha evolucionado su carácter adversarial, existen razones fundadas para aducir que, a mayor proactividad en el ejercicio de la defensa y, en ese orden de circunstancias, mayor resistencia a los enunciados fácticos de la acusación, mejor es la calidad de información probatoria que ingresa al juicio oral y mayor fuerza adquiere la presunción de inocencia en sus variables de regla de prueba y regla de juicio. De este dinamismo exhibido por la defensa, en especial cuando postula su propia teoría del caso y presenta en el juicio oral una contra hipótesis de la acusación, con medios de convicción que la respaldan, más compleja se torna la labor del órgano jurisdiccional al instante de decidir.

El dinamismo de la carga de la prueba supone que aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de acreditar un enunciado fáctico que hace parte de los hechos objeto de debate asume la carga u obligación de aportar esos medios de conocimiento al órgano decisor. La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Penal, ha incorporado esta figura por vía jurisprudencial indicando que, bajo la lógica de que el sistema penal acusatorio es un escenario dialéctico de partes, con la desaparición del principio de investigación integral que compelmía a la Fiscalía a investigar lo favorable y desfavorable al acusado, tal circunstancia supone que las tesis exculporias deben ser auscultadas por la defensa, y lo que ello implica en el entendimiento del principio de aportación de parte, es que le corresponde practicar la prueba que sirve de sustento para su estrategia. Deja claro, eso sí, que la carga dinámica de la prueba en materia penal ostenta un carácter restringido, porque la carga de probar los hechos de la acusación corresponde al Estado, no siendo posible la inversión de esta ecuación (Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 2011).

Algún sector de la doctrina española cuestiona duramente la asimilación de proceso civil y proceso penal, ya que resulta extraño a la presunción de inocencia como regla probatoria que en el marco del proceso penal se establezca un sistema de reparto de cargas probatorias, cuando es evidente que, por la esencia del sistema punitivo, la carga de probar los enunciados que subyacen en la acusación es de estricto resorte de la Fiscalía. En ese orden de apreciaciones, la defensa no debe dejar recaer sobre sus hombros ninguna clase de carga probática, habida cuenta de que ni siquiera su estrategia es susceptible de corroboración a través de actos de prueba. Se cataloga entonces como un profundo desacierto el *onus probando incumbit actori*, cuyo rendimiento y aceptabilidad en materia civil no se muestran del todo idóneos (Nieva Fenoll, 2013, pp. 40-41).

Las preocupaciones de Nieva Fenoll tienen un grado de validez importante, porque una errónea interpretación del reparto en la actividad probatoria podría llevar al absurdo de pensar que siendo la inocencia una garantía e inmunidad procesal, el instituto de la carga dinámica forzaría a probar la inocencia, que por la fundamentación axiológica del sistema es un postulado que acompaña al destinatario de la ley penal en todas las fases que integran el debido proceso. No obstante la plausibilidad de estas reflexiones, si el marco de las garantías procesales se dimensiona en términos integrales, hay que manifestarlo, el ejercicio de una defensa propositiva no significa que el fracaso de la estrategia jurídica y material de aquella devalúe la presunción

de inocencia como regla probatoria y regla de juicio. Corresponde al juez valorar omnicomprendivamente que en tiempo real dentro de la actividad probatoria, es decir, en coetaneidad, la carga de acreditar la genuinidad de aquellos hechos jurídicamente relevantes condensados en la acusación corresponde imperativamente a la Fiscalía.

Bajo estas premisas, adquiere la carga dinámica de la prueba una percepción positiva en el entendido de que la mentalidad del profesional del derecho contemporáneo cambia, porque el paradigma de enjuiciamiento criminal adquiere igualmente un contenido distinto. El monopolio de la actividad probatoria ya no es un asunto que, con fuerza, tenga a su haber el órgano de la acusación. Se acepta, eso sí, que en la estructura dialógica del sistema acusatorio sin acusación no hay juicio, y sin acusación y sin juez no hay defensa. En estos términos, el principio de oficialidad de la acción penal permite al Estado construir, preliminarmente, sus hipótesis inculpativas, que cuando se convierten en tesis, emerge la natural necesidad de cuestionarlas y controvertirlas.

De esta forma, si el sistema acusatorio es, por excelencia, un sistema con separación de funciones de investigación y juzgamiento, y en esa novísima cosmovisión el marco de garantías implica igualdad de oportunidades para llevar pruebas al juez de conocimiento; es, en la práctica, una obviedad que refugiarse en el confort de la presunción de inocencia adquiere una arista negativa, porque esa pasividad facilita la carga probatoria de la acusación. Lo propio sucede con el rol del juez que, en el proceso de valoración probatoria, ya no tendrá el deber de justipreciar dos teorías con sus pruebas sino únicamente la de la acusación, porque llega a su conocimiento una hipótesis fáctica y jurídica del hecho cuya ocurrencia, o no, se pretende demostrar, entre otros factores, con pruebas de cargo que incorporó la Fiscalía.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del contralmirante Arango Bacci que se mencionó en precedencia. Si nos representamos una defensa que, amparada en la presunción de inocencia como regla de prueba, simplemente decide cuestionar la legitimidad del dictamen lofoscópico, pero sin aportar prueba de la veracidad de sus asertos, dramáticamente se expondría a una decisión adversa, porque su labor de contradicción se inspiró en argumentos huérfanos de asidero demostrativo. En estas circunstancias, al dejar el monopolio de probar en el órgano de la acusación, se facilitaría con ello que la prueba de hechos artificiosos o inexistentes se erigiera en el presupuesto de una injusticia.

Ha de expresarse que el activismo probático y un ejercicio dinámico de la defensa hicieron incluso cambiar de parecer, en este, caso al mismo organismo acusador que, finalmente, declinó sus pretensiones inculpativas. Cuando se habla de una dimensión positiva de la carga dinámica de la prueba, en especial de la defensa, no es porque se subestime el valor constitucional de la presunción de inocencia como carga de la prueba. Para ser más explícitos, el proceso penal acusatorio contemporáneo ve en la carga dinámica de la prueba que asume la defensa y en la carga de la prueba inculpativa de la acusación dos caras de una misma moneda, porque el ejercicio del contradictorio se nutre con la exaltación del derecho a la prueba que tiene a su favor la defensa que, a su turno, se convierte en una contra cara dialéctica de la prueba de cargo esgrimida por la acusación. Mientras el órgano de la acusación afirma, la defensa niega o introduce variables exculpativas a la tesis inculpativa.

Estas apreciaciones encuentran respaldo ideológico en una importante vertiente de la doctrina chilena que ve en la nueva metodología establecida por el sistema acusatorio un escenario adecuado para que la competencia adversaria vivamente se refleje en la activa confrontación de Fiscalía y defensa. El abogado litigante del siglo XXI está compelido a investigar todos los hechos reputados como probablemente ciertos por la Fiscalía; así, también, es deseable que someta a un escrutinio riguroso los medios de conocimiento investigativos que le descubre la Fiscalía, y, dentro de este giro dialéctico, hacer un diagnóstico de las fortalezas y debilidades que ostenta la teoría acusatoria. Se trata, en lo fundamental, de llevar conocimiento al juez como órgano decisor, y de realizar un examen preliminar de las fortalezas y debilidades de su planteamiento teórico. Asoma, por tanto, necesario cambiar el paradigma y dejar atrás el anacronismo característico del sistema inquisitivo que convertía la actividad del litigante en una labor nada estimulante y atractiva (Duce, 2004, pp. 28-29).

Por la importancia de la discusión, vale la pena referirse a las tensiones que se suscitan entre carga dinámica de la prueba y presunción de inocencia, para examinar si la adjudicación de cargas probatorias a la defensa marca una tendencia a la baja del postulado de la inocencia que se encuentra a su favor.

## 2.2.7 Carga dinámica de la prueba. ¿Contraviene la presunción de inocencia?

Si la orientación probatoria que prohija por el reparto de actos de prueba en el juicio oral eventualmente es malinterpretada y no se realizan las correspondientes modulaciones de esta importante herramienta de construcción del conocimiento, es probable que la ignorancia del juez lo lleve a pensar, a ultranza, que el fracaso de una defensa propositiva tuvo un influjo adverso de cara a la presunción de inocencia como regla de prueba y regla de juicio. Una proyección negativa del dinamismo que imprime la defensa para sacar adelante sus expectativas probatorias, eventualmente, tendría la capacidad suficiente de desviar el proceso intelectual del juez. Pero si, como puede ocurrir, tanto el planteamiento teórico que del caso ha esbozado la Fiscalía, como la hipótesis que trató de demostrar la defensa no logran convencer al órgano decisor sería absolutamente infundado temer que como la actividad probatoria de la defensa adoleció de la carga cognitiva para minar la acusación se debe condenar.

De acogerse esta insólita posición, se presumiría que el contenido probabilístico de la acusación, pese a no haber sido corroborado con la actividad probatoria, generaría correlativamente una presunción de culpabilidad para el acusado, porque, tácitamente, la defensa renunció a la presunción de inocencia al asumir cargas probatorias que dentro de sus expectativas consideraba las podría cumplir en el juicio. Un razonamiento dentro de este orden sería lógicamente absurdo y contrario al orden de valores que ha sido afianzado por la principalística del sistema acusatorio.

Como hemos destacado, una visión positiva de la carga dinámica de la prueba implica que una vez conoce las pretensiones fácticas y jurídicas de la acusación, la defensa, a juicio de la doctrina en Colombia, se encuentra en el deber ético y jurídico de ejecutar sus propios actos de investigación, recoger elementos materiales probatorios y evidencia física, elevar solicitudes probatorias para soportar epistemológicamente su teoría del caso y, dentro de ese orden de vicisitudes, prepararse de cara a la contienda probatoria, proponiendo y demostrando lo que dentro de su cosmovisión jurídica corresponde a la forma en que debe pronunciarse el juez de conocimiento. Para reafirmar esta proyección del sistema indica que no obedece a un fenómeno atribuible a lo fortuito que la defensa, desde el punto de vista material, se pueda ejercer desde el instante en que se formaliza el contenido de la imputación, y así también, desde el momento en que el indiciado

tiene conocimiento de que la Fiscalía está realizando actividades de indagación con el fin de promocionar un proceso penal en su contra (Rodríguez Chocontá, 2015, pp. 195-196). Así en efecto se comprende del estudio realizado a los artículos 119 y 267 de la Ley 906 de 2004.

Este marco de legalidad supone que es altamente benigno para el derecho de defensa y la presunción de inocencia, que el ejercicio estratégico de la misma se anticipe incluso a las pesquisas que con fines incriminatorios ejecuta el órgano acusador. Significa que, en una dimensión dialéctica coherente, así como la Fiscalía somete a filtros y contrastes sus hipótesis delictivas a través del programa metodológico de la investigación, lo propio debe hacer la defensa, que se encuentra habilitada para recoger información, legalmente obtenida, con vocación probatoria. De hecho, sus estrategias en el escenario previo deberían estar orientadas a descartar eventuales hipótesis de contenido incriminatorio que esté contemplando la Fiscalía, en cuya cabeza recae la carga de probar los hechos de la acusación, cuyo contenido se ha ido perfilando desde la imputación.

Lo expuesto no se opone al magistral pensamiento de Ferrajoli sino que, por el contrario, se adhiere a sus postulaciones en materia de *cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad*, dado que este último presupuesto contempla dos exigencias que son esenciales para la validez epistemológica de la hipótesis acusatoria: en primer término, no solo debe ser verificable sino que, en segundo lugar, dicha verificabilidad tiene que haberse refrendado mediante actos probatorios que refuten aquellas pretensiones punitivas del Estado. Todo, sin perjuicio de que, a la postre, sea el mismo ordenamiento jurídico el que realice la constatación empírica de las normas y de los hechos que tales disposiciones regulan (Ferrajoli, 2001, p. 36).

La contrastabilidad de la acusación se consigue con actividad probatoria de la defensa que tenga como propósito o finalidad deslegitimar los enunciados fácticos que el Estado a través de la Fiscalía procura acreditar. Si, en efecto, Ferrajoli sugiere dichos controles para la acusación, es decir, en instancias previas al juicio oral, lo que deónticamente se torna aún más recomendable para la actividad defensiva es que, en desarrollo del contradictorio realizado en presencia del juez, se desplieguen actos de contrainterrogatorio que minen la credibilidad de la prueba de cargo y que, adicionalmente, se produzca prueba de descargo, o sea, medios de conocimiento en el juicio que tengan por finalidad dejar sin asidero demostrativo la teoría del caso ofertada por la Fiscalía.

No hay, en este contexto, razones para suponer que la carga dinámica de la prueba es una negación de la presunción de inocencia como regla probatoria y regla de juicio. Por el contrario, la evidencia empírica y el carácter adversativo del sistema penal acusatorio, amén de tornar aconsejable el activismo probatorio de la defensa, prácticamente lo convierten en una necesidad que se encuentra en plena sintonía con los nuevos desarrollos del proceso penal contemporáneo. Se deja en claro, eso sí, que el imperativo categórico de probar es una responsabilidad exclusiva de la acusación.

### 2.2.8 Carga de la prueba e igualdad de armas

Aunque parece un contra sentido, en un primer vistazo, la carga de la prueba podría suponer que al no ser necesario que la defensa exhiba medios de conocimiento para ratificar el Estado de inocencia del acusado, tal responsabilidad, que tiene a su cargo la Fiscalía en su actividad litigiosa, comportaría que la igualdad de oportunidades para demostrar o negar la hipótesis acusatoria sería en realidad una ilusión, porque la dialéctica del contradictorio ubicaría al juez en un escenario de prueba en el que preponderantemente desfilaría actividad probatoria de cargo. Sin embargo, como lo hemos destacado, una nota característica del principio de igualdad de armas invita a reflexionar en que la carga de probar, en una dimensión mayor se encuentra en la actividad funcional de la Fiscalía, en tanto que la carga de prueba asumida por la defensa, para enfrentar el contradictorio lo que automáticamente traduce es la igualdad de posibilidades de prueba para refutar la hipótesis plasmada en la acusación.

De acuerdo a esta perspectiva dialéctica, lo que aduce la doctrina española, en materia de contradicción probatoria y presunción de inocencia, es que el proceso penal, como escenario dialéctico de confrontación entre la prueba de la acusación y la prueba de descargo, tiene, como propósito esencial, que la persuasión para el órgano decisor se forme efectivamente en el juicio, a partir de la delimitación fáctica y jurídica de la acusación. Se sigue de ello que dicho convencimiento encontrará en el interrogatorio cruzado y contradictorio, el panorama ideal que garantice la mejor calidad de información que, en definitiva, corresponde valorar al juez para decidir a cuál de las partes trabadas en el conflicto le asiste la razón. Como es apenas natural, esa decisión judicial lo que implica, desde el punto de vista valorativo, es que la práctica de la prueba no es un fin autónomo, sino que por el contrario se trata de un instrumento de orden epistémico que se debe al tema

de prueba, (Ibáñez P. A., 2009, pp. 64-65) es decir, a las teorías del caso que han elaborado Fiscalía y defensa.

Aunque no menciona, de manera explícita, el autor el principio de igualdad de armas, se colige de su pensamiento que la gnoseología judicial ancla en mejores condiciones su capacidad valorativa, cuando la prueba que se practica para verificar la ocurrencia o no de los hechos reviste mayor integridad si, efectivamente, se encuentra conformada por prueba de cargo y prueba de descargo. Un panorama de este orden ubica al juez en un escenario de confrontación en el que tanto la carga de probar como el principio de igualdad de armas, o igualdad de oportunidades probatorias, si se quiere, no se excluyen, sino que, de modo ideal, se complementan para dotar de mayor calidad las decisiones judiciales.

La igualdad de armas y de medios para buscar la consecución de un derecho, en el pensamiento de Foucault (2003), se equipara a la lucha que entre dos adversarios se presenta en el transcurso de un proceso. Ejemplifica el filósofo que cuando dos individuos se enfrentan por la propiedad de un bien con ocasión de un asesinato, se encontraban habilitados para luchar, únicamente cuando, previo acuerdo, el combate obedeciera a determinadas reglas, entre las que se podrían incorporar: la duración de la lucha, el tipo de armas empleadas y, desde luego, la concurrencia del público, que hacía presencia con el fin de asegurarse de que la disputa suscitada había tenido lugar sin que las reglas hubiesen sido quebrantadas. Al final, el vencedor, amén de ganar el proceso, quedaba con el privilegio de no decir la verdad, y menos probar la fiabilidad de sus pretensiones (Foucault, p. 73).

Si las disertaciones de Foucault se actualizan y, mejor, se enmarcan en la filosofía del sistema penal acusatorio, aunque en un plano ideal, los hechos que se discutan en juicio deben construirse con un nivel de correspondencia histórica importante; hay que aceptar que por la forma en que se presenta la edificación de la prueba es posible que la Fiscalía haya cifrado sus expectativas de condena en un número determinable de medios de convicción que logró aglutinar hasta el momento en que decide acusar. Pese a ello, dentro de las contingencias típicas de la actividad probatoria está que en el juicio oral, por diferentes circunstancias, no cuente con la totalidad de esos medios suasorios, o teniéndolos a su haber, al gestarse los actos de prueba, no tuvieron estos el rendimiento epistemológico deseado o su credibilidad fue idóneamente minada a través del contrainterrogatorio o con la prueba de descargo.

El Tribunal Constitucional en Colombia ha emitido relevantes pronunciamientos sobre el principio de igualdad de armas, elaborando un importante cuerpo doctrinal respecto de lo que, desde su dialéctica, representa la igualdad de armas entre Fiscalía y defensa, como criterio orientador del proceso penal. En ese orden ha explicitado que es una garantía-derecho, para cada una de las partes, el poder acudir ante el juez con iguales posibilidades de edificar herramientas persuasivas y medios de convicción, igualdad que se asocia en términos de equiparación porque, dependiendo de la etapa en que se encuentre el proceso, es factible que se presenten desequilibrios que, a la luz del derecho constitucional, se tornan compatibles con la libertad de configuración que tiene el legislador al construir el marco de garantías del debido proceso. Se excluye por tanto un criterio de igualdad sistémico para las partes, es decir, que todos tengan a su alcance idénticas oportunidades de orden sustancial y procesal para hacer valer sus derechos, lo que implicaría que la igualdad de trato no puede suprimir el diseño del sistema inspirado en la estructura de partes (Corte Constitucional, 2014).

Conforme a este fallo de constitucionalidad, el principio de igualdad de armas se consolida como un auténtico mecanismo de garantía que, sobre la base de un conocimiento de los hechos de la imputación o acusación por la defensa, facilita los medios para una preparación adecuada de la estrategia jurídica que se hará valer ante el juez. Se deduce de todo ello que la carga de la prueba, la presunción de inocencia y la igualdad de oportunidades probatorias son ejes fundamentales de un proceso penal legítimamente democrático, o sea, respetuoso con el marco de garantías que le asisten al acusado.

Deviene, en consecuencia, palmario que la presunción de inocencia como regla probatoria en el proceso penal halla en la carga de la prueba y su arista dinámica un eje fundamental para el despliegue de hipótesis defensivas con la capacidad sustantiva de robustecer esta prerrogativa que, en sus variables de principio y regla de tratamiento, ostenta una evidente pobreza funcional. Significa ello que si se aprecian los criterios de política criminal contemporáneos, caracterizados por su espíritu reaccionario, restrictivo y de improvisación, es coherente argüir que, en el orden empírico, es la presunción de inocencia como regla de prueba, de la mano del principio de igualdad de armas, los que mayor prestancia y garantías reales ofrecen para el acusado, pues, como se ha venido expresando, se minimiza el valor constitucional de la presunción de inocencia, cuando en la esencia funcional del sistema de partes que caracterizan a la justicia penal, la defensa se abstiene de solicitar pruebas que tengan como finalidad refutar la acusación.

Lo anterior es tan riesgoso que una defensa sumamente discreta en su ejercicio y con un deficitario ejercicio de actividad probatoria afecta dramáticamente la presunción de inocencia como regla de juicio, porque, se reitera, la decisión del juez se centrará en valorar la prueba de cargo que, dada su ontología, es eminentemente incriminatoria.

Una vez se ha contextualizado la capacidad de rendimiento que tiene la presunción de inocencia como regla probatoria en el sistema acusatorio, en el siguiente capítulo se desarrollará la posible conexión existente entre delitos de peligro abstracto, carga de la prueba y presunción de inocencia, a efectos de estudiar las repercusiones que tentativamente esta clase de tipologías representan en materia de garantías procesales.

### CAPÍTULO III

## **Delitos de peligro abstracto, carga de la prueba y presunción de inocencia. Un análisis integral de su conexión**

Hasta el momento, se ha realizado un estudio aislado de los delitos de peligro abstracto como categoría dogmática, así como también de la presunción de inocencia en todos sus matices jurídicos. Un espacio importante se ha dedicado a su análisis como regla probatoria. Corresponde ahora abordar en el presente capítulo el poder relacional de la presunción de inocencia frente a manifestaciones criminógenas en las que, como nota característica, se destaca el anticipo de barreras de protección penal. Para cumplir con este objetivo, se ahondará en el análisis de los elementos configuradores de aquellas conductas delictivas que, en criterios de política criminal, ostentan vocación protectora de bienes o intereses jurídicos de naturaleza colectiva, como en el caso de los delitos de peligro abstracto.

Como se trata de articular desarrollos dogmáticos de la teoría del delito y sus vínculos o encuentros con la dogmática procesal, un primer nivel analítico versará sobre las posibles repercusiones que este tipo de modalidades delictivas podrían tener frente a la carga de la prueba que, en pacífica exégesis, es una responsabilidad del Estado como titular de la acción penal. Los restantes puntos de encuentro y correlación con otros ejes fundamentales del sistema penal acusatorio se desarrollarán, metodológicamente, en tanto su conjunción con la teoría del delito amerite el respectivo análisis. Las repercusiones suscitadas con ocasión de esa conexión, y sus particularidades contextuales, se verán reflejadas a lo largo del estudio y de las reflexiones que se realicen alrededor de aquellos diferentes escenarios de convergencia epistémica en los que teoría y proceso se funden en una síntesis dialéctica.

### 3.1 Delitos de peligro abstracto. Hacia un relajamiento de cargas probatorias para el órgano de la acusación

Tal como se ha entendido, de manera general, en la doctrina, una nota característica de la sociedad del riesgo y del derecho penal que a esta vertiente sociológica se adscribe es que, en una lógica contraria a los cimientos o presupuestos de la escuela clásica del delito, la constatación empírica del resultado ya no es un elemento determinante al momento de realizar el juicio de tipicidad. Aquella modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, esencial en la escuela causalista del delito (Von Liszt, p. 300), ha quedado relegada a un segundo plano, si de lo que se trata es de proteger con mayor rigurosidad una serie de condiciones sociales que se tornan vitales para la refrendación de necesidades comunitarias con un marcado alcance supra individual.

En estas circunstancias, con el surgimiento de tipologías criminales que tutelan bienes jurídicos en abstracto, al dejar de ser un imperativo la producción del resultado típico y la verificación del nexo causal, entre este y la conducta, los procesos de subsunción del hecho en la norma, como es apenas natural, prescinden en este nuevo orden de aquellas categorías dogmáticas que, en sede de tipicidad y antijuridicidad, históricamente, se han erigido en un componente trascendental del derecho penal liberal. Por tanto, la lectura que frente a este nuevo escenario realiza la doctrina contemporánea en España es que, antes de pensar en la constatación de un cambio fenomenológico en el orden social, lo que compete al derecho penal en esa transformada realidad noseológica es evitar por medio de la prevención punitiva, que esos riesgos se transformen en la lesión de bienes jurídicos. Con ello, de manera crítica y acertada, se indica que, con la morigeración de los presupuestos edificantes del delito, el resultado en la tipicidad y el daño generado en el interés objeto de protección penal, simplemente, no deben probarse, pues ya han sido valorados por el legislador. Sin embargo, el problema radica en el hecho de que, dado el carácter incierto de la epistemología científico-causal, frente a algunas modalidades delictivas, como delitos medioambientales y tráfico de estupefacientes, apelar al principio de precaución implicaría condenar comportamientos en los que su peligro no es cuantificable o medible.

De esta forma, con la proliferación de bienes jurídicos colectivos que no albergan daño de ninguna índole, se transforma el derecho penal en una herramienta de política social, perdiendo así la concepción de mecanismo de última ratio, lo que, en lógica secuencia, traduce un profundo menoscabo en

el sistema de garantías que el proceso penal ofrece al acusado. Ello se explica porque, con la ampliación del área de influencia de los delitos de peligro abstracto, se castigarían conductas en las que no hay un escenario de previsibilidad en la generación de peligro para el interés objeto de protección penal, que en términos simples toleraría el castigo de conductas sin peligro de daño previsible. Una propuesta criminógena de semejantes alcances sería justificable para expandir responsabilidades en el orden civil y administrativo, cuyo fundamento sancionador se inspira en cálculos estadísticos de carácter general que, desde luego, no tienen el alcance suficiente para justificar la intervención del derecho penal (Cerezo Mir, 2002, pp. 54-62).

En el caso de Alemania, Hassemer observa con preocupación cómo las reformas legales dinamizadas en el proceso penal se orientan al acortamiento del debido proceso, al abaratamiento de sus costos y al correlativo sacrificio de garantías del inculpado y la defensa que se afecta, aún más, con el enaltecimiento de los derechos de las víctimas. Como escenario claro de este adverso panorama, se tiene el desbordado crecimiento de los delitos de peligro abstracto que obvian elementos fundantes de la pena, como son el resultado o la causalidad, facilitando así las pretensiones punitivas del Estado, al que le es suficiente acreditar que el acusado realizó una conducta reputada como peligrosa, en consonancia con las previsiones del legislador. Esa tendencia del derecho penal moderno, en su cosmovisión real, elimina uno de los pilares del derecho penal liberal, porque el *ius puniendi* es manifestación de poder y escenario de garantías para la delimitación objetiva de esa potestad represora. Ello obedece a que, de esas políticas criminalizantes, las posibilidades de defensa real se afectan sensiblemente, porque el juicio de tipicidad queda reducido a mínimas condiciones de carácter probatorio porque, por su naturaleza, en los delitos de peligro abstracto la víctima se difumina, dada su indeterminable condición. El destacado profesor agrega a sus planteamientos que la pérdida de identidad en punto de instituciones clásicas del derecho penal se vería reflejada en contextos objetivo-subjetivos de tipicidad, así como en coautoría, tentativa, dolo y culpa que ya no serían controlables para la defensa en el planteamiento de sus estrategias, habida consideración de que, en ausencia de imputaciones individuales, la abstracción e indeterminación de esta clase de tipologías, en situaciones delictivas que se adscriben al derecho penal medioambiental o al derecho penal económico, entre otras, subestiman estas instituciones dogmáticas (Hassemer, 1999, pp. 45-60).

La doctrina chilena se identifica con esta visión ideológica de los delitos de peligro abstracto, especialmente, en lo tocante a los caracteres edificantes de su estructura, que trivializan el juicio de tipicidad, a un punto tal, que la mera contradicción del hecho con la norma contentiva de una prohibición o un mandato se establecen en razón suficiente para objetivar el comportamiento reputado como delictuoso que, como bien se sabe, prescinde del análisis del peligro porque este no es parte de la tipicidad de la conducta, ya que el legislador en un escenario previo, con el apoyo de estudios estadísticos, ha edificado el consustancial juicio de daño probable para el bien jurídico. Por estas circunstancias, se destaca, hay fuertes críticas frente a este tipo de intervención criminógena, axialmente inspirada en una odiosa presunción de derecho. De ahí que su legitimidad haya sido cuestionada por la doctrina, debido a que el peligro no es susceptible de valoración y corroboración ante el juez, pues, una vez presumido el mismo, las disceptaciones acerca del tópico simplemente sobran, lo que de suyo es tremendamente extraño frente a un sistema penal que se ha edificado sobre la base de protección de bienes jurídicos en una dimensión real. En este ejercicio dialéctico se postula que ni siquiera la presunción legal de peligro, es decir, *iuris tantum*, termina siendo recomendable, debido a que injustificadamente se invertiría la carga de la prueba en el marco del proceso penal, circunstancia que consigo arrastraría el quebrantamiento sistémico de otras garantías, como el principio de presunción de inocencia, el principio de *in dubio pro reo* y el principio de culpabilidad. Como solución se plantea que, en realidad, el tipo penal debe albergar un juicio de peligro en el ámbito de lo concreto (Maldonado Fuentes, 2006, pp. 30-33).

A su turno Torio López puntualiza que en los tipos penales de peligro abstracto, el riesgo de daño para el bien jurídico es un presupuesto contingente en la edificación de la conducta delictiva. Lo nefasto del panorama es que la falta de concreción del peligro encierra una presunción *iuris et de iure*, que ni siquiera lograría conjurarse con una presunción *iuris tantum*, propuesta que no ha logrado mayor acogida, porque dado el caso de no probarse la inexistencia del peligro se afectaría el *in dubio pro reo*, en el entendido de que la presunción de daño para el interés materia de protección penal no fue desvirtuada (Torio López y Santiago, 1981, pp. 826-827).

En otra propuesta dialéctica, un importante sector de la doctrina afirma que, dada la fisonomía típica de los delitos de peligro abstracto, el juicio de subsunción del hecho en la norma, únicamente, demanda para el juez la labor de verificar que el suceso sometido a su valoración se adecua a la descripción

normativa, que se dice ha sido vulnerada. A la larga, la imposición de la pena obedece a un juicio de tipicidad objetivo que conlleva una sanción porque, tomando en consideración la entidad del hecho justipreciado, es de aquellos que, generalmente, ofrecen peligro de daño para el bien jurídico, aunque en el caso concreto, no se haya constatado cercanía de daño para el interés objeto de protección penal, que anticipadamente se protege. Por eso, se sugiere que los delitos de peligro abstracto alberguen un contenido de injusto propio que, en el ámbito concreto, sirva de soporte para edificar un juicio de culpabilidad, y así validar la consecuente imposición de una pena. Como solución ideal se propone que, en el ámbito legislativo, a través de un juicio previo, se realice un diagnóstico sobre la peligrosidad concreta de la conducta a criminalizarse, para que los tipos penales de peligro abstracto no se banalicen como una simple técnica de tipificación de conductas delictivas, sino que, por el contrario, se cuente con soportes reales que tornen del diagnóstico de peligro, una exigencia real para la interpretación y punición de la conducta. Respecto de aquella postura que propugna por la mutación de la presunción *iure et de iure* a *iuris tantum*, no es compartida la misma porque, con esta alternativa, el proceso penal se ve inmerso en una ficción. Ello, en atención a que, si el injusto típico se presume, tal circunstancia no puede ser objeto de debate probatorio (Mendoza Buergo, 2002).

Entre tanto, Terradillos Basoco, con importantes reflexiones en punto de lo que se denomina delitos de peligro presunto o abstracto, considera que la edificación de esta categoría punitiva encierra una alternativa ideal para eludir problemas de prueba, liberándose así el Estado de la carga de acreditar los pronósticos que tuvo el legislador para la inclusión de juicios de peligro en el proceso de creación del tipo penal. Se argumenta que no es que el juez al instante de emitir una condena se desgaste intelectualmente, elaborando ponderadas reflexiones en tema de valoración probatoria, ya que las mismas fueron examinadas en el ámbito previo, a través de leyes de "causalidad general" o con informes estadísticos que, a su turno, se erigen en las motivaciones o razones de la inusitada expansión del derecho penal. En consonancia con esta caracterización, dice el profesor español, que los delitos de peligro abstracto deben excluirse de la dogmática penal, porque su diseño surge en un entorno circunstancial, estimulado por la presunción de culpabilidad del reo. Su ilegitimidad es tan real que no puede contravenir una mínima exigencia, como es la obligación de fundamentar toda condena en hechos probados; con ello carecen de validez apreciaciones generales que, previamente, hayan sido contempladas por el legislador (Terradillos Basoco, 1999).

Para Gómez Tomillo (2014), el principio de precaución es una herramienta de dogmática penal que válidamente se encuentra en condiciones de contribuir para el anticipo de barreras de protección en materia penal; este mecanismo epistemológico es, en todo caso, compatible con el derecho penal preventivo, más aún, si a su uso se apela de manera restringida y excepcional para situaciones de hecho particularmente graves. De esta forma, y amparado en doctrina norteamericana, plantea que la empleabilidad del principio de precaución tiene, como criterio material de política criminal, de hecho, un poder limitador frente a prerrogativas constitucionales, como la presunción de inocencia, el estándar de prueba para condenar y el *in dubio pro reo*, que llevarían al juez a interpretarlas por fuera de los cánones trazados en el derecho penal de las garantías (p. 84).

Sobre el alcance conceptual del llamado derecho penal moderno, Gracia Martín (2016), concibe que la transformación del sistema penal, es decir, el nuevo paradigma del derecho penal solo sea admisible si su configuración se cristaliza sin afectar el lleno de las garantías que históricamente lo han caracterizado. Agrega en este mismo orden, que el Estado de derecho no puede ni debe tolerar el más mínimo nivel de flexibilización de las garantías en materia penal, actitud que, en todo caso, es plenamente compatible con la necesidad ético-política de su modernización, ya que, de esa forma, los bienes jurídicos serán objeto de protección, en un escenario que sea, incluso, consecuente con valores tan importantes como igualdad y justicia.

Lo complejo de esa modernización, es decir, la transformación del derecho, radica en que, al romper paradigmas o redimensionar el conocimiento, tiene la capacidad de generar algunas repercusiones jurídicas en la comunidad judicial, las que Dworkin (2012), cataloga como “desacuerdo con el derecho”, porque, como suele ocurrir, abogados y jueces epistémicamente se identifican de forma distinta con lo que prohíbe o permite el derecho, aspecto que se ve reflejado con el alcance suasorio que uno y otro juez le otorgan a las disposiciones legales por medio de la prueba. Así es, pese a que en estrictez ontológica uno solo es el hecho, y dependiendo del entendimiento del derecho, es factible que a partir de la actividad probatoria se le adjudiquen sentidos diametralmente opuestos, y es posible que problemas jurídicos de idéntica naturaleza sean resueltos por jueces de manera distinta: en un escenario, favoreciendo al empleador, por ejemplo y en el otro, al trabajador. Agrega el ilustre pensador que, en ocasiones, es admisible que los abogados y jueces se encuentren de acuerdo en el fundamento de la norma, pero de ello no se sigue que sean intelectualmente afines con la aplicabilidad de esos fun-

damentos al caso particular que es materia de litigio. En este contexto, para ser explícitos, se hace alusión al límite de velocidad máximo para conducir un automotor, indicando que no es objeto de discusión el tope de kilometraje por hora que ha fijado el legislador. Lo trascendental para abogados y jueces, en un momento dado, podría ser si en realidad ese límite de velocidad es el indicado para evitar siniestros (pp. 16-17).

Toda esta recapitulación dogmática ha tenido como propósito evidenciar una tangible realidad emergente en la tipificación de delitos de peligro abstracto. Se hace referencia, en estos términos, a las sensibles incidencias que la incorporación de esta modalidad dogmática exhibe en el derecho penal clásico, y en similares circunstancias, de cara al desarrollo principialístico del proceso penal contemporáneo. Basta con analizar la estructura típica que en el ámbito objetivo ha sido prevista por el legislador para una serie de comportamientos criminógenos, en los que la simple tenencia, conservación o porte de elementos se estiman como presupuesto suficiente del juicio subsuntivo.

Por lo menos así ocurre con el porte de armas de fuego o de estupefacientes que en la dialéctica político-criminal del legislador se edifican sin que sea necesaria la verificación de procesos empírico-causales o resultados de naturaleza objetiva. Se suscita aquí, en este primer nivel de análisis de la conducta delictiva, un extraño fenómeno, como es que, no obstante el conservarse la exigencia del principio de estricta tipicidad en términos formales, lo cierto es que su contenido material, desde el punto de vista probatorio, queda reducido a mínimas proporciones, debido a que basta con refrendar la contrariedad que reviste la conducta humana con la disposición punitiva que la prohíbe, como sucede, cuando un individuo tiene en su dispositivo celular imágenes explícitas de pornografía infantil. De esta forma, si de esa sola actividad, se sigue que tal circunstancia es suficiente para construir el consustancial juicio de antijuridicidad, es evidente que la presunción de daño para el interés objeto de protección penal es una garantía, cuyo sustrato ideológico deja de ser un límite sustancial que se impone a la potestad punitiva del Estado, para erigirse en un medio de flexibilización de sus pretensiones punitivas.

En estas condiciones, la fractura epistemológica no solo concurre respecto del derecho penal clásico o de las garantías sino, también, de las prerrogativas que en materia procedimental han sido diseñadas para que dicho paradigma sea sostenible. La razón es sencilla: el único escenario posible de dignificación del individuo para que el odioso poder del derecho penal sea contenido es

el proceso penal, un proceso que por sus características se ha pensado para que la construcción de escenarios destinados a desvirtuar la presunción de inocencia sea la consecuencia o el resultado de un trabajo que el Estado realiza a través del órgano de la acusación.

De acuerdo a este orden inspirador, la titularidad de la acción penal demanda, de modo positivo, el despliegue de una serie de actividades y trabajos orientados a moderar una presunción que, en su estricta dimensión ontológica, acompaña a cualquier individuo de una sociedad civilizada. Significa esto que al proceso penal se concurre presumiéndose inocente. Así se debe entender un proceso penal genuinamente antropocéntrico y, aunque es evidente que la tutela político-criminal de derechos colectivos es un fin deseable, en lo que se comparte el pensamiento de Gómez Tomillo, lo cierto es que a tal objetivo no se puede llegar si los medios empleados para esa protección comportan el desvanecimiento de la anticuada edificación del delito y de las garantías procesales, cuya vigencia y respeto en el marco del proceso penal es un imperativo categórico.

Respecto de este tópico, Gracia Martín se muestra partidario de una tesis compatibilista, es decir, a su juicio es necesaria la renovación del derecho penal, que encuentra, en la rigidez de sus garantías, un presupuesto de salvedad para legitimarlo, pues de esta manera se podrá brindar una verdadera protección a los bienes jurídicos y afianzar, con ello, valores tan importantes como justicia e igualdad. La propuesta elaborada por el tratadista español supone la no flexibilización del grueso de prerrogativas que el programa del derecho penal tiene para la parte débil, en aquella relación jurídico-procesal que propicia el Estado a través de su órgano de persecución penal. En todo caso, lo que no alcanza a visibilizarse en su interesante línea teórica de pensamiento es cuál sería la forma o manera puntual en que la parte sustancial del derecho penal y la principalística procesal penal convergen en pro de la consolidación de un derecho penal democrático, es decir, que garanticen plenamente en todos los ejes de intervención que despliega del Estado.

Se destaca entonces que hablar de un derecho penal garantista supone una orientación integral por el respeto de los derechos que les asisten a aquellos destinatarios de hipotéticas sanciones punitivas. En estos términos, de nada sirve predicar que, para probar la existencia del delito y la responsabilidad de su autor, los contenidos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad deben demostrar a la Fiscalía, cuando en el escenario real

de esta actividad, tales supuestos llevan el tema de prueba a una mínima e ínfima expresión.

Para ratificar el anterior enunciado, es suficiente expresar que la tipicidad se colma con la simple objetivación de la conducta que describe el tipo penal, sin que sea necesario constatar la empírica causación de un resultado; sumado a ello, en los delitos de peligro abstracto, tendrá que pregonarse que el juicio de antijuridicidad se satisface, porque tal análisis le fue despojado al juez por el legislador, desde el mismo instante en que se crea la norma punitiva que anticipa barreras de protección penal. Con este ejercicio, que no constituye una exageración, tipicidad y antijuridicidad se convierten, en la práctica, en categorías dogmáticas que, en el ámbito previo, ya las tiene acreditadas a su favor el Estado. En este orden lógico, habrá de expresarse que, si estamos frente a un individuo imputable, es decir, con capacidad de comprensión y determinación, deberá ser tratado como culpable, porque estructurada la imputabilidad, era consciente de que con su proceder se encontraba inmerso en una conducta no tolerada por el derecho penal, y lo que de él se esperaba era un comportamiento ajustado a la norma.

Por contextos situacionales como el que se ha destacado en precedencia es que, con suficiente razón, la doctrina especializada rechaza el enfoque que tiene el derecho penal moderno, en punto de los procesos de criminalización de conductas delictivas que protegen bienes jurídicos, altamente inaprehensibles, es decir, en abstracto. Lamentablemente, se ha subestimado el poder vinculante que ostentan las garantías en materia procesal y se les ha prodigado un trato indiferente, de matices tan elevados, que los científicos del derecho penal, en su amplia mayoría, no se han detenido a justipreciar, dejando de visibilizar las nocivas consecuencias que esta clase de tipologías revisten si se les confronta o aproxima con el ordenamiento constitucional. Por eso, con un importante grado de validez, Terradillos Basoco considera que en los delitos de peligro abstracto no hay realmente carga de la prueba en cabeza del órgano de la acusación y que, frente a un escenario de tales circunstancias, aflora la incompatibilidad de este tipo de modalidades delictuales con un derecho penal democrático que encuentra en la presunción de inocencia uno de sus cimientos esenciales. Desde la perspectiva del profesor español, la anticipación de barreras de protección penal se inspira en juicios de culpabilidad previos que deberían ser excluidos de la dogmática penal.

La solución, en realidad, no es aconsejable llevarla a tal extremo, porque, si en efecto, se acepta que el derecho penal moderno surge ante la falta de capacidad de respuesta del derecho penal de las garantías, sería insensato que los problemas sociales del nuevo siglo continuaran su línea hegemónica y que, como mecanismo de respuesta para afrontarlos, se llegara al punto de petrificar la estructura dogmática de lo que algún sector de la doctrina ha denominado viejo derecho penal. Hay, en definitiva, matices y modulaciones que deben contemplarse, porque borrar de la teoría del delito los tipos penales que protegen bienes jurídicos en abstracto equivaldría en buena medida a dejar sin mecanismos de amparo los intereses supraindividuales que igualmente son esenciales para la eficiencia y operatividad del moderno contrato social. No en vano, las cartas políticas de España y Colombia albergan en su fundamentación la prevalencia del interés general sobre el interés particular. De ahí, entonces, que los intereses o bienes colectivos no puedan quedar sin ninguna clase de amparo.

En este orden de circunstancias, la alternativa que postula Mendoza Buergo para superar la problemática es, desde luego, importante porque, aceptando la necesidad político-criminal que tiene el derecho penal de apelar a modalidades típicas como los delitos de peligro abstracto, sugiere que la criminalización en este ámbito se haga sin prescindir de un contenido de injusto propio que a su turno dote de contenido a la culpabilidad. Con ello, en este giro dialéctico, si en los escenarios previos a la criminalización se hacen las valoraciones concretas de peligro por parte del legislador, las categorías dogmáticas de la conducta delictiva no quedarían huérfanas de contenido.

Desde esta perspectiva, debe expresarse que, a pesar de la bondad epistemológica de la postura, si el juicio de peligrosidad real se erige en presupuesto de procedibilidad para la tipificación de la conducta delictiva, podría en un momento dado interpretarse que en ausencia de un juicio de peligro concreto para el interés objeto de protección penal, el contenido de injusto desaparecería, y con ello el consustancial análisis de culpabilidad. Se desvanecería, así, la posibilidad material de reputar como delictuosos los delitos de peligro abstracto, porque su esencia configurativa se desnaturaría si, para su tipificación, se exige un peligro efectivo de daño para el interés objeto de protección penal.

Con lo expresado hasta ahora se han postulado críticas a los valiosos intentos que ha realizado la doctrina con miras a que los delitos de peligro se

integren de manera deseable a la dogmática penal, en especial para que con su criminalización no se transgredan abiertamente los ideales que han caracterizado históricamente el derecho penal de las garantías. De acuerdo a lo indicado, las respuestas y alternativas generadas respecto del tema se reducen, en la práctica, a eliminar los delitos de peligro abstracto ya que, como se evidenció, el intento por exigir un contenido de injusto real los lleva a un contexto de peligro concreto. Veamos entonces, si es realmente factible encontrar esos elementos de confluencia que hasta ahora se echan de menos.

### **3.2 Un escenario de posible armonía entre delitos de peligro abstracto y presunción de inocencia como regla probatoria**

Quizá, uno de los aspectos que, en términos generales, mayores dificultades ha ofrecido para que los delitos de peligro abstracto adquieran matices de compatibilidad con el sistema de garantías ha sido la disgregación u odiosa separación histórica suscitada entre la teoría del delito y el marco de garantías que ofrece el sistema penal. Si a ello se suma el hecho de que en la nueva cosmovisión del derecho constitucional derecho penal y procedimiento penal representan la viva concurrencia del orden de valores y garantías promovidos por la Constitución Política en Colombia, es por demás comprensible que ninguno de estos componentes deba alejarse de aquellos presupuestos axiológicos que han sido estimados como deseables por parte del orden constitucional. De esta forma, si lo que se pregona a partir del nuevo orden constitucional es que el derecho, en términos generales, como sistema, dialécticamente debe conectarse con los principios e ideales políticos que inspiran el orden de un sistema democrático, tendrá que reconocerse que el orden de valores y garantías incorporados en el orden superior se extiende a la totalidad del ordenamiento jurídico.

Para citar un punto o nexo de confluencia entre teoría del delito y sistema penal acusatorio, ha de expresarse que cuando el órgano de la acusación decide residenciar en juicio de responsabilidad criminal al imputado, la acusación diseñada y, con ello, los hechos jurídicamente relevantes que la integran, al condensar exigencias dogmáticas afines a los delitos de peligro abstracto, vuelven jurídicamente inviable la verificación de la hipótesis acusatoria porque, al fin y al cabo, el peligro indemostrable es el objeto de la punición. En estos términos, la acusación misma parte de una base ilegítima porque el supuesto consagrado en el marco de la tipicidad objetiva ya ha sido moldeado por el legislador en un escenario meramente descriptivo y exento de resul-

tados constatables. Carecería de sentido promover el agotamiento íntegro del proceso penal, porque, al imperar la presunción de culpabilidad, su antítesis, es decir, la presunción de inocencia, se llevaría a una figura retórica que en ninguna de sus variables podría morigerar tan demencial arremetida punitiva.

Si desde el momento histórico en que comenzaron a perfilarse los nuevos desarrollos del derecho penal contemporáneo, su estructura dogmática hubiese sido elaborada de cara a las posibles consecuencias, que tal renovación tendría frente a la dogmática penal tradicional y frente a las sensibles repercusiones que se suscitarían en la lógica de las garantías procesales, el panorama en la actualidad podría ser distinto. Como se hace referencia en estas circunstancias a una deuda pretérita que tiene la teoría del delito con la dogmática procesal, este es el momento para que de esa integración surjan, por lo menos a título aproximativo, posibles alternativas de solución frente a esta encrucijada.

Como se observa, ha sido Mendoza Buergo la tratadista que con mayor cercanía trató de crear un modelo de delitos de peligro abstracto compatible con el derecho penal clásico o de garantías. Su modelo teórico parte de un cimiento importante, y es que se debe constatar la objetiva peligrosidad de la conducta y su actitud para menguar, efectiva o potencialmente, el bien jurídico objeto de protección penal, reiterando, entonces, que la peligrosidad real de la conducta se instituye en un elemento imprescindible del injusto que lo dota, a su turno, de contenido material. Esta exigencia la postula, porque al momento de tomar decisiones es necesario corroborar que la conducta antinormativa sea objetivamente idónea para afectar el bien jurídico.

En este orden lógico, si lo que demanda la profesora española es que debe constatar materialmente la capacidad de lesión o daño efectivo que tiene la conducta reputada como antinormativa, en armonía con el derecho penal de acto, lo que implícitamente traduce su propuesta es que el peligro de daño para el bien jurídico debe ser concreto, es decir, real o, si se quiere, empíricamente demostrable. Se ratifica, por ende, que este modelo lo que estaría sugiriendo en el fondo es transformar los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto.

Pero ¿qué hacer, entonces, para que esa anhelada compatibilidad sea real y no simplemente hipotética? Una luz en medio de este escabroso camino podría encontrarse al admitir que los delitos de peligro abstracto, al ser una alternativa necesaria, su incursión en la dogmática penal debe estar condicio-

nada por mojones objetivos que encuentren en los intereses que se pretenden proteger un elemento racional que establezca límites reales a su ámbito de interferencia. Aquellos intereses son, desde luego, los bienes jurídicos de naturaleza colectiva, pero desde ahora se afirma que la construcción del injusto, es decir, la capacidad lesiva de la conducta, no debe permitir un peligro efectivo de daño para el bien jurídico, pues de acoger esta opción se excluiría de plano la tipificación de delitos de peligro abstracto.

Lo que se plantea como alternativa hipotética de solución es que la conducta reputada como peligrosa no lo sea en el ámbito material, sino que para consolidar el juicio de peligro sería suficiente, en primer orden, la constatación de una probabilidad de daño para aquellas condiciones esenciales que el pacto social les ha prodigado a los miembros de la comunidad. Se incorpora como nivel de análisis la probabilidad del peligro, porque no se trata de bienes jurídicos individuales, sino de intereses más complejos, en los que, para su tutela, el anticipo de barreras de protección penal es aconsejable y necesario. En todo caso, debe quedar claro que la probabilidad de lesión de aquellos intereses no quedaría satisfecha con el mero quebrantamiento de la conducta prohibitiva, y muchos menos se podrían tener como fundamentos del juicio de peligro las previsiones que en el momento legislativo valoró el hacedor de las normas.

El análisis de carácter general y los estudios inspirados en fenómenos estadísticos justifican, sí, la intervención político-criminal, pero no son susceptibles de traslado al quehacer judicial. Quiere ello significar que cuando una ley ha sido cuidadosamente elaborada, la exposición de motivos legitima de hecho su criminalización, lo que en el marco de la producción legislativa será incluso un referente importante para comprender desde el punto de vista histórico por qué se amplió el radio de acción del derecho penal con fines de tutela frente a algunos bienes jurídicos.

Y ese debe ser el entendido que gobierna la tipificación de delitos de peligro abstracto porque, de lo contrario, frente a este nivel de criminalidad, sería materialmente el poder legislativo el que, sin fórmula de juicio, estaría promoviendo la condena de individuos, pues atendiendo a la configuración ontológica de aquellas normas, de antemano presumiría culpables a sus potenciales infractores. Dicho en otros términos: frente a los delitos de peligro abstracto, el poder legislativo concentraría potestades inherentes a la Administración de Justicia, en la medida que se estaría promoviendo la edificación de un derecho penal sancionador y sobre seguro en términos de

eficacia, porque tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad serían categorías dogmáticas previamente albergadas en las disposiciones punitivas.

Se sigue por necesidad de lo expuesto que la probabilidad de peligro tendría que ajustarse a la filosofía garantista que caracteriza el sistema penal acusatorio y, dentro de ese orden lógico, los hechos jurídicamente relevantes que pretenda demostrar la Fiscalía General de la Nación en sus pretensiones punitivas condensarían una probabilidad de peligro que bajo ninguna circunstancia se presume, sino que debe demostrarse con prueba de cargo, es decir, con medios de conocimiento en el juicio oral. De esta forma, en esa lucha de contrarios, la defensa postularía actividad probatoria orientada a negar esa probabilidad de daño para los bienes jurídicos que, desde la óptica de la acusación, presuntamente resultaron comprometidos, se reitera, en un nivel de probabilidad.

Como argumento en contra de esta alternativa, podría indicarse que la probabilidad de daño como estándar de conocimiento, a la larga, relajaría las cargas probatorias que por mandato constitucional y legal debe cumplir el órgano de la acusación, en la medida en que la probabilidad de daño para el bien jurídico estaría sustituyendo, injustificadamente, el conocimiento más allá de toda duda que se demanda para condenar. Significaría ello que la presunción de inocencia, como regla de prueba y regla de juicio, se vendría a menos, porque la carga valorativa para desvirtuarla ya no sería la misma en estas categorías delictivas.

Este hipotético planteamiento en contra tiene un fuerte poder desde la perspectiva garantista porque, a la postre, lo que se podría argüir es que los acusados por delitos de peligro abstracto tienen mayores posibilidades de ser condenados que aquellos individuos llamados a juicio por otra serie de conductas delictivas, porque las cargas probatorias que corresponde allegar a la Fiscalía para desvirtuar la presunción de inocencia, en un plano epistemológico, son cuantitativamente menores.

Sin embargo, tal exégesis no es del todo cierta porque, si bien, desde el punto de vista de la gnoseología judicial, la probabilidad de verdad es un estándar menor, tal desbalance se compensa significativamente, si en consideración se tiene que, en una perspectiva cualitativa, la probabilidad de daño en delitos de peligro abstracto exige mayor trabajo investigativo y probatorio que la efectiva puesta en peligro o lesión de aquellos que protegen bienes jurídicos individuales. Obsérvese que en el delito de homicidio o en los ataques contra la libertad sexual, la persuasión del juez se alcanza

a demostrar incluso con una o dos pruebas de cargo, porque se trata de supuestos fácticos concretos.

Por oposición a ello, en un escenario procesal donde la prueba de cargo aspira a demostrar que la salud pública se afectó con probabilidad de verdad, es perfectamente posible que ni siquiera con cuatro o más pruebas de cargo se logre acreditar dicho estándar. Es más, mediando de hecho aparentes hipótesis de flagrancia, no por tal circunstancia, la labor del órgano de la acusación se volvería más llevadera desde el punto de vista probatorio. La razón es, por demás, obvia: en la dinámica del derecho penal de acto, se requiere que la acción u omisión trascienda el espectro de intereses y bienes de quien es reputado como autor o partícipe de la conducta delictiva.

A efectos de convalidar la fórmula teórica que se ha edificado, oportuno es estudiar lo que en punto de carga de la prueba analizó recientemente la Sala de Casación Penal en hipótesis de tenencia de estupefacientes. El caso en referencia vincula a un individuo que fue sorprendido en "situación de flagrancia", llevando consigo cuarenta y siete papeletas de cocaína, que a la postre arrojaron un peso total de 11.4 gramos. En el marco de la actividad probatoria, logró demostrar el órgano de la acusación que, en efecto, el acusado llevaba una sustancia prohibida; igualmente, se acreditó que al momento de la aprehensión el privado de la libertad fue descubierto con la cocaína en su poder; en este mismo orden, el peso de la sustancia superaba en más de once proporciones el que por mandato legal se tiene permitido portar a cada consumidor que, en el caso colombiano, es de un gramo. Bajo este orden de circunstancias, el tribunal de apelaciones estimó que la acusación había cumplido idóneamente con sus cargas probatorias y que lo consecuente con el derecho era condenar al portador de la sustancia que, siendo habitante de la calle, carecía de la capacidad económica para adquirir la sustancia, de lo que se puede inferir que el porte era con fines de distribución y no de consumo.

Sobre el particular, la Corte parte de la base de que en los delitos de peligro abstracto, el peligro no se presume sino que debe probarse porque, teniendo a su favor el acusado la presunción de inocencia, corresponde a la Fiscalía probar que la tenencia de estupefaciente ostenta ulteriores fines o propósitos que van más allá del simplemente llevar consigo la sustancia porque, en las apreciaciones del Alto Tribunal, la tipicidad de la conducta no depende de la objetiva constatación del porte sino de la finalidad que subyace en el mismo. De esta forma, y en el preciso momento que se produjo la privación de libertad por parte de los captores, el acusado indicó que la sustancia la

llevaba consigo con fines de consumo. En estas circunstancias, la carga de la prueba para demostrar que era con fines de expendio y distribución no era de la defensa, sino de la acusación. Epistemológicamente este conocimiento que se lleva al juez no es susceptible de transferencia a la defensa, motivo que finalmente llevó a la sustitución del fallo condenatorio por uno de tipo absolutorio (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Se observa, por tanto, que la mera actividad del porte de estupefaciente no tiene la entidad suasoria de predicar daño para el interés objeto de protección penal, que en el caso analizado es la salud pública. El juicio de antijuridicidad para este interés de naturaleza colectiva tiene definitivamente un plus que va más allá de la simple tenencia de la sustancia prohibida. Se exige, así, que el dolo de porte y el conocimiento específico de que la cantidad supera aquella dosis que el ordenamiento jurídico tolera trascienda la esfera del individuo y comprometa la salud de terceros cuando la sustancia prohibida se incorpora en el tráfico social. Mientras ello no suceda, es decir, en la medida en que el órgano de la acusación no demuestre tal aspecto, la conducta ni siquiera se podrá reputar como típica.

En consecuencia, el carácter diferenciado que en punto de carga de la prueba ostentan esta clase de modelos criminógenos es cualitativamente mayor, pues dada su estructura dogmática, la valoración del peligro que se inserta en la tipicidad de la conducta, amén de admitir prueba en contrario, primigeniamente debe ser acreditado por la acusación. Es, sin duda, un avance significativo en lo que concierne al respeto por la presunción de inocencia y las cargas probatorias que deben asumirse cuando se pretenden adelantar barreras de protección penal.

Significa lo expuesto que, en este nuevo giro dialéctico esgrimido por la Corte, aunque es legítima la protección de bienes jurídicos a través de los delitos de peligro abstracto, tanto la presunción de inocencia, como la carga de la prueba se enarbolan en límites sustanciales infranqueables que en su labor misional no se deben desconocer por la Fiscalía General de la Nación. Con mayor razón, si en consideración se tiene que recientemente la dogmática constitucional incorporó a través del Acto Legislativo 006 de 2011, el principio de antijuridicidad material como referente de punibilidad y como mecanismo para diferenciar esquemas de enjuiciamiento criminal y disponibilidad de la acción penal para que su ejercicio, dependiendo de la naturaleza del bien jurídico y su grado de lesividad, lo asuma el ente acusador o, en su defecto, el acusador privado. Aunque el legislador patrio, en sus motivaciones

político-criminales, pretende argüir que a menor nivel o entidad en el bien jurídico de esa misma naturaleza debería ser la inversión de recursos para la investigación, judicialización y sanción de casos, no es del todo cierto que haya una directa correlación entre bien jurídico y carga de la prueba. Es perfectamente posible que bienes jurídicos tutelados con menor pena demanden mayores esfuerzos sistémicos, que delitos que contemplan pena privativa de la libertad intramural (Arteaga Córdoba, 2017).

Ahora bien, válido es reiterar, que ese grado de lesividad en el interés objeto de protección penal, desde el punto de vista constitucional admite matices y gradaciones que tienen, desde luego, una importante diversidad de repercusiones, desde el punto de vista, dogmático y en el ámbito procesal, singularmente, en lo que tiene que ver con la carga de la prueba que compete asumir al órgano de la acusación, así como con la presunción de inocencia en sus variables de regla de tratamiento, regla de prueba y regla de juicio. En tal sentido, sin que sea necesario particularizar en casos concretos, sí es coherente argüir que la decisión política que tiene como finalidad criminalizar conductas que protegen bienes jurídicos en abstracto, imperativamente, debe ir acompañada de una serie de exigencias que van más allá de la prevalencia que ostenta el interés general sobre el particular, dado que si esta tensión traduce el posible sacrificio de garantías fundamentales, como la libertad individual, lo cierto, al fin y al cabo, es que el interés de las mayorías no se erige en una razón válida para aniquilar prerrogativas de orden individual. En esa lógica, no se entiende un derecho penal democrático que, como se ha dicho, su esencia se ve reflejada en el material respeto por las garantías individuales.

A ese escenario ideal se debe llegar, contemplándose siempre en el nivel legislativo y en el judicial, que el nuevo orden criminógeno y las formas de responsabilidad penal que aparecen en el mismo no pueden orientarse a contextos extremos en los que, so pretexto de la pérdida de eficiencia del derecho penal de las garantías, diseñado precisamente para frenar el despotismo y la arbitrariedad estatal, se retroceda para dar vida a un modelo bárbaro y anacrónico. Castigar conductas que no representan daño para el bien jurídico, en las que el juicio de culpabilidad es irreflexivo y automatizado, no es una opción legítima. Por el contrario, sería un auténtico fracaso y un revés involutivo de catastróficas proporciones, dramáticamente lesivo para la dignidad del ser humano en su dimensión axiológica y para el carácter humanista que debe exhibir el Estado de derecho contemporáneo en la búsqueda de soluciones a las problemáticas que agobian a la comunidad.

Por eso, se enfatiza, un estudio íntegro de los antecedentes que originan el nuevo orden punitivo debe contemplar como escenario histórico el fracaso de otras alternativas político-estatales, completamente distantes del sistema punitivo, es decir, de la política criminal. Debe quedar, por tanto, expuesta la realidad de que, pese al despliegue de otros mecanismos y estrategias, los mismos no han sido suficientes para conjurar el mal generado por aquellos fenómenos que desestabilizan el orden social. En el siguiente nivel de ponderación, no todo bien jurídico colectivo, cuya lesión o efectiva puesta en peligro sea recurrente, debe protegerse a través del derecho penal, porque ello equivaldría a colegir que el sistema penal hace parte de las políticas públicas.

Piénsese en el fuerte despliegue de actividades legislativas, firmemente respaldadas por una plataforma de instituciones públicas y privadas que tengan como finalidad promocionar lo ideal y valioso que es para un proyecto de vida en comunidad que esta goce de buena salud, y se aleje del consumo de sustancias psicoactivas. Por qué no vislumbrar como algo racional que antes de criminalizar la droga-dependencia, más centrado y coherente sería facilitarle al adicto un ambiente propicio para su rehabilitación; cómo no ser visionario de futuras generaciones en las que evidentemente los jóvenes se catapulten como líderes de una sociedad que enfrente problemas de diferente índole, sin que el consumo de estupefacientes sea una preocupación.

Es un tanto soñador y utópico, pero es más lamentable que de cara a este marco deseable, las cifras en la lucha contra el tráfico de drogas ofrezcan un panorama bastante sombrío en materia de violación de derechos humanos, en costos fiscales, y en la eficacia misma del derecho penal. Obsérvese, en primer término, que para el período comprendido entre los años 2000 y 2014, la cantidad de personas privadas de la libertad por tráfico de estupefacientes ha sido más elevada si se compara a Colombia con el resto de Latinoamérica; en segundo orden, para este mismo lapso, los costos fiscales corresponden a 2.1 billones de pesos en lo que respecta al sostenimiento de población carcelaria única y exclusivamente por delitos de tráfico de estupefacientes; y, en tercer lugar, la realidad muestra que ni la masificación del encierro intramural y, mucho menos los elevados costos que se han asumido con la detención de ciudadanos, han debilitado, ni siquiera mínimamente, el narcotráfico como fenómeno criminógeno. Se debe ello, en primer término, a que el peso del derecho penal recae en su amplia mayoría sobre el engranaje más débil de la cadena delictiva, y que la judicialización de asuntos se ha intensificado a casos relacionados con la simple tenencia o porte de la sus-

tancia, sin que ello, a la larga, contribuya a preservar la salud pública como interés objeto de protección penal (Uprimny Yepes, Chaparro Hernández, y Cruz Olivera, 2017, pp. 33-81).

Con el interesante estudio que se acaba de reseñar, sale a flote otra situación crítica, como es que la Administración de Justicia y las actividades de policía, durante un poco más de tres lustros, han dedicado infructuosos esfuerzos en la lucha contra el narcotráfico, ya que apelando a la protección de la salud pública en abstracto ciertamente han fortalecido la reacción punitiva frente a los infractores. De hecho, aunque el número de privaciones de libertad y de condenas ha subido, desde el punto de vista estructural y cualitativo este tipo de intervención no ha arrojado resultados favorables para la protección del bien jurídico. Este fracaso se explica en razón a que la gran mayoría de judicializaciones y sanciones son por porte de estupefacientes, sin que la actividad estatal logre desestabilizar el repudiable fenómeno, ya que, de acuerdo a datos estadísticos, en los eventos donde no se provocan restricciones de libertad por el porte de estupefacientes, se hace frente al hallazgo de plantaciones que, desde luego, no son custodiadas por sus propietarios sino por individuos vulnerables que no tienen ningún tipo de representatividad en la organización criminal.

Lo que deviene palmario es que en el tráfico de estupefacientes y en otras actividades delictivas como la minería ilegal de nada sirve que el cultivador de coca, el adicto a sustancias psicoactivas o el obrero que se encuentra bajo tierra explotando un mineral sean privados de la libertad. La protección de la seguridad pública y el medio ambiente no se torna más cercana anticipando barreras de protección frente a un sujeto que lejos se encuentra, en un grado probabilístico a nivel sustancial, de poner en peligro el bien jurídico de naturaleza colectiva. Es más, sin mayores reflexiones disquisitivas, se arriba a la conclusión de que muchos de esos casos en los que hay investigación y sanción se correlacionan con víctimas del delito o con asuntos en los que la exclusión de responsabilidad penal sale a flote por un estado de necesidad.

En este sentido, hasta ahora aflora un nivel importante de ineficacia en los delitos de peligro abstracto, lo que obedece, en buena medida, a la falta de previsión político-criminal, especialmente en lo que toca al diagnóstico de cuáles, en realidad, son las verdaderas conductas o comportamientos que mayor potencialidad de daño revisten para el bien jurídico de naturaleza colectiva. Si lo que se busca es anticipar mecanismos de protección para

el bien jurídico, hay que conservar unos niveles de coherencia aceptables para que la persecución criminal no se convierta en una iniquidad sistémica que, al final, lo único tangible que exhiba sea el sacrificio ciego de derechos y garantías individuales. Si el derecho penal y la política criminal se orientan a las consecuencias, algo predecible es que no todos los verbos rectores de una conducta delictiva gozan de igual capacidad de daño para el bien jurídico y, dentro de este mismo orden, no toda conducta o rol desempeñado en el interior de una organización criminal tiene la misma capacidad de menoscabo para el interés supra individual que se pretende tutelar.

Acorde con lo enunciado, es deber del Estado identificar en la dinámica del derecho penal de acto qué clase de conductas revisten mayor peligro de daño. Bastaría, para ese objetivo, visibilizar el alcance real que cada verbo rector tendría en los tipos penales de conducta alternativa, y al analizar la especificidad de la conducta, contemplar sus repercusiones frente al bien jurídico tutelado. Por estas razones, dentro de la técnica legislativa, no todas las conductas revisten igual potencialidad de daño; por eso, la proporcionalidad de la pena debería estar plenamente acorde con la potencialidad de lesión para el interés materia de protección penal.

Así, frente a intereses de carácter supra individual, no reviste la misma capacidad de lesión el verbo portar que el verbo almacenar. Cuando se porta, por lo general se lleva consigo el elemento prohibido en una cantidad tal que sin mayores dificultades permite al individuo transportar el elemento o elementos en su cuerpo. Un arma de fuego de uso personal, sin el permiso de porte o tenencia que el Estado concede, o una cantidad de sustancia estupefaciente que excede la permitida con fines de consumo personal las lleva fácilmente consigo el sujeto activo de la conducta reputada como delictiva, y no necesariamente el pronóstico de peligro frente a la salud o la seguridad pública reviste características tangibles. En este contexto, aunque se trata de bienes jurídicos colectivos de diferente origen, el posible peligro de lesión es menor que el predicable de conductas propias de almacenamiento, donde en una percepción, materialmente aprehensible, la probabilidad de daño para el interés materia de protección es más elevada. En este mismo nivel de análisis racional, el reproche punitivo para el autor que saca del país sustancia estupefaciente debería ser menor que el de la conducta exhibida por aquel que siendo propietario de la sustancia lo determina hacia su tráfico por fuera del país.

Con un panorama de estas características, sería injustificadamente lesivo del principio de igualdad que conductas con un menor nivel de culpabilidad sufrieran las mismas consecuencias punitivas de aquel o aquellos comportamientos dotados de mayor reprochabilidad. Así, también, si la evidencia empírica demuestra que se castigan conductas sin capacidad de daño para el bien jurídico, con lo que la capacidad de judicialización e infraestructura del poder judicial se banaliza, lo deseable, en términos de proyección político-criminal y generación de un mejor derecho penal, es que las acciones con estas características experimenten unas dosis importantes de resignificación, de tal manera que se eliminen de la estructura objetiva de los tipos penales aquellos verbos rectores que, con su contenido y alcance, no tienen la capacidad de rendimiento suficiente como para enfrentar idóneamente la criminalidad.

Si se persiste en dejar vigentes verbos rectores que describen conductas de pasiva actividad o mera tenencia, sin mayor nivel de repercusión frente al bien jurídico, el efecto sería devastador para la presunción de inocencia. Perdería todo tipo de funcionalidad en el proceso penal. Además, ocurriría un fenómeno similar desde el instante en que el legislador opta por criminalizar conductas delictivas con esta clase de especificidades. Desde ese mismo momento, con una errónea visión político-criminal, se crearían tipos penales, con los que coetáneamente surgiría el menoscabo de la presunción de inocencia que, desde el ámbito previo, se diezmaría ya que el anticipo de barreras de protección penal en un sentido negativo se materializaría frente al bien jurídico y para las garantías de orden constitucional que operan en el marco del proceso penal.

Tan evidente es la irracionalidad punitiva para hipótesis de tipicidad de tenencia de estupefacientes con fines de autoconsumo, que el profesor Claus Roxin no duda en catalogar como un grave desacierto punitivo el criminalizar a millones de individuos que sean sorprendidos en posesión de productos derivados de cannabis, intervención que, amén de ser un claro exceso, sería una injustificable desproporción en un Estado de derecho. Para ampliar el marco de argumentación, expresa, incluso, que la mera tenencia no alcanza a ser una acción en sentido estricto, es decir, causalmente no tiene ninguna clase de efectos y, dentro de ese orden reflexivo, de la simple conservación o posesión, no es dogmáticamente posible explicar escenarios de omisión punible. Claro está, que frente al injusto típico de posesión de armas, la lectura que hace el tratadista alemán es distinta, porque con su tenencia no hay en realidad anticipación de barreras de protección penal, sino que, en estricto sentido, el llevar consigo un arma de fuego se erige en un comportamiento autónomo

que tiene la capacidad de ofrecer diversos riesgos para la vida (Roxin, *Sistema del hecho punible. Acción e imputación objetiva*, tomo 2, 2013, pp. 153-167).

Pese el cuidadoso análisis de la doctrina alemana, desde el punto de vista ontológico, no hay evidencia sistémica que, con firmeza, indique en un momento dado que la tenencia de armas, individualmente considerada, revista en un momento dado mayor nivel de peligrosidad que la tenencia de cocaína o marihuana. Así, como en este último escenario se indica que el porte de cannabis en pequeñas cantidades lo es con el fin de lacerar la propia salud del individuo, es perfectamente posible que el destino de la sustancia sea mixto, es decir, para autoconsumo y para su distribución a terceros. En este caso, el peligro de daño para la salud trascendería a un punto supra individual. Lo contrario suele ocurrir en algunas hipótesis de tenencia de armas, en la medida en que su tenencia no se encuentra revestida de un dolo adicional de afectar la integridad personal o la vida de otros individuos, evento en el que la elemental posesión se castigaría, al margen de que ni siquiera en el plano hipotético ofreciera un peligro remoto para la vida de persona alguna.

En otra exégesis, es factible que armas con licencia de posesión expedida por el Estado hagan parte de la perpetración de un homicidio o de actos previos a su ejecución, caso en el cual se llegaría a una extraña paradoja consistente en que no se presumiría el peligro porque se trataría de un adminículo cuya tenencia es legítima, quedando en un segundo plano el hecho de que su posesión tuviese fines específicos de daño para el bien jurídico de la vida. No habría, por tanto, una coherencia en la respuesta estatal, ya que conductas perfectamente inocuas serían punibles y ningún contrapeso podría hacer la presunción de inocencia porque, al menos en el caso de las armas de fuego, son fuente de peligro para la vida; y en otro ángulo, aunque el peligro sería fenomenológicamente objetivable por un mero artificio legal dejaría de existir, porque el porte, tenencia y uso del arma eran ajustados al ordenamiento jurídico. En términos simples: habría conductas punibles sin daño para el bien jurídico, y conductas atípicas con lesión o peligro efectivo de daño para el interés objeto de protección penal.

Los problemas suscitados respecto del peligro que determinadas conductas ofrezcan para bienes jurídicos de naturaleza colectiva, con un mejor sentido de justicia se resuelven, si a partir de un examen profundo del contexto situacional que se cataloga como delito, se logran extraer elementos que, en un plano objetivo y susceptible de contradicción, enaltezcan la presunción de inocencia como regla de prueba, debiendo siempre el órgano

de la acusación cumplir con la carga de acreditar que en el orden de probabilidades, conforme a los parámetros del derecho penal de acto, en el plano hipotético, la conducta atribuida al acusado era sustantivamente apta para exponer a un razonable grado de peligro una serie de intereses que, evidentemente, trascienden la esfera de lo personal o individual.

Desde luego que cada caso tiene su propia fisonomía y características que, en teleología, deben circunscribir la actividad probatoria a escenarios concretos en los que la defensa tenga materiales probabilidades de atrincherar la presunción de inocencia con prueba de descargo. Se trata en esencia de que los actos de prueba que en juicio aspira a hacer valer la Fiscalía General de la Nación sean evidentemente predecibles y que tengan, dentro de este orden de coherencia, el propósito de acreditar la probabilidad de daño para intereses de naturaleza colectiva. El proceso penal no se puede convertir en un enigma; resulta, por tanto, vacilar para el respeto íntegro de la presunción de inocencia, que las categorías dogmáticas de la conducta delictiva sean íntegramente probadas por la acusación. Solo bajo estos presupuestos, es legítima la integración de los delitos de peligro abstracto con el postulado de la inocencia que se predica del llamado a juicio de responsabilidad criminal.

Con estas precisiones, seguidamente se abordará con mayor profundidad el tema atinente a la subestimación que, históricamente, ha venido asumiendo la presunción de inocencia como regla de prueba en la judicialización de casos cuya nota característica es el anticipo de barreras de protección penal.

Como ya se ha advertido en líneas precedentes, con una importante dosis de egoísmo, la dogmática penal ha procurado solucionar sus problemas internos, como si las posibles alternativas que proponen los teóricos se vieran reflejadas estrictamente en ese punto. Así es, cuando para el moderno derecho penal, el derecho penal de las garantías ya no era un mecanismo idóneo para enfrentar las nuevas formas desestabilizadoras del orden social, jamás se pensó que la clásica concepción del delito encontraba, en el proceso penal, un escenario que ofrecía límites objetivos a las pretensiones punitivas del órgano de la acusación. Se olvidó que prescindir de procesos empírico-causales que, en el plano objetivo, evidenciaban una conducta y un resultado debían ser probados, precisamente porque esa acción u omisión era la que adquiriría connotaciones jurídico-penales, en la medida en que, a partir de su constatación, se viabilizaba el juicio de daño o peligro efectivo para el interés objeto de protección penal.

Quiere lo anterior significar que, en normales condiciones, el acto de prueba, desde el punto de vista histórico, siempre ha sido objeto de constatación real en el marco del proceso penal. No en vano la materialidad de la infracción y la correlativa responsabilidad penal del llamado a juicio son acreditadas por el órgano de la acusación con práctica de pruebas porque, a través de estos medios, se debe evidenciar el ejercicio de violencia sobre la víctima de acceso carnal, la acción de matar o, simplemente, el apoderamiento de cosa mueble ajena. Es así de simple, porque derecho penal y prueba se entrecruzan para consolidar una síntesis dialéctica conocida como sistema penal.

En consonancia con este panorama, si la dogmática penal se ve expuesta a dramáticas transformaciones, esos cambios, desde luego, se reflejan, de manera necesaria, en el plexo de garantías que le asisten al acusado, porque el reputar una acción u omisión como delictiva no es una simple decisión político-criminal, sino que, por el contrario, es un acto que va más allá de esa potestad. Todo enunciado lexicológico, que se incorpora al acto de acusación adquiere una ambivalencia interesante, porque es objeto de prueba y, al mismo tiempo, se erige en tema de controversia, es decir, en la lucha de contrarios que permanentemente despliegan las partes en su intento por lograr el convencimiento del juez. Si la acusación asevera que el abordaje erótico-sexual y consecuente acceso del miembro viril por vía vaginal se explican causalmente por el ejercicio de violencia, es apenas predecible y natural que la defensa quiera demostrar o acreditar ante el órgano decisor que el acto copulativo estuvo exento de escenarios que coartaran la libertad sexual de la víctima y que, en oposición a lo aseverado por la Fiscalía, lo que primó en el supuesto de hecho fue la libre voluntad de las partes por dar curso a sus anhelos de orden erótico-sexual.

Si en un escenario como el destacado, el tema de prueba se encuentra suficientemente delimitado, ni siquiera el acceso carnal sería objeto de discusión. Bajo estas condiciones, incluso Fiscalía y defensa podrían acordar que no es controversial que, ciertamente, el acusado y la víctima, el día los hechos, sostuvieron relaciones sexo-sentimentales. De esta forma, el debate probatorio giraría, con rigor, sobre la concurrencia o no de la violencia, ingrediente normativo que, en últimas, sería el idóneamente apto para demostrar la tipicidad de la conducta y las restantes categorías dogmáticas. Lo que deviene, por tanto, en evidencia es que, siendo, materialmente comprobable el contenido de injusto, el acusado que se presume inocente sabe a ciencia cierta cuáles son los actos de defensa que se encuentra en capacidad de esgrimir y, si en efecto es genuinamente inocente, desplegará actividad probatoria

orientada a demostrar que la relación sexual se perpetró sin apelar al ejercicio de violencia sobre la víctima.

Lo destacable, en medio de este panorama ofrecido por el proceso penal, es que la antesala dialéctica deja ver que la previsibilidad de los actos de parte, particularmente del órgano de la acusación, reviste de las mismas características el ejercicio del derecho a la defensa. En este contexto, la presunción de inocencia como regla de prueba evidentemente no se desconoce y tampoco se niega el ejercicio de una defensa efectiva, debido a la delimitación de la actividad probatoria. Todo ello, a la postre, traduce que el estatus o calidad de la información producida en la actividad probática facilita al juez la toma de decisiones que, desde luego, se adoptan con un mejor nivel de garantías porque, incluso, el órgano decisor conoce previamente cuáles son los ejes temáticos que serán protagonistas en los actos de prueba y, dentro de esas circunstancias, una mejor calidad de reflexiones exhibirá en torno a la presunción de inocencia como regla de juicio.

Se vislumbra algo interesante en lo que concierne a los tipos penales de resultado objetivo que, dada su estructura, la lesión del bien jurídico o, por lo menos, su efectiva puesta en peligro, es un presupuesto natural de su consolidación si se pretende llevar el caso a juicio oral por parte del órgano de la acusación. Se sigue que, frente a tipos penales que alberguen dentro de su estructura un resultado, corresponde a la Fiscalía llevar evidencia que permita probar la verificación real del hecho fenomenológico y aportar medios de prueba con la capacidad suficiente para acreditar que, por la acción u omisión del acusado, se suscitó el acontecer lesivo del interés jurídicamente tutelable. Dicho en otros términos: el nexo causal entre acción u omisión, y resultado hace parte de las cargas probatorias que debe asumir el Estado como titular de la acción penal, porque toda esa estructura lógica, cuya autoría o participación se predica del acusado, simplemente corresponde acreditarla a la Fiscalía General de la Nación. En este escenario, cualquier fisura o vacío epistemológico que deje el órgano de la acusación, por más sutil que sea, podría conspirar, al final, a favor de la presunción de inocencia porque, dentro de la lógica del sistema de garantías, esta prerrogativa tiene un carácter permanente que se desvirtúa con sentencia condenatoria en firme que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Tal como se visibiliza, frente a esta clase de hipótesis delictivas, la presunción de inocencia adquiere un valor importante, porque la estructura misma del injusto material que se lleva a juicio provoca actividad probatoria a cargo

del órgano de la acusación y, dentro de este orden, las cargas y compromisos que se asumen adquieren matices que vuelven el ejercicio de la acción penal una actividad permanentemente sujeta a verificación y contrastación. En este contexto, por más fuerte que sea la posición de la Fiscalía, la lectura previa de su rol y actividad facilitan por lo menos la asunción de posturas que podrían ir desde renunciar a la presunción de inocencia y aceptar responsabilidad penal para acceder a ventajas punitivas, hasta, simplemente, decidirse por ir a juicio oral y agotar un proceso penal con todas las garantías que el mismo reviste.

De acuerdo a estos planteamientos, si el proceso penal condensa un sistema de garantías que debe prodigar un trato igualitario a todos sus destinatarios, una primera reflexión apunta a colegir que independiente de la tipología que enrostre el ente acusador, las garantías a cuya accesibilidad aspiren los destinatarios del proceso penal deberían ser las mismas. Eso sería lo deseable. Con mayor razón, si hay escenarios de facticidad en los que el menoscabo para el bien jurídico es una obviedad, y pese a tal particularidad, la presunción de inocencia asume un protagonismo de extraordinarias proporciones.

Los antecedentes hasta ahora reseñados permiten vislumbrar que, de hecho, en la actualidad, por más detestable que sea el daño para el bien jurídico, quien es catalogado como presunto autor o partícipe de la conducta que causalmente dio lugar a dicho resultado se presume inocente y tiene derecho incuestionable a que se demuestre su culpabilidad con actos de prueba. Esta realidad descubre que, siendo la vida y la libertad e integridad sexual derechos fundamentales esenciales en la cosmovisión constitucional, su quebrantamiento no automatiza el ejercicio de la acción penal para, objetivamente, condenar a quien se cataloga como responsable de los mismos.

En oposición a este panorama, los procesos penales surtidos por la comisión probable de conductas delictivas que tutelan bienes jurídicos en abstracto prescinden, en el ámbito previo, de una verificación material de daño para el interés colectivo materia de protección penal y, al margen de las motivaciones políticas que haya tenido el legislador para su criminalización, el simple proceso subsuntivista del hecho en la norma habilita el ejercicio de la persecución penal y abre el camino a una declaratoria de responsabilidad. Como justificación general se esgrime que la valoración del peligro ha sido desarrollada, previamente, por el hacedor de las normas y que se trata de un presunto daño que, frente a algunos modelos criminógenos, se concibe como *iure et de iure*.

Es, en consecuencia, sumamente extraño que conductas abiertamente lesivas de bienes jurídicos, en un momento dado, terminen impunes, porque la presunción de inocencia como regla de prueba no pudo ser desvirtuada. Puede ello ocurrir, porque el acusado, pese a ser materialmente responsable de los hechos atribuidos en la acusación, resultó favorecido porque la actividad probatoria de la Fiscalía fue insuficiente o porque con la estrategia desplegada por la defensa se generaron dudas irresolubles en el órgano decisor. Lo extraño, entonces, no es que el escenario de garantías haya prevalecido; tampoco que el genuinamente culpable se presuma inocente; y menos, que al juez le hayan quedado dudas respecto de su compromiso penal y decida absolverlo. De ninguna manera. Lo indeseable es que dichas prerrogativas en el diseño político-criminal del nuevo derecho penal no operen cuando se anticipan barreras de protección penal y se termina, por consecuencia de ello, catalogando como materialmente culpables a acusados que, probablemente, no ejecutaron conducta alguna que convergiera en la producción de un resultado típico; tampoco afectaron en estricto sentido bien jurídico de ninguna naturaleza y, en ese mismo orden, pese a la ausencia de estos elementos legitimantes del ejercicio de la acción penal, sean, a la larga, condenados por el órgano decisor, sin que la acusación haya logrado destronar la presunción de inocencia con actos de prueba decididamente orientados a desvirtuarla.

He aquí la lógica inversa de los delitos de peligro abstracto, que prescinden de contenidos del injusto material y de escenarios que, en términos reales, contribuyan a la verificabilidad de procesos de responsabilidad penal a través de actividad probatoria. Lo que se presenta aquí es una insoportable muestra de relativización de las categorías dogmáticas de la conducta delictiva y de la presunción de inocencia en todas sus variables. No en vano, el estándar de conocimiento para desvirtuar esta prerrogativa en su perspectiva como regla probatoria es sumamente frágil, liviano y de difícil controversia. Lo dramático de todo es que la fragilidad de las decisiones y el quebrantamiento de las garantías para el acusado se ven reflejados en una dura realidad que, al constatare, agudiza, sensiblemente, las dificultades que tiene la Administración de Justicia en punto de tutela de intereses de carácter supra individual. La razón es simple: es probable que se aumente el número de condenados y que, estadísticamente, las cifras brinden respaldo en términos cuantitativos a la actividad de investigar, judicializar y sancionar.

Sobre el tema, válido es expresar que la judicialización y la sanción de casos no son fines autónomos, porque si en los delitos de peligro, el anticipo de barreras de protección penal tiene como teleología evitar el deterioro

o posible daño para el bien jurídico, el rol de la Administración de Justicia y su eficacia se tendrían que ver reflejados en que el número de condenas a multiplicidad de acusados ha cumplido con la función esencial de preservar el interés jurídico objeto de protección penal. Dentro de este orden, a mayor número de responsabilidades penales en conductas delictivas abstractamente lesivas del medio ambiente y la seguridad pública, por ejemplo, mayor debería ser el nivel favorable de percepción por parte de la comunidad en estos dos escenarios. Significa que cada individuo integrante de la colectividad debería ver en la calidad de vida, en la preservación de recursos y en el sentimiento de seguridad una viva muestra de lo eficaz y acertada que ha sido la intervención del Estado de derecho. En un panorama de esta naturaleza, la intervención del derecho penal, frente a la dinámica de los conflictos sociales, sería apreciada de una forma positiva porque la criminalización de conductas en el ámbito previo envió a los integrantes del entorno social el contundente mensaje de que dichos bienes no pueden ser objeto de injerencias inadecuadas.

Se acaba de contextualizar el deber ser. Sin embargo, la realidad sociológica del sistema se muestra en este tópico y otros puntos de análisis, en una arista sustancialmente contraria a los ideales que inspiraron la edificación del sistema penal y, en especial, los delitos de peligro abstracto. Como ya se ha visto en el caso puntual del tráfico de estupefacientes, la proliferación de encarcelamientos y la judicialización a gran escala de miles de presuntos autores de este tipo penal no ha tenido, en verdad, ningún impacto favorable en términos de la protección efectiva de la salubridad pública. Lo que se observa, como un hecho real, es que el deterioro de la salud pública cada día se acrecienta más, saltando a la vista la falta de respuesta adecuada por parte del Estado frente a este flagelo. Sobre este punto, ha de recordarse que el pasado 25 de marzo del 2018, en la emisión de las 9:00 de la noche del noticiero CMI, el fiscal general de la Nación en Colombia catalogó como errónea la postura de la Corte de descriminalizar el porte de estupefaciente que excede la dosis con fines de consumo personal, porque ello lo que posibilitaba era que auténticos distribuidores y comercializadores de sustancias nocivas para la salud se "mimetizaran" como consumidores.

Aunque la preocupación de la cabeza visible del órgano acusador es suficientemente válida, no debe dejarse de lado que es esa presunción de distribución y comercialización, la que congestionó la Administración de Justicia con una multiplicidad de casos. El tiempo sacó a flote la ausencia de pruebas que sugirieran, por lo menos como indicio, que el acusado portaba con fines de

tráfico público la nociva sustancia. Se observa entonces, que la anticipación indiscriminada de barreras de protección penal es en realidad una estrategia profundamente desafortunada y equivocada, porque se restringieron garantías a un número importante de enfermos y adictos al consumo de sustancias psicoactivas. Como efecto adverso, tal coyuntura ha sido aprovechada por los verdaderos promotores del daño a la salud pública para seguir adelante con su actividad delictiva, sin que haya, al final, mayores controles efectivos, debido a que los diezmos recursos de la fuerza pública se destinan inidóneamente para perseguir a quien, en términos fidedignos, no debería ser destinatario de la ley penal sino, por el contrario, beneficiario de políticas públicas que tengan como propósito restablecer su salud.

La imposición de penas restrictivas de la libertad añade más fuego a la intervención punitiva del Estado ya que, para el caso de Colombia, el mínimo de pena establecido para la tenencia de estupefacientes es de cinco años y cuatro meses de prisión, encierro intramural que, acogiendo el planteamiento de la doctrina en España, por su carácter desproporcionado se erige perfectamente en un trato cruel y degradante hacia el ser humano. Esto, en el entendido que el hecho cometido no guarda correspondencia con la magnitud de la pena aflictiva que se le impone al reo. Una pena impuesta en estas circunstancias es, desde luego, lesiva del principio de culpabilidad, por su evidente exceso e irracionalidad, y queda así su proporcionalidad como un principio vacilar absolutamente inerte y carente de contenido, más aún, si no hay criterios identificables que en un momento dado permitan establecer cuáles pueden ser esos límites que justifiquen, desde el punto de vista constitucional, el establecimiento justo de una sanción punitiva. Corresponde así al Estado fijar en una adecuada perspectiva ético política, qué hecho o hechos revisten especial gravedad para que las sanciones impuestas no terminen convirtiéndose en una afrenta para los derechos del reo (Bacigalupo, 1999, pp. 149-150).

Bajo estas circunstancias, el menosprecio por el sistema de garantías imperante en el derecho penal y la desquiciada relativización de la presunción de inocencia como regla de prueba tienen nefastas repercusiones en temas de seguridad y de salud pública, porque las verdaderas fuentes de peligro para tan importantes bienes jurídicos no se combaten en lo más mínimo. Se comete el craso y recurrente error de privilegiar el sistema de políticas públicas a través de tratamientos punitivos, cuando es, por demás, una obviedad que el ámbito de intervención del derecho penal debería focalizarse y reducirse a niveles de alta sofisticación en los que el esfuerzo de las autoridades de

policía y organismos de investigación, con metodología y organización, se perfila a identificar aquellos sujetos y conductas que dominan y gobiernan las organizaciones criminales que se dedican a deteriorar intereses que, en lo macro-social, son fundamentales para todos los integrantes de la colectividad.

No debe olvidarse que la investigación desarrollada por Uprimny Yepes dejó al descubierto que, en un espacio de 15 años, la lucha contra el narcotráfico ha sido altamente ineficaz, y que más de dos billones de pesos se han gastado en costos relacionados con privación de la libertad, sin que, hasta ahora, la intervención punitiva del Estado haya tenido efectos benéficos para el interés objeto de protección penal. Se destaca el caso del tráfico de estupefacientes, porque es, en términos de anticipación de barreras de protección penal, una de las conductas delictivas con mayor representatividad en Colombia y en el mundo entero. Y si en este campo de acción, donde hay mayor inversión de recursos y exhibición de resultados que se presentan ante la opinión pública como favorables, la estrategia dogmática de proteger la salud pública en abstracto no ha arrojado los resultados deseados, es altamente predecible que, en otros fenómenos delictuales de similares características, esté ocurriendo algo parecido.

Algo similar podría suceder con el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, que contempla un mínimo de pena de nueve años de prisión y otra importante inversión de recursos demandada en su judicialización y sanción, sin que con dicha intervención se observe, por parte de la ciudadanía, una mejor percepción en el tema de seguridad. Sobre el punto, la verdad es que no es necesario adelantar elaborados informes investigativos para al final establecer que, en la gran mayoría de restricciones de libertad provocadas por las autoridades policivas, la modalidad delictiva que impera es la de porte de armas simple, sin el concurso de otros fenómenos criminógenos. Frente a esta realidad, en el mismo delito, la persecución de conductas destinadas a la importación, tráfico y almacenamiento, a gran escala, de armas de fuego queda en un segundo plano, cuando en verdad lo aspiracional, en el marco de la intervención punitiva, es que la mayoría de casos judicializados debería ser respecto de estas modalidades, pues, sin duda alguna, son aquellas las que mayor daño generan para la seguridad pública.

No es, por ende, con el relajamiento de las cargas funcionales que compete asumir al órgano acusador que se podrán combatir, con idoneidad, los diferentes sucesos delictuales que perturban el orden social. La desestabilización, mengua o daño para bienes jurídicos colectivos debe imperativamente

minimizarse; para llegar a tal propósito es imprescindible que el ejercicio de la acción penal se fortalezca desde el punto de vista cualitativo. El fracaso en la lucha contra el crimen organizado cumple así una función propedéutica, porque es mirando hacia el pasado como se deben rediseñar las líneas de intervención político-criminal del futuro en toda una serie de conductas delictivas que, si bien es cierto, desde el punto de vista nominal, se observan como positivas en las estadísticas, lo evidente es que, en el orden misional, no dejan bien posicionado al derecho penal en su actividad central que, para el caso colombiano, se focaliza en la protección de bienes jurídicos.

De acuerdo a estas apreciaciones, válido es pregonar que la presunción de inocencia se podría fortalecer con una idónea priorización en las investigaciones y, desde luego, con la exclusión de aquellos verbos rectores que, tratándose de modelos delictuales que protegen bienes jurídicos colectivos, se focalizan en la judicialización y sanción de conductas cuyos alcances a veces ni siquiera se aproximan a la esfera de lo individual. Tan evidente es lo expresado que, en la judicialización y sanción de modalidades de porte, en un número importante de casos, se prescinde de actividades investigativas porque es, en esencia, su flagrante constatación la que, en términos concluyentes, facilita la intervención policiva, que con un simple registro personal conduce al Estado a demostrar el verbo rector que subyace en el modelo delictual, que no es otro distinto al de portar o llevar consigo. Cuando a esta trivialidad se reduce la carga de probar es, por demás, sensato colegir que, si bien es cierto, el portar o llevar consigo debe ser contrarrestado, esta conducta desaparecería de la ecuación criminal si, en efecto, se desvertebran las organizaciones criminales que desde el punto de vista causal se erigen en presupuesto de procedibilidad para esta clase de hipótesis de tipicidad.

Conforme a estas circunstancias, si lo advertido por la realidad es que, frente a tipos penales cuyo impacto social es elevado la regla general evidencia que de manera excepcional se destinan recursos para la desarticulación de organizaciones criminales, el camino involutivo seguirá su senda victoriosa. Ante los jueces se dejarán a disposición, pequeños infractores que ni siquiera alcanzan a ser eslabones intermedios de la cadena delictiva.

Si de ser coherentes se trata, el acto de probar es desde el punto de vista axiológico una carga densa que no se satisface de cualquier forma. La experiencia muestra que figuras como el agente encubierto, altamente cuestionada, pero en todo caso acogida en el proceso penal contemporáneo, demanda la ejecución de actividades investigativas y de infiltración constantes

que se extienden a veces por períodos superiores a un año. Se instituye este mecanismo como una alternativa idónea para conocer las entrañas y estructura de la organización criminal; cuál es su forma de operación, mecanismos de distribución y, en fin, todos aquellos comportamientos que, si se orientan a las consecuencias, son los que mayores repercusiones negativas tienen para el bien jurídico de naturaleza colectiva. De esta forma idealmente, deben impactarse las grandes estructuras criminales

Se observa, por tanto, que la forma en que el Estado y la ley asumen el principio de oficialidad en delitos de peligro abstracto quebranta el mínimo de exigencias que tanto la doctrina autorizada como el debido proceso tienen establecidas para desvirtuar la presunción de inocencia como regla probatoria. Bajo este orden de circunstancias, es fundamental, en primer término, que en el juicio oral se presente actividad probatoria por parte de la acusación, porque si el llamado a juicio de responsabilidad criminal se presume inocente, tal estatus le permite asumir una actitud pasiva, porque le corresponde a la Fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia con actividad probatoria que tenga la capacidad sustancial de colmar todas las exigencias dogmáticas que el tipo penal endilgado contenga. En segundo lugar, aquella actividad probatoria debe producirse en juicio oral y, por último, lo debe ser con el lleno de las garantías procesales y derechos fundamentales que le asisten al acusado (Fernández López, 2005, pp. 139-159).

La lógica de los tipos penales de peligro que protegen bienes jurídicos en abstracto invierte y pervierte esta ecuación, porque se parte de la base de que el comportamiento rotulado como delictivo ya se encuentra, prácticamente, satisfecho desde el momento de su criminalización primaria; se agrega que la técnica legislativa de redacción, al anticipar barreras de protección penal, prescinde de la exigencia de un resultado típico y de la verificación de nexos causales. Con una fórmula de esta naturaleza, la actividad probatoria queda, desde luego, reducida a ínfimas proporciones, porque se trata de modelos delictuales que, dada su fisonomía, prácticamente se demuestran con la simple actividad del acusado que, de acuerdo a proyecciones de política criminal, no debe producir efecto dañino alguno en la concomitancia del comportamiento, porque al ser fuente de peligro dicho proceder, la anti-juridicidad es una categoría que se presume.

Significa lo expuesto que el peligro de daño para el bien jurídico no requiere prueba de ninguna índole, porque este se presume. Y se presume, porque el juicio de tipicidad se satisface en virtud de que su concurrencia

se predica de un comportamiento respecto del que no es menester que genere la producción de ninguna clase de resultado. Con ello, su acreditación es sumamente fácil para el órgano de la acusación. Las cargas que debe asumir el Estado para desvirtuar la presunción de inocencia son extremadamente livianas; ello se explica en razón a que el principio de legalidad del delito adquiere matices eminentemente preventivos para el interés objeto de protección penal.

En un giro dialéctico similar, Hassemer (1999), es del criterio de que con el avance o transformación del derecho penal sustantivo, en la dinámica del proceso penal la sospecha se erige en una especie de umbral suficiente para fomentar procesos criminógenos que amplían de manera incontrolada el rango de intervención en garantías fundamentales como la privacidad e intimidad de los individuos que, con claridad, resulta acechada por los seguimientos policiales y la interceptación de comunicaciones telefónicas. Lo primordial en esta nueva cosmovisión, reflexiona el profesor de origen alemán, es la efectiva protección de los bienes jurídicos y el fomento de la percepción y sensación de seguridad en la colectividad. Lo prevalente, de acuerdo a este panorama, es la preservación de intereses generales, aspiración a la que se debe llegar, incluso, con el deterioro de derechos o prerrogativas de estirpe individual, auspiciadas por el mismo ciudadano que desea aumentar el sentimiento de tranquilidad frente a la tutela de aquellos intereses que son vitales para el desenvolvimiento de su existencia. Lo grave de un derecho penal orientado bajo esta ideología es que la labor del juez se trivializa cuando de determinar los hechos jurídicamente relevantes se trata; empero, paradójicamente, el desequilibrio de este relajamiento se ve claramente relegado en la objetiva mengua de posibilidades de defensa material (pp. 16-18).

Este escenario deja, a juicio de Hassemer (2016), en un alto nivel de penumbra la misión esencial del proceso penal, que es el hallazgo de la verdad, y ofrece sensibles repercusiones de cara al valor justicia, que es, en teleología, el camino aspiracional del derecho penal sustantivo. Las razones de esta postura obedecen, en lo principal a que en los delitos de peligro abstracto no hay, en realidad, hechos susceptibles de empírica constatación. No hay, por tanto, una verdad compatible con un derecho penal de acto que en la delineación de hechos jurídicamente relevantes permita explicar, en cada circunstancia, cuál fue la conducta del futuro condenado, su grado de participación, y el fundamento probatorio para tener diezmada la presunción de inocencia. Un proceso penal afectado por esta serie de circunstancias se torna, entonces, francamente lesivo de la dignidad humana del acusado, ya

que es la arbitrariedad construida por el Estado la que hace ineficaz la presunción de inocencia, habida consideración de que tanto esta, como la dignidad del individuo enjuiciado quedan vacías de contenido porque las reglas del proceso penal han sido preestablecidas en un escenario donde la defensa no puede sopesar y discutir dialógicamente desde el punto de vista probatorio (pp. 26-27). Se cierra, así, la posibilidad de generar un legítimo contradictorio, convirtiéndose el proceso penal en un escenario artificioso que muy pocas garantías ofrece para el destinatario de la ley penal.

Queda visibilizado con suficiencia que en el proceso penal moderno la investigación, judicialización y sanción de delitos de peligro abstracto no ofrece un plexo de garantías o mecanismos que inmunicen la presunción de inocencia como regla probatoria. Por el contrario, su fragilidad es tan notoria que difícilmente es coherente predicar que el órgano de la acusación en estos eventos asuma verdaderas cargas epistemológicas para demostrar su teoría del caso, pues, a decir verdad, esta se encuentra satisfecha por disposición normativa. De esta peculiaridad, se torna, por ende, necesario analizar las posibles repercusiones que, en el marco del proceso penal, tienen los delitos de peligro abstracto en una institución vacilar como es el principio de igualdad de armas. El tema será abordado a continuación.

### **3.3 Delitos de peligro abstracto e igualdad de armas. ¿Existe en realidad, igualdad de armas en delitos de peligro abstracto?**

Ha de expresarse sin mayores vacilaciones, que dadas las características y particularidades que le son propias al sistema penal acusatorio, bastante complejo se torna expresar que defensa y acusación son algo así como dos contrincantes que se encuentran en igualdad de condiciones al instante en que se enfrentan. Ello, desde luego, con absoluta independencia del tipo penal cuya existencia y responsabilidad se debate en la audiencia de juicio oral ante el órgano decisor. Hablar de igualdad de armas como principio supone que Fiscalía y defensa se encuentran en equivalencia de condiciones para que el desarrollo de sus estrategias y actividades se postulen con eficiencia ante el órgano decisor.

El Código de Procedimiento Penal en Colombia, en su artículo 4.º, de manera explícita consagra la igualdad como principio, y exige a los servidores judiciales que actúan en el marco del proceso penal el despliegue de actividades positivas destinadas a materializar la igualdad que se predica de los

intervinientes que concurren al proceso penal, en especial, frente a aquellos que por sus condiciones físicas, mentales o económicas se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. Con una lectura simplificada de la disposición legal, se advierte que la igualdad en el plano constitucional, inadecuadamente extrapolada al procedimiento penal, no es un principio susceptible de satisfacción o ejecución en términos de garantías procesales, porque el criterio orientador plasmado en la principalística del sistema acusatorio patrio tiende a discriminar, de manera positiva, a aquellos sujetos que tienen protección constitucional reforzada. Tal ocurre con los niños, mujeres, adultos mayores, indígenas, y con individuos con déficit cognitivo o con presencia de afecciones físicas que, en un momento dado, limitan a una persona que, por fuerza de las circunstancias, hace parte de un proceso penal.

Este no es el análisis que ha de imprimírsele al precepto en referencia porque, de acogerlo literalmente, se llegaría al absurdo de brindar un trato privilegiado al acusado que encontrándose inmerso en un crimen atroz, por el simple hecho de hacer parte de una estratificación socio-económica baja, por privilegio, tendría acceso a información de carácter reservado que apenas está en proceso de consolidación por el órgano de la acusación. Se podría llegar al extremo de facultar al juez de la investigación o juez de garantías, para que, en un homicidio perpetrado por un parapléjico, las garantías frente a este tuvieran un mayor valor que las prodigadas a otro individuo que cometió una conducta delictiva de similares características o connotaciones. El trato favorable o la búsqueda efectiva del derecho a la igualdad deben comprenderse desde la perspectiva de la dignidad humana, sin que la condición especial que ostente el interviniente traduzca en teleología la concesión de ventajas procesales inadecuadas.

Ha considerado la doctrina que la igualdad de armas, lo mismo que otra serie de principios del proceso penal, admite matices o gradaciones, cuya intensidad y valor se ven particularmente reflejados en la estructura del rito procesal, especialmente a partir del momento en que se adquiere la condición de parte (Armenta Deu, 2004, pp. 44-45). En esta medida, mientras no se haya formalizado la relación jurídico-procesal y la Fiscalía no tenga delimitados en el ámbito fáctico y jurídico sus aspiraciones para promover un proceso penal, la fase de indagación se erige, así, en una etapa de contenido precario que con una relevancia estadística importante no siempre trasciende a fases posteriores. Es por tanto razonable en una importante medida que en ausencia de una hipótesis delictiva preliminar sea legítimo restringir el

derecho de defensa, cuando es evidente que ni siquiera el ente acusador es plenamente consciente aún de la iniciación de una investigación formal.

Hasta cierto punto esta justificación es coherente. Lo complejo, o por lo menos discutible, se suscita cuando los organismos investigadores del Estado despliegan toda una serie de actividades altamente invasivas de garantías fundamentales, con un importante nivel de compromiso frente a la presunción de inocencia y, prácticamente, ninguna clase de control está en condiciones de realizar la defensa frente a dichas incursiones. En estas circunstancias, aunque no haya proceso penal en su formal concepción, sí se destaca la concurrencia de actos de investigación que, en el marco del sistema penal acusatorio, únicamente pasan por el filtro o control del juez de la investigación. Suele ocurrir que vigilancias a personas o inmuebles e interceptación de comunicaciones, que deben estar fundadamente soportadas, encuentran en la sospecha el punto cognitivo ideal que facilita la corrosión de garantías fundamentales como la presunción de inocencia y la igualdad de oportunidades para indicar al juez que no existen motivaciones válidas que legitimen la intromisión de los organismos de policía judicial en la vida privada del indiciado.

Lo expuesto traduce que no hay un justo escenario de proporción en lo que concierne a la preparación para el juicio oral. En efecto, el tiempo y los medios que a su favor tiene el órgano acusador con el desarrollo de actividades auscultativas realizadas durante años a espaldas del indiciado no es un factor que opere en igualdad de circunstancias para la defensa, que en no pocas ocasiones encuentra en la captura el mecanismo de notificación de aquella intensa labor de persecución punitiva. El principio de igualdad de armas no debe limitarse al escenario del juicio oral porque es perfectamente posible que esta fase concluyente del proceso penal sea la punta del iceberg que se alcanza a visibilizar. En virtud de ello, si la igualdad de armas admite matices, no es descabellado pensar o suponer que la eficacia en las pretensiones punitivas del Estado deba someterse a equivalentes modulaciones, particularmente cuando se despliegan actos de investigación con alta injerencia en prerrogativas fundamentales. Más aún, si se adelantan en la etapa de indagación y tienen un influjo negativo para la defensa del potencial imputado.

Este planteamiento que se acaba de esbozar explícitamente fue acogido por el Tribunal Constitucional en Colombia que, en punto de actividades investigativas y búsqueda de evidencia con alta injerencia en la inviolabilidad del domicilio, integridad personal e intimidad, ha considerado como ajustado

al debido proceso que en temas relacionados con diligencias de allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, actuaciones de agente encubierto, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en base de datos y práctica de exámenes de ADN, la defensa esté en condiciones de asistir a la audiencia de control de legalidad posterior que el órgano de la acusación, por mandato constitucional, debe realizar ante el juez de la investigación, independiente de que ello ocurra en fase de indagación. Afirma la Corte Constitucional que adquiere el derecho de defensa un carácter intemporal y universal porque ni siquiera la etapa de indagación o pre procesal es en un factor que esté en la capacidad de limitar el omnicompreensivo alcance de este derecho fundamental. No en vano se destaca que este tipo de actividades facilitan el allegamiento de elementos materiales probatorios con la aptitud suficiente para comprometer la presunción de inocencia del indiciado. Se añade, en estos términos, que el activo ejercicio del derecho a la defensa, practicado desde instancias tempranas, facilita la controversia pertinente y la potenciación del principio de igualdad de armas (Corte Constitucional, 2009).

Se trata sin duda alguna, de un fallo icónico en materia de principio de igualdad de armas y un argumento de autoridad que es definitivo para el fortalecimiento de la presunción de inocencia como regla de prueba y para el despliegue sistémico de actividades defensivas que faciliten una mejor preparación en la audiencia de juicio oral. Por eso, cuando la principalística establece que la defensa necesita de tiempo y medios para el despliegue de su rol, esa labor se facilita si desde instancias tempranas del proceso penal se tiene conocimiento de cuáles son los elementos materiales probatorios que pretende llevar a juicio oral el órgano de la acusación.

Bajo estas condiciones, sufren un importante viraje las pretensiones punitivas del Estado, históricamente conocidas por su carácter reservado, toda vez que, si bien es cierto, por regla general, la fase de indagación es secreta, cuando se desplieguen algunas actividades investigativas con importantes niveles de intromisión en garantías fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y la presunción de inocencia, la defensa está facultada para controvertir en toda la extensión de la palabra, el nivel de confiabilidad de la información y las evidencias obtenidas antes de estructurar un proceso penal en su formal cosmovisión.

Se trata de un avance significativo, pero, en términos prácticos, la información legalmente recopilada, en fase pre procesal continúa siendo, en su amplia generalidad, un enigma para la defensa. No es exagerado predicar

que ninguna distancia sustancial hay entre el carácter secreto del sumario escrito en el proceso inquisitivo y la odiosa reserva predicable en la indagación del sistema penal oral acusatorio. Desde luego, no hay permanencia de la prueba en el sistema de enjuiciamiento criminal inspirado en la oralidad, pero es evidente que sus fuentes de prueba se producen escrituralmente de espaldas a la defensa. Se cuestiona, así, por parte de la doctrina especializada, que un proceso construido a partir del secreto convierte al acusado en su objeto y no en un sujeto de derechos; el derecho de defensa que se ejerce en medio de un panorama tan precario queda reducido a ínfimas proporciones y prácticamente es anulado. La razón es por demás elemental: hay declaraciones, informes periciales y actuaciones que recolecta la acusación, pero la defensa no tiene acceso a ellas, lo que la convierte en un arlequín que nada puede hacer frente al peso de la inquisición (Tedesco, 2007, pp. 315-316).

Acerca de la importancia que reviste el principio de igualdad de armas para una adecuada estructuración de la teoría del caso debe, en efecto, ser plenamente consciente la defensa, que esta no surge en el juicio oral o por generación espontánea; ni tampoco desde el momento en que formalmente conoce la acusación y medios de conocimiento con los que la Fiscalía respaldará en audiencia de juicio oral. No. Se comparte, entonces, el pensamiento de Benavente Chorres, cuando indica que una mejor lectura y análisis del caso se encuentra en condiciones de realizar la defensa, si desde la fase de investigación ha ido perfilando su estrategia jurídica, dado que planificar su rol desde el instante en que inicia la investigación es definitivo para postular su propia teoría del caso en juicio oral o, en contrario sentido, sugerir al imputado la culminación anticipada del proceso, declararse culpable y obtener una rebaja de pena (Benavente Chorres, 2011, pp. 46-47). Debe quedar claro, en todo caso, que no necesariamente, del hecho de que la defensa cuente con igualdad de oportunidades para controvertir las pruebas de cargo en toda la estructura del proceso penal se sigue que la presunción de inocencia no podrá ser desvirtuada. En muchas circunstancias, si el pronóstico de éxito en la defensa no es favorable, es decir, si se vaticina, en el ámbito previo, que el órgano de la acusación sacará adelante su estrategia, es aconsejable renunciar a la presunción de inocencia en toda la dimensión jurídica que encierra esta garantía.

La doctrina argentina es, en este mismo contexto de apreciaciones, partidaria de que entre Fiscalía y defensa haya una auténtica equivalencia de poderes, que podrá ser real, si el acusado y su defensor han tenido acceso a la información de la Fiscalía general de la nación, en todo el decurso del

proceso penal. Desde esta perspectiva, bajo ninguna circunstancia se acoge aquella postura con la que se pretende sugerir que la información recopilada por el órgano de la acusación antes de promocionar el juicio oral simplemente es de carácter provisorio y, básicamente, se erige en insumo para seleccionar lo que se hará valer en la fase pública del contradictorio. Con esta excusa, es el acusado sometido a duras embestidas litigiosas en el juicio, por el déficit que tuvo la defensa en instancias previas, llegándose al absurdo de que siendo esta última etapa la definitiva y concluyente, en términos reales se reduce a un acto en el que se refrenda la actividad que previamente a espaldas de la defensa ha desarrollado la Fiscalía (Fleming Abel, 2008, pp. 617-619).

Recientemente la Corte Constitucional de Colombia acogió la postura que ubica la igualdad de armas en un contexto relativo, entendiéndose como un principio flexible que no se asemeja a una igualdad estricta y rigurosa como podría suceder con las matemáticas. Dijo el Alto Tribunal que al tener cada etapa sus propias características y funcionalidad jurídica, la igualdad que tienen las partes no puede ser idéntica, sino que, necesariamente, se matiza, respetando, de esta forma, la facultad que tiene el legislador al instante de configurar el debido proceso penal. Se destaca, en este mismo orden, que esta característica vacilar del sistema acusatorio se erige, a su turno, en un fundamento esencial del derecho de defensa (Corte Constitucional, 2014).

En consonancia con las apreciaciones conceptuales que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado respecto del principio de igualdad de armas, refulge diáfana la íntima conexión que esta institución fundamental del sistema penal acusatorio tiene con el derecho de defensa y, desde luego, con la presunción de inocencia en todas sus variables jurídicas. La correlación entre igualdad de armas y derecho de defensa se ha desarrollado hasta ahora sin realizar contraste alguno con los delitos de peligro abstracto. El análisis ha sido fundamentalmente en sede de garantías procesales, y lo advertido de dicho estudio preliminar es que, a mayor participación de la defensa en la recolección de medios cognoscitivos que comprometen la presunción de inocencia en el decurso investigativo, mayor nivel sustancial como principio adquiere la igualdad de armas, porque al alcanzar una dimensión tangible y omnipresente en la estructura del proceso penal, es coherente argüir, que lo orienta y predetermina, garantizando el acceso de la defensa a la Administración de Justicia, incluso al margen de que, oficialmente, no se haya trabado la relación jurídico-procesal entre el Estado y un ciudadano.

Quiere lo anterior significar que más allá de la tipología delictual que pretenda el órgano de la acusación llevar a instancias de juicio oral, los matices que ostenta el principio de igualdad de armas generan un desbalance para la defensa, porque, en su mayoría, la información legalmente obtenida que se recopila en fase de indagación no es conocida por el investigado. En estas condiciones, si lo que se ausculta es un atentado contra la vida o un atentado contra la libertad sexual, es decir, modelos delictuales que laceran bienes jurídicos de estirpe individual, independiente de que el órgano de la acusación tenga que asumir cargas para probar la acción u omisión que converge en un homicidio o simplemente deba demostrar que la libre capacidad de disposición sexual de la víctima fue desconocida por el presunto agresor, la defensa, en lo epistemológico, como en términos de posibilidades reales para contradecir, se encuentra en condiciones que simplemente revisten un grado de adversidad sumamente complejo para su ejercicio.

En este panorama contextual, cuando el secreto de la indagación cumple su ciclo y fenece, lo hace en términos dramáticos, con un protagonismo ruidoso que en no pocas ocasiones coincide con la materialización de órdenes de captura que en la clandestinidad ha solicitado previamente el órgano de la acusación ante el juez de control de garantías. Pero en medio del drama que acarrea el proceso penal, al operar la captura, imputación y medida de aseguramiento, hay un nuevo escenario que le permite conocer al procesalmente vinculado, la razón o motivo por el que se libró, en su contra, una medida restrictiva de la libertad; también, en la imputación y acusación, seguramente podrá conocer bajo qué circunstancias de tiempo, modo y lugar, dice la Fiscalía, cometió el homicidio, la agresión sexual o el modelo delictual que se pretenda proponer ante el juez de garantías.

Varias alternativas y mecanismos pueden surgir como opción para enaltecer la presunción de inocencia. Es, por ende, posible que se haya matado en legítima defensa o simplemente, que la incursión erótico-sexual se haya suscitado sin el despliegue de violencia sobre la víctima. En términos más simples: aún se está a tiempo de que una eventual injusticia se siga extendiendo a lo largo del proceso penal.

Lo expuesto equivale a predicar que hay posibilidades materiales de defensa, porque, continuando con el ejemplo del homicidio y la agresión sexual, también podrá plantearse como estrategia que el acusado no es el autor del hecho o si eventualmente concurrió en el delito, tiene la defensa como opción poner en duda la autoría y obtener una sentencia condenato-

ria en calidad de cómplice, ya que no tenía dominio funcional del injusto. En este mismo orden y de cara al homicidio, estaría la defensa en condiciones de acreditar que las heridas propinadas por el acusado no fueron las que causalmente produjeron el resultado típico de matar.

Se observa que el desequilibrio promovido en el secreto de la indagación se mitiga un tanto porque el órgano de la acusación ya tiene asegurado al imputado y los elementos materiales probatorios que hará valer en juicio oral. La indagación ha cumplido su propósito; ya es oficial la pretensión punitiva que tiene el Estado y, desde el punto de vista ético, lo que, imperativamente, le corresponde hacer es destapar sus cartas, para que la defensa salga de su estado de penumbra y a través de sus actividades investigativas equipare fuerzas que morigeren un tanto el desbalance que ha sido auspiciado en esa fase inicial del proceso penal, que siendo previa al inicio del proceso penal, hay que decirlo, es la que permite al ente acusador dar la primera estocada en materia de restricción de garantías fundamentales. De esta forma, la ecuación se invierte un tanto, la acusación queda en un cierto nivel de confort, y corresponde, ahora a la defensa empezar a elaborar desde el punto de vista fáctico, jurídico y probatorio, lo que será su cosmovisión del caso. Será esta la oportunidad para que se oferte al juez un planteamiento teórico distinto al que lexicológicamente ha propuesto la Fiscalía, adquiriendo de esta manera un nuevo aire la presunción de inocencia.

A este escenario es al que se refiere la Corte Constitucional que, a no dudarlo, compensa desigualdades previas que la misma inteligibilidad del debido proceso penal había generado. De hecho, es coherente afirmar que el derecho penal clásico o derecho penal de las garantías, previamente, ha moldeado el ámbito de prueba en tipos penales de resultado objetivo. Significa ello que, una vez surtida la imputación, impuesta la medida de aseguramiento y radicada la acusación, hay un ámbito de objetiva previsibilidad para la defensa que, si es medianamente acuciosa, podrá prever cuáles son las cargas que asume la acusación y en ese mismo orden, a qué medios de conocimiento tendrá que acudir para acreditar o probar los hechos jurídicamente relevantes que ha incorporado en la acusación. Quiere decir que, una vez establecidos los límites sustantivos del debate probatorio, el proceso penal queda revestido de un referente objetivo que lo dota de importantes dosis de seguridad jurídica.

Este proceso natural de compensación para el principio de igualdad de armas y la claridad conceptual que rodea la pugna jurídica en los tipos

penales de resultado es, precisamente, la característica que permite catalogar al derecho penal clásico como un sistema penal que se inspira en el respeto de garantías para el ciudadano que ha caído en manos del poder punitivo del Estado. Es, por tanto, evidente el vínculo ideológico que hay entre la dogmática penal y los principios que orientan el proceso penal, dado que estos últimos son ni más ni menos, que el ámbito de realización de aquella.

Se explica así porque Julio B. Maier es del criterio de que esta disciplina no se concibe o entiende de manera aislada al derecho penal, ya que, si hay un escenario en el que la dogmática penal cobra vida, ejecución y realización es en el ámbito de la prueba. De hecho, se relievra que la historia del sistema penal evidencia como en algunos momentos, el protagonismo del proceso penal ha desplazado al derecho penal material. Este fenómeno se observó con los tribunales de la Santa Inquisición y con las fuertes repercusiones que tuvo el iluminismo en el proceso penal. Así también, una viva muestra de la fuerte conexión entre las dos disciplinas sale a flote con la coincidencia sustancial que une los principios *nullum crimen sine culpa* en el sistema penal y la presunción de inocencia, como categoría fundante del proceso penal. Abundando en razones, a juicio del profesor argentino, así como el derecho penal busca retribuir el daño o deterioro de un bien jurídico protegido por una disposición legal, para que esa sanción cobre eficacia, se necesita igualmente, de un procedimiento penal que en la axiología del derecho penal de acto facilite la imputación de tal conducta y la emisión de un juicio de culpabilidad (Maier, 2008, pp. 161-165).

En orden de lo expuesto, es importante predicar que, pese a los avances logrados por la lógica epistémica del sistema de garantías, la equiparación de fuerzas entre Fiscalía y defensa no alcanza, en realidad, un punto de equilibrio ideal en términos cualitativos para indicar que, con los pesos y contra pesos del sistema de enjuiciamiento criminal, las partes enfrentadas en el proceso penal llegan al juicio en igualdad de condiciones. Aunque, ciertamente la defensa logra un respiro luego de que se le descubre la evidencia en poder del órgano de la acusación, no es del todo cierto que concurra en igualdad de armas ante el juez; tampoco es viable aducir que cuenta con similares posibilidades a las de la Fiscalía, en punto de lo que es su postulación teórica de la forma en que ha de resolverse el litigio.

Como ha tenido oportunidad de expresarse en apartados anteriores, el origen político-criminal y la estructura dogmática de los delitos de peligro abstracto obedecen a unos antecedentes y circunstancias en las que, espe-

cialmente, la dogmática penal alemana ha ido perfilando un nuevo sistema punitivo que busca brindar tutela a una serie de intereses que, por su magnitud y preponderancia, deben ser protegidos, no bajo la lógica del sistema tradicional que, históricamente, ha encaminado su ámbito evolutivo para tutelar bienes jurídicos de naturaleza individual. En efecto, si se examina la forma como ha intervenido el derecho penal, el tratamiento de aquellos modelos delictuales que demandan un resultado objetivo para su estructuración se ha enarbolado sobre la base de lesión previa o efectiva puesta en peligro del interés objeto de protección penal. De ahí, entonces que, si hay un daño o peligro efectivo del mismo, desde el punto de vista objetivo sea empíricamente constatable, es decir, sujeto a prueba. Lo que ello significa, en términos del *tema probandum*, es que debe el órgano de la acusación ofrecer prueba de cargo que, con suficiencia, acredite las categorías dogmáticas de la conducta delictiva.

En los intereses jurídicos que protegen bienes de naturaleza colectiva, sucede todo lo contrario. La ecuación se invierte, lo que hace el legislador es criminalizar una conducta que por razones de política criminal se estima como fuente de peligro para generar daño al interés objeto de protección penal. No es, por tanto, relevante para el juicio de tipicidad que la conducta produzca un resultado dañoso o que tenga la potencialidad concreta de albergar un peligro específico para un bien jurídico determinable. Cuando un nuevo orden de esta naturaleza emerge en la constelación jurídico penal, el impacto, frente al sistema de garantías, en el ámbito procesal, es evidente, porque los tipos penales de peligro abstracto se han edificado, precisamente, para criminalizar conductas que no generan daño, es decir, para punir comportamientos que no afectan el bien jurídico. Se trata de un sistema penal que surge para enfrentar los riesgos de la sociedad moderna, por lo que, en ese mismo orden, emerge con una filosofía eminentemente preventiva y sancionatoria.

De acuerdo a esta nueva cosmovisión, si se recurre a la coherencia, en estricto sentido, se infiere que, al prescindirse de la corroboración de un daño o peligro para el interés objeto de protección penal, no hay, en realidad, ámbito de prueba susceptible de discusión en el proceso penal. Y así debe entenderse, porque si el proceso penal es el marco de realización del derecho penal material, las formas propias del juicio no pueden alterar el contenido sustancial de las conductas delictivas que se erigen en su razón de ser. Significa lo indicado que buena parte del marco probatorio quedaría huérfano de contenido, porque se trata de proyecciones que, en el ámbito político-criminal, lo

que buscan, en teleología, es erigir el derecho penal en un mecanismo eminentemente sancionatorio.

Explica Silva Sánchez que la evolución de la sociedad, especialmente representada en la informática, la industria, la tecnología y la energía nuclear, entre otros, no solo significa un avance en las expectativas del ser humano como ser social, sino que, al mismo tiempo, tiene profundas repercusiones en el modelo de comunidad y su gerencia. El mundo se vuelve más complejo porque los avances de la ciencia auspiciados por el hombre elevan dramáticamente los niveles de riesgo en el ejercicio de convivencia y porque el mismo ser humano se encarga de expandir y distribuir aquellas contingencias que, por su importante nivel de influjo en la vida de los coasociados, llevan la inseguridad a niveles de institucionalización. En este nuevo contexto, la delincuencia organizada se globaliza, se vale de la tecnología y de las comunicaciones que le permiten trascender a un estatus de "*cibercriminalidad organizada*". Por las características de la era moderna, el impacto de la criminalidad en el entorno de alteridad cambia sustancialmente, y tiene, naturalmente, un mayor campo de acción, es decir, se expande. Los riesgos ya no son meramente individuales, sino de rango colectivo. Quiere decir que la afectación de bienes jurídicos se presenta a gran escala, y en ese proceso de transformación, el derecho penal en su dinámica reactiva procura adaptarse a esas nuevas realidades, es decir, se expande con la proliferación de conductas delictivas que protegen bienes jurídicos de naturaleza supraindividual. Ya no es suficiente una respuesta a través de modelos delictuales inspirados en la verificación de un resultado objetivo, con la explícita constatación de daño al bien jurídico, porque una estrategia político-criminal de estas características es visiblemente insuficiente para contrarrestar idóneamente el nuevo orden criminógeno caracterizado por un sentimiento de inseguridad notoriamente difuso o no especificado (Silva Sánchez, 2001, pp. 27-32).

Como la nota esencial de los modelos delictuales que se inspiran en la protección de bienes jurídicos de naturaleza colectiva es la criminalización de conductas que por su capacidad potencial de daño comprometen bienes jurídicos a gran escala, una primera reflexión, de carácter lógico, lleva a pensar que sería políticamente incoherente que las estrategias del Estado para lo criminógeno se siguieran diseñando a tono con la ideología y soporte dogmático del derecho penal clásico. En efecto, si con el desarrollo social y la proliferación de riesgos se transformaron y expandieron las conductas delictivas, se acepta sí, que la evolución del derecho penal tendría que ser una realidad.

Lo que no es coherente es que esa transformación se suscite arrasando toda una historia de evolución y nos lleve a un absurdo retroceso, como si el derecho penal hubiese dado un giro de 360 °, y quedara todo como en un comienzo, es decir, un sistema eminentemente punitivo, en el que poco importan las garantías, erigiéndose aquellas en elementos perturbadores de los escenarios de criminalización que interesan al nuevo orden. Se observa, por tanto, que la complejidad de la sociedad contemporánea y su desenfrenada desestabilización traen consigo una serie de cargas agobiantes, que son, desde luego, insoportables para el derecho penal.

El desconcierto aumenta, si se tiene en consideración que la expansión del derecho penal no se traduce en una mejor capacidad para controlar toda la gama de conflictos sociales con trascendencia punitiva que es menester administrar. De hecho, lo que exhiben las cifras es la proverbial inutilidad del derecho penal que en un equívoco escenario de máxima injerencia no logra finalmente colmar las expectativas sociales que día a día se identifican en mayor medida con un desbordado crecimiento del entramado de normas punitivas.

Tan arraigado se encuentra en el sistema de creencias de la ciudadanía que los problemas sociales perturbadores del sentimiento de tranquilidad deben afrontarse a través del derecho penal, que Silva Sánchez ve difícil el retorno a contextos de intervención criminal favorecedores de un ámbito de proyección mínima. Se vislumbra por el profesor español como una realidad que la sociedad del riesgo empujará inevitablemente el derecho penal a un campo de expansión, que en tanto se ensancha, mayor es el nivel de desdén y menosprecio del plexo de garantías tradicionalmente acogido en el marco del proceso penal. Con esta perspectiva, la flexibilización de las reglas de imputación y el sacrificio de principios como el de culpabilidad y presunción de inocencia lo llevan a sugerir la adopción de un derecho penal de tres velocidades. La primera, estricta, dada su naturaleza, porque si en perspectiva político-criminal se observa, el caso ha de resolverse con la imposición de una pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario, siendo deseable que la rigidez inherente al sistema de garantías se conserve íntegramente, y que no haya por tanto flexibilización en las reglas de imputación, sucediendo lo propio con las garantías de orden procesal. Una segunda velocidad se postula en aquellos tipos penales que protegen bienes jurídicos de naturaleza colectiva, como los delitos socio-económicos, en los que las reglas de imputación y las prerrogativas procesales se podrían flexibilizar, siempre y cuando, tales conductas sean castigadas con penas no privativas de la

libertad. Como último escenario, o derecho penal de tercera velocidad, no se descarta un radio de intervención que, con mayor rigurosidad en restricciones de libertad, morigeración de reglas de imputación y disminución de garantías procesales, se perfile con dureza al imputado o acusado, tal como ocurre con el terrorismo, la violencia sexual reiterada y la delincuencia organizada. Aclara que, en todo caso, debe ser un ámbito de intervención extraordinario y limitado (Silva Sánchez, 2001, pp. 159-164).

Es, desde luego, interesante, la propuesta elaborada por el jurista español; acoger la velocidad intermedia o segunda velocidad, es decir, la que supondría el ámbito de intervención punitiva, pero sin medidas restrictivas de la libertad necesariamente traduciría el sacrificio de garantías del derecho penal liberal y el derecho procesal penal. De todas formas, ese sacrificio, en últimas, no sería tan costoso, habida consideración de que la respuesta político-criminal del Estado sería flexible. Habría, por tanto, una interesante ambivalencia, como es que la ideología eminentemente sancionatoria resultaría compensada en una importante dimensión con el decaimiento en las pretensiones punitivas del Estado. A la final, habría sanciones y castigo, pero sin cárcel.

En un contexto así idealizado, la verdad es que la quiebra de reglas de imputación y garantías procesales no sería tan dramática. El desequilibrio entre Fiscalía y defensa, es decir, la desigualdad de oportunidades en tema de prueba y consolidación de garantías constitucionales como la presunción de inocencia, no se observa como una injerencia excesiva del Estado frente a los derechos del destinatario de la ley penal. Así entonces, el denominado "*derecho penal de segunda velocidad*" reduciría considerablemente la impresión negativa que en la actualidad ofrecen los delitos de peligro abstracto y su restrictivo panorama en escenarios de judicialización.

A nivel académico y científico esta alternativa es por supuesto de extraordinario valor. Sin embargo, el irrefrenable avance exhibido por el derecho penal represivo y la simpatía que "*la mano dura*" ofrece para el entorno comunitario tornan complejo, en realidad, el acogimiento de la propuesta. Por lo menos, en el caso colombiano, la explotación ilícita de yacimientos minerales y el progresivo deterioro del medio ambiente, desde el punto de vista empírico causal, son provocados por obreros que prestan sus servicios a mafias y organizaciones criminales, que han creado sus emporios a través de esta actividad delictiva. El impacto que a nivel sociológico produce el menoscabo de la salud medioambiental difícilmente toleraría la apertura a un derecho

penal suave en sus consecuencias. Un escenario similar ocurre con la posesión y consumo de estupefacientes por fuera de los límites de la dosis para uso personal. El tema es tan atractivo, en el ámbito político, que uno de los candidatos a las elecciones presidenciales de Colombia que se efectuaron en mayo del 2018 expresó, en medios de comunicación nacional, que no es partidario de descriminalizar el porte de sustancias en mínimas cantidades.

La realidad permite visibilizar, por ahora, que la tendencia del derecho penal continuará al alza y la restricción de garantías en delitos de peligro abstracto tendrá la misma inclinación. Con un panorama de estos, la igualdad de armas es simplemente una utopía, porque como se ha visto, la criminalización de conductas en el ámbito previo es incompatible con la equiparación de fuerzas procesales entre Fiscalía y defensa, pues dada la estructura dogmática de esta clase de tipologías, el propósito del legislador es criminalizarlas prácticamente desde el mismo instante en que se exponen las motivaciones políticas para elevarlas a la categoría de delito. No es, de esta manera, coherente ni siquiera pensar en una posibilidad de equilibrio de fuerzas.

En el caso de los delitos que protegen intereses jurídicos individuales que se estructuran a partir de la constatación de un resultado, el daño o efectivo menoscabo al bien jurídico y la verificación del nexo causal entre la acción o la omisión del presunto autor del hecho, con el resultado producido, por las razones que se han presentado en antecedencia, posibilitan la matización del principio de igualdad de armas. Lo contrario ocurre con la anticipación de barreras de protección penal y la edificación de tipos penales de peligro abstracto que, como se aprecia, son esencialmente una negación del derecho penal adversarial y de su ámbito filosófico a nivel dialéctico.

Si se quiere, válido es argüir que la configuración de estas tipologías delictuales prescinde en dramáticas proporciones de la razón de ser del derecho procesal penal, porque la parte sustancial del derecho penal desplaza, de manera significativa, el ámbito de realización del debido proceso. Promueve entonces un derecho penal duro, de consecuencias supremamente hostiles en el ámbito punitivo, ampliamente indulgente con el órgano de la acusación en temas como carga de la prueba, presunción de inocencia, antijuridicidad de la conducta y formas de participación en el delito, ya que poco o nada interesa el dominio funcional que facilita la ejecución del injusto ni la ausencia de daño para el interés objeto de protección penal. De esta manera, fácilmente cualquier comportamiento ubica al sujeto activo como autor de la conducta delictiva. En esta lógica, el derecho de defensa sufre las mismas consecuencias

de las prerrogativas que integran el escenario democrático y humanista del proceso penal. Es que ni siquiera el juez se escapa de esta nociva intervención político-criminal, habida consideración de que pierde toda capacidad de reflexión y análisis, pues, ajustado el supuesto de hecho a la norma, es decir, una vez se ha constatado que el juicio de subsunción es viable, no le queda camino distinto que seguir adelante con la emisión de una sentencia de carácter condenatorio. No hay igualdad de armas, tampoco presunción de inocencia en todas sus dimensiones y menos, una posibilidad real de ejercer actos de defensa frente a las atribuciones de responsabilidad penal.

### **3.4 Delitos de peligro abstracto. Análisis crítico desde la perspectiva garantista**

Si acudiendo a la coherencia político criminal es una realidad incuestionable que la delincuencia moderna y la sociedad del riesgo provocan escenarios de transformación en el sistema penal, lo deseable es que el cambio en los modelos de intervención punitiva logre remediar o disminuir aquellos males que aquejan a la comunidad. Pero no de cualquier forma; tampoco sin que importe el costo en materia de garantías constitucionales. Al fin de cuentas, la inutilidad del sistema y la falta de eficacia en su labor misional no pueden ser excusa para considerar inocuos y reducir a su mínima expresión los derechos que le asisten al destinatario de la ley penal en el marco del sistema de enjuiciamiento criminal. Con una mirada al pasado, basta observar que hace cerca de 250 años la arbitrariedad y el despotismo eran una nota característica del sistema penal. Bajo estas consideraciones, si la tortura era por excelencia el mecanismo para desentrañar la verdad y encontrar la culpabilidad del reo, una vez el suplicio llegaba a su máxima expresión, con él venía la confesión, y el sistema penal lograba en estos términos su propósito: hallar un culpable.

Era un sistema sin garantías, absurdamente cruel y sin posibilidad de espacio para la presunción de inocencia. Caracterizado, en lo fundamental, porque la eficacia de las ordalías facilitaba en grado sumo el nivel de convicción para que el inquisidor adoptara una decisión, por supuesto de carácter condenatorio, que en el fondo se sabía en cualquier momento sería una realidad. Se tendría que calcular la capacidad de resistencia del reo frente al tormento y su nivel de tolerancia para soportar el dolor infligido. Hoy en día, debe aceptarse, no hay tortura como medio de prueba; empero, pululan prematuras medidas restrictivas de la libertad que dada su naturaleza son un verdadero tormento para el imputado o acusado privado de

su libre desarrollo locomotor. Aun así, al margen de que eventualmente no haya afectación del derecho a la libertad, el anticipo de barreras de protección en el ámbito penal genera un panorama desolador para la estrategia defensiva, y la emisión de una decisión lesiva para al acusado es verdaderamente algo previsible.

De acuerdo a la perspectiva analítica de Polaino Navarrete (2006), aunque la criminalización de conductas punibles en el ámbito previo fue profunda y polémicamente visibilizada por Jakobs, no se trata en realidad de una técnica legislativa novedosa. De hecho, antes de que el autor alemán hiciera pública su simpatía por una protección óptima de los bienes jurídicos, ya el legislador de ese país había optado por criminalizar meros actos preparatorios o verdaderas conductas inidóneas, como sucedía por ejemplo con la tentativa. Se destaca en estos términos por el profesor español, que lo que a Jakobs se le atribuye fundamentalmente es la cruda manera en que describió una realidad que ya hacía parte del ordenamiento jurídico. Lo interesante de Polaino Navarrete es que, en su esfuerzo por desmitificar el pensamiento de Jakobs, pone en evidencia que con la tipificación de delitos de peligro abstracto la finalidad, desde luego, es hacer del derecho penal un mecanismo eminentemente prospectivo, es decir, un instrumento en el que la clásica ecuación de la reacción frente al daño ya producido se invierte, para criminalizar el daño que potencialmente podría causarse con la conducta. Hay, allí, un juicio de peligrosidad que en la dialéctica del derecho penal de autor se observa en perspectiva futurista; se trata desde luego de un mecanismo que extrema medidas para tutelar bienes jurídicos de naturaleza colectiva, erigiéndose en objeto de punición el simple despliegue de aquella conducta con la capacidad de poner en vilo los presupuestos básicos del tejido social. En este mismo orden, la pena se mantiene intacta, como si en efecto se hubiese producido el daño al bien jurídico. Y finalmente, es catalogado el derecho penal como un instrumento de lucha o combate para contrarrestar el ámbito de injerencia de la delincuencia organizada (pp. 27-40).

Como se observa, esta clase de tipologías muestran de forma abierta y sin tapujos su absoluto menosprecio y desdén por el sistema de garantías. Por ello, se explica que diseños teóricos como el derecho penal del enemigo, desde el punto de vista axiológico, se instituyen en un medio jurídico de combate al que acude el Estado para repeler toda esa suerte de agresiones que, al ser orquestadas por asociaciones ilícitas u organizaciones delictivas, alteran la paz y la tranquilidad en el tráfico de las relaciones sociales.

En esta visión epistemológica, el caso particular del terrorismo no es una hipótesis delictiva perpetrada por agentes que obren de manera insular; lo que claramente ilustra es que se trata de un modelo delictual ejecutado por estructuras delincuenciales con un nivel de sofisticación importante y que, cuando generan actos de terror a gran escala, no miden o ni siquiera les interesan, a nivel típico, las consecuencias de sus actos. Se proclama, así, el terrorismo, en el paradigma del derecho penal dirigido a no ciudadanos, es decir, a aquellos individuos que desprecian el sistema de valores del pacto social y que, por la amenaza que representan para la colectividad, reciben un trato diferenciado respecto de otros desestabilizadores del orden social que, si bien es cierto, quebrantan el ordenamiento jurídico, no lo ejecutan en el nivel de aquellos que hacen de su alejamiento del Estado de derecho una forma de vida. En esa proyección restrictiva, cobra especial relevancia el procedimiento penal, instituido así en el mecanismo que, desde lo político criminal, materializa los ideales y motivaciones que llevan al legislador a tratar como objetos del derecho a quienes integran ese tipo de estructuras criminales.

Hay una reciprocidad en el tratamiento penal que reciben las asociaciones ilícitas, lo que permite, en un momento dado, inferir que si voluntariamente deciden alejarse del respeto que se brinda al ordenamiento jurídico, en ese mismo orden de circunstancias deben asumir que el sistema penal no les otorgará garantías, porque ese entramado de prerrogativas hace parte del esquema legal que los integrantes de asociaciones ilícitas han menospreciado. Esa es la lectura del derecho penal del enemigo que por su contenido y consecuencias bastantes discusiones ha suscitado, especialmente por aquellos que se identifican con un derecho penal de corte garantista.

Respecto del origen de los delitos de organización y la protección penal de bienes jurídicos en abstracto, Cancio Meliá (2008), ha expresado que la vocación político-criminal de estos y su protagonismo en el derecho penal moderno se justifican por la necesidad de blindar la estructura social de toda esa serie de conductas que por su impacto y daño potencial la desestabilizan. En este sentido aduce, que, hoy por hoy, el sistema punitivo ha mostrado un importante nivel de crecimiento con esta clase de tipos penales, cobrando de este modo especial importancia la percepción que tiene la sociedad acerca del crimen organizado, lo que, a su turno, traduce una serie de expectativas que se reflejan en un derecho penal de contenido altamente riguroso. Esa rigurosidad encuentra en la rigidez del proceso penal y en la disminución de las garantías un importante aliado para responder, adecuadamente a las

necesidades del entorno social. Como nota característica de los delitos de organización, agrega el doctrinante, desaparecen los autores individuales y es esa condición la que transmite, en el ámbito social, una mayor intensidad en la sensación de inseguridad. Por último, destaca que si bien es cierto es el terrorismo el tipo penal más representativo en materia de anticipo de barreras de protección penal, la fórmula se estructura y consolida en el sistema y, desde luego, sus alcances no se restringen exclusivamente a un delito o bien jurídico determinado (pp. 253-254).

Al tratarse de una propuesta teórica de la que, desde el mismo instante en que fue edificada no se especificaron sus límites y alcances, lo que se advierte es que el crecimiento del derecho penal se presentó en forma indiscriminada, y así fueron también las repercusiones de cara al quebranto de garantías en la parte sustancial y procesal del derecho penal. Si en consideración se tiene el marco de expansión, lo que se observa, en términos reales, es que la fórmula tiene de hecho la capacidad de extender su radio de acción en tipos penales que protegen bienes jurídicos de naturaleza colectiva, de los que el derecho penal no es el mecanismo más adecuado para tutelarlos mediante el anticipo de barreras. Este podría ser el caso de los atentados contra el medio ambiente, que, seguramente, con sanciones económicas e intervenciones jurídicas de distinta naturaleza, con mayor idoneidad y eficacia diezmarían la capacidad de daño de personas naturales o jurídicas que incurran en este tipo de ilegalidad. No se descarta que la explotación legal de minerales tenga, en términos concluyentes, la misma capacidad de daño que aquellas prácticas desarrolladas de manera furtiva, lo que naturalmente implicaría considerar que la solución no estaría en la criminalización sino en la transformación de políticas públicas a nivel medio ambiental.

Vale precisar que la difuminación de responsabilidades individuales y la supresión de dispositivos amplificadores del tipo, como la tentativa y la coparticipación criminal, se convierten en otro elemento más de los ejes que configuran las fórmulas de imputación del moderno derecho penal. Solo se es autor al margen de que quien delinque se encuentre en la base o en la cima de la organización criminal.

Aparte de que el desvalor potencial de daño con sus conductas sí sea objetivable en el cerebro de la organización, la criminalización del comportamiento en el ámbito previo involucra, desde luego, al eslabón débil de la empresa delincuencia que, en términos criminógenos, asume con igual severidad el odioso poder aflictivo de la pena, al margen de que lejos se

encuentre de vislumbrar las repercusiones de su proceder. No se olvide que, al final, lo que verdaderamente trasciende para el derecho penal es que uno y otro comportamiento sean fuente de peligro.

En sencillez conceptual, esta clase de modalidades delictivas ha dado lugar al desarrollo de procesos penales que, en tiempo real, minimizan al máximo la necesidad de prueba. En muchos de ellos la acción como presupuesto de ejecución de la conducta delictiva no es un componente axial; basta simplemente el despliegue de comportamientos evidentemente pasivos como conservar, llevar consigo, poseer, entregar. Se trata de conductas que, en ontología, carecen del valor o capacidad para generar un efectivo peligro al interés objeto de protección penal. Suficiente es, entonces, que sean fuente de peligro, es decir, son, en lo básico, manifestaciones típicas que teóricamente se orientan a evitar un mal de proporciones mayores. Significa que se criminaliza una conducta en sí misma inocua, pero que, por ficción de la ley, en lo político-criminal se cataloga como fuente de peligro e insumo para la hipotética afectación de bienes jurídicos.

Con los delitos de peligro abstracto, la dogmática penal analizada en su clásica percepción teórica queda vacía de contenido y se rediseña completamente para que el interés materia de protección no sea otro distinto que el de la vigencia del ordenamiento jurídico. Así lo advierte igualmente Zaffaroni (2006), quien, al verificar los nuevos escenarios de imputación jurídica, observa cómo la causalidad deja de ser un criterio relevante para estructurar el juicio de tipicidad; ya no interesa la conducta desplegada por el sujeto activo sino que en lo preponderante, un papel más trascendental ocupa el deber que haya quebrantado; el bien jurídico queda sistemáticamente desprovisto de contenido; se expande el derecho penal con la tipificación de modelos delictuales de peligro abstracto y, en últimas, hay una real desproporción entre la reacción punitiva del Estado y el menoscabo para el bien jurídico. Por esto, las garantías de orden procesal sufren un inusual deterioro, auspiciando un tratamiento punitivo con matices de derecho penal de autor, en la medida que el ser humano deja de ser considerado como persona y pasa a ser etiquetado, como un ser que por contradecir el sistema merece un tratamiento diferenciado que raya con la deshumanización del individuo (pp. 14-19).

La quiebra del derecho penal de garantías desde un comienzo fue prevista por Jakobs en su concepción normativista del delito, cuando de manera directa y puntual, en el prólogo de su obra aduce que la acción, omisión,

causalidad, poder, capacidad y culpabilidad no son categorías determinantes en la producción o evitación de un supuesto fáctico, sino que son elementos determinantes para estratificar la responsabilidad o la incumbencia del individuo en el hecho (Jakobs, 1997). Esta es, con obviedad, la caracterización del nuevo derecho penal que duramente fue cuestionado por Hassemer. Se trata del derecho penal de tercera velocidad, acogido como un mecanismo de excepción por parte de Silva Sánchez. Pero, al mismo tiempo, es el instrumento que ha servido de soporte ideológico para la expansión irracional del derecho penal, explicitado en los delitos de peligro abstracto.

Lo profundamente desolador, en el caso colombiano, es que el deterioro social y la proliferación de organizaciones criminales derivadas de actividades de narcotráfico y delincuencia común a gran escala generan una serie de conflictos y un caldo de cultivo idóneo para la masificación de otra serie de conductas delictivas, como el tráfico de armas y homicidios. En el caso de atentados contra la vida, muchos de ellos se suscitan por ajustes de cuentas, disputas por micro tráfico de estupefacientes, y lo que todo este entramado de fenómenos criminales produce en la sociedad es una mayor percepción de inseguridad. Debe adicionarse que igualmente, hay multiplicidad de estructuras criminales con diferentes modalidades de especialización, entre las que se destacan el hurto de automotores, hurto de celulares, hurto a personas, y lo que todo ello suscita es un crecimiento ostensible de las expectativas del derecho penal, dado que la sociedad demanda la adopción de respuestas eficaces, entre las que la criminalización de conductas en el ámbito previo continúa siendo una alternativa que satisface ese clamor de la colectividad.

Toda esta serie de factores, conduce, sin duda, a un endurecimiento del tratamiento punitivo, a una estigmatización del otro y a la consecuente deshumanización del proceso penal que, como ocurre con la parte sustancial, sufre un importante menoscabo en sus elementos configuradores, porque se debilita, y de ser un componente de garantías, pasa a convertirse en un escenario de refrendación de conductas que desde el instante en que se criminalizan lo hacen con el fin de ser eficientes y para promover procesos de responsabilidad penal para todo aquel que no se encuentre a tono con las expectativas del sistema social. La dureza se acentúa con profundos matices de injusticia, porque los tentáculos del derecho penal condensan como destinatarios a toda una serie de individuos que por defecto del principio de legalidad se cubren con el manto de la estrictez punitiva, sin que su comportamiento, en la dinámica del derecho penal de acto guarde correspondencia con los ideales que forjaron el anticipo de barreras de protección penal. Se debilita,

en estos términos, el nuevo orden penal, y pierde coherencia, porque tanto en su elaboración, como en su ejecución, se suscitan graves falencias. Y esta fragilidad se ve reflejada porque las autoridades policivas se ensañan con los eslabones débiles de la estructura delictiva, o sea, con las piezas sustituibles, y dejan en la más absoluta indemnidad a los ideólogos de las organizaciones criminales. Mientras las insulsas judicializaciones se agotan, la agenda de fiscales y jueces llega a su límite, con lo que, del otro extremo de la orilla, la criminalidad a gran escala sigue operando, sin que haya factores perturbadores que conspiren contra su eficacia.

En este marco conceptual, la doctrina española no duda en predicar que si bien es cierto la construcción de un derecho penal inspirado en ideales ontologicistas y fenómenos causales, bajo determinadas circunstancias se tornaría en un instrumento inútil y anacrónico que se alejaría de la realidad que procura enfrentar, tal razón no se erige en justificación válida para la promoción de un derecho penal de tinte autoritario. Por ello, no debe perderse de vista que los fenómenos criminógenos contemporáneamente suscitados, pese a exhibir características distintas a las de modelos delictuales pretéritos, no desdibujan una realidad de profunda densidad política, como es que el derecho penal teleológicamente se concibe como un instrumento del modelo de Estado social y democrático de derecho. De acuerdo a esta perspectiva, el hombre y sus garantías fundamentales son un límite sustantivo que la fortaleza del sistema penal no puede soslayar. No resulta, en consecuencia, tolerable, la construcción de una dogmática penal de contenido normativista, pues un sistema edificado sobre bases que propenden por la estabilidad del ordenamiento jurídico estaría en capacidad de lacerar las bases ideológicas de un derecho penal garantista fundado en los principios de proporcionalidad, culpabilidad y necesidad (Berdugo, 2012, pp. 245-247).

Se observa, así, que los delitos de peligro abstracto son, en principio, una categoría dogmática que en sus orígenes y configuración se aparta del orden garantista que debe caracterizar al derecho penal inmerso en las democracias contemporáneas. Por supuesto que es una herramienta necesaria, pero por sus características, su uso debe ser racionalizado, matizado, enarbolándolo como un mecanismo de naturaleza excepcional. Es más, dentro de los presupuestos de orden político-criminal es quizá, la última opción que se debe contemplar. Se debe acudir en consecuencia a la anticipación de barreras de protección penal, cuando la ineficacia y carencia de idoneidad de otras formas jurídicas de afrontar la lucha contra organizaciones criminales sean incuestionables. Solo en estos términos podrá cobrar legitimidad el poder

punitivo del Estado, porque si como muestra la historia de la humanidad, las guerras han producido un alto e injustificado sacrificio de vidas humanas, emplear el sistema penal como instrumento de combate del enemigo puede, incluso, generar un mayor daño que los hechos, cuya inocuización se pretende alcanzar.

Lo paradójico en medio de todo es que el sacrificio de garantías fundamentales no tendría ninguna razón de ser, cuando las estrategias que tienen como fin mitigar los efectos que producen las organizaciones criminales no tienen, en realidad, un impacto relevante. El reto, en consecuencia, se circunscribe a construir sobre las bases del sistema penal existente, un diagnóstico de aquellas estrategias que en alguna medida han sido útiles y, sobre la base de esas circunstancias, desarrollar criterios político-criminales con orientación a las consecuencias. En este sentido, el respeto irrestricto por el entramado de garantías fundamentales, en el sistema penal deberá ser un elemento de análisis al instante en que se postula la creación de nuevas leyes con actitud sustantiva para afectar derechos del individuo. Este es el caso de los delitos de peligro abstracto, ya que el legislador es plenamente consciente del radio de acción y efectos de esta tipología dogmática, habida consideración de que, desde el instante en que se contemplan como estrategia, ya se sabe a qué tipo de criminalidad se dirige, cuál es el monto de su punibilidad, y las evidentes consecuencias sobre las prerrogativas fundamentales se presentan en el marco de la investigación, judicialización y sanción.

Por estas razones, hablar de dogmática penal con orientación a las consecuencias es una realidad tan fuerte como la proliferación de conductas delictivas que conspiran contra la paz y la armonía social. En este orden, la previsibilidad de los nocivos efectos que alberga el moderno derecho penal, antes de apreciarlo en la eficacia que tiene para restringir garantías, debe sopesarse en términos de la validez que ostenta para debilitar o neutralizar organizaciones criminales. Si luego de transcurrido un tiempo importante en la vigencia de las normas, lo que se advierte es que hay congestión carcelaria por la expansión de medidas restrictivas de la libertad, pero el fenómeno criminal continúa produciendo sus nocivos efectos, el moderno derecho penal tendrá los mismos problemas de eficacia del derecho penal de las garantías. Claro está, con una diferencia sustancial: sacrificando, sin frutos, los derechos del ciudadano.



## Referencias bibliográficas

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas ahora" ? *Revus*.
- Alonso Álamo, M. (2015). ¿Gestión del riesgo o gestión del miedo?. Riesgo, peligro y bien jurídico penal. *Revista Derecho Penal*, 51-78.
- Ambos, K. Z. (2016). Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. En C. Burchard, *La constitucionalización de los fundamentos del derecho penal alemán* (pp. 34-35). Cedpal.
- Anderson Terence, D. S. (2015). *Análisis de la prueba*. Marcial Pons.
- Armenta Deu, T. (2004). *Lecciones de derecho procesal penal Segunda edición*. Marcial Pons.
- Arteaga Córdoba, E. (2017). La incorporación de la teoría del bien jurídico en el nuevo orden constitucional. Un análisis de sus nexos con el procedimiento abreviado. *Cuadernos de Derecho Penal*, 31-54.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del derecho penal*. Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2009). *Teoría y práctica del derecho penal. Tomo I*. Editorial Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (2009). *Teoría y práctica del derecho penal. Tomo II*. Editorial Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (s. f.). Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación. 365-386. Anuario de derecho penal y ciencias penales
- Balmaceda, H. G. (2015). *Estudios de derecho penal. Una aproximación a la teoría del delito y de la pena*. Universidad de la Sabana y Ediciones Nueva Jurídica.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y sistema penal*. B de F.
- Beccaria, C. (2003). *De los delitos y de las penas*. Temis.
- Beltrán, F., y Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho. Segunda edición*. Marcial Pons.
- Benavente Chorres, H. (2011). *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el sistema penal acusatorio*. JM Bosch Editor.
- Bentham, J. (2000). *Tratado de las pruebas judiciales, Tomo I*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Berdugo, G. D. (2012). *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Editorial Iustel.

- Binder, A. (Julio de 2011). *La intolerabilidad de la prisión preventiva*. Obtenido de [www.pensamientopenal.com](http://www.pensamientopenal.com).
- Binder, A. (2012). *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Editorial Astrea.
- Bobbio, N. (2004). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Bricola, F. (2012). *Teoría General del delito*. Editorial B de F.
- Bustamante Rúa, M. M. (2010). La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable. *revistas.pucp.edu.pe Vol. 4, Núm. 1, 21-23*.
- Bustos Ramírez, J. (2008). *Derecho penal, Tomo II Control social y sistema penal*. Leyer.
- Bustos, R. J. (2005). *Introducción al derecho penal*. Editorial Temis S. A.
- Callegari, A. L. (2008). Estado y política criminal: la contaminación del derecho penal ordinario por el derecho penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal. En E. Montealegre Lynett, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Gunther Jakobs en su 70 aniversario* (pp. 609-610). Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Cancio Melia, M. (2008). El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En E. Montealegre Lynett, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo* (pp. 245-284). Universidad Externado de Colombia.
- Cardozo, P. R. (2009). *La seguridad ciudadana como tendencia político criminal*. Leyer.
- Carnevali Rodríguez, R. (2011). EL estándar de convicción de la duda razonable, en el proceso penal Chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Revista Ius et Praxis, Año 17, N.º 2, 89-92*.
- Carrara, F. (1944). *Programa de derecho criminal, Parte general, Tomo II*. De Palma.
- Carrara, F. (1944). *Programa del Curso de Derecho Criminal, Tomo I*. Depalma.
- Carrara, F. (1978). *Opúsculos de derecho criminal, Volumen IV*. Temis.
- Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología, 47-72*.
- Chiesa Aponte, E. L. (1995). *Derecho procesal de Puerto Rico y Estados Unidos, Tomo II*. Forum.
- Constitucional, C. (7 de diciembre de 1993). [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).
- Constitucional, C. (18 de febrero de 1993). [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).
- Constitucional, Corte, C-591 (Corte Constitucional 9 de junio de 2005).

- Constitucional, Corte, C-396 (Corte Constitucional 23 de mayo de 2007).
- Constitucional, Corte, C-144 (Corte Constitucional 3 de marzo de 2010).
- Corcoy Bidasolo, M. (s. f.). *www.criticapenal.com.ar*.
- Corigliano, M. E. (3 de abril de 2016). *DerechoPenal Online*.
- Corte Constitucional, C-025 (Corte Constitucional 27 de enero de 2009).
- Corte Constitucional, C-616 (Corte Constitucional 27 de agosto de 2014).
- Corte Constitucional, C-616 (Corte Constitucional 27 de agosto de 2014).
- Corte Suprema de Justicia, SP 19617 45899 (Sala de Casación Penal 23 de noviembre de 2017).
- Corte Suprema de Justicia, SP 497-2018, radicación 50512 (Sala de Casación Penal 28 de febrero de 2018).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 49799 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia 7 de febrero de 2018).
- Due process of law Foundation, (2013). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*. Fundación para el Debido Proceso.
- Díez, R. J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. B de F.
- Duce J. M. (2013). Visión panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados. En C. d. Américas, *Prisión Preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate* (págs. 64-80). Ceja.
- Duce J., M. y. (2004). *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Gedisa.
- Espectador, D. E. (26 de julio de 2012). Hombre que robó cubo de caldo de gallina recuperó la libertad. *Diario El Espectador*.
- Feijoo Sánchez, B. (2007). *Normativización del derecho penal y realidad social*.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel.
- Fernández, G. D. (2004). *Bien jurídico y sistema del delito*. B de F.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.

- Ferrajoli, L. (2014). *Escritos de derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Tomo I*. Editorial Hammurabi.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). Una concepción minimalistas y garantista de la presunción de inocencia. [Revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/2393/2341](http://Revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/2393/2341), 1-26.
- Fleming Abel, L. V. (2008). *Garantías del imputado*. Rubinzal-Culzoni.
- Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas. Segunda Edición corregida*. Gedisa.
- García Pérez, O. (Septiembre de 1992). *Delito de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia*.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* Tercera edición. Marcial Pons.
- Gómez Colomer, J. L. (2013). *El proceso penal constitucionalizado*. Ibáñez.
- Gómez Tomillo, M. (2014). *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*. Tirant lo Blanch.
- Gracia Bogado, M. (21 de agosto de 2009). *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*.
- Gracia Martín, L. (2016). Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno derecho penal económico. *Revista para el Análisis del Derecho*, 1-131.
- Gracia, M. L. (2013). *Fundamentos del sistema del derecho penal. Una introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo*. Ediciones Usta.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Trotta.
- Hassemer, W. (1997). *Crítica al derecho penal de hoy*. Universidad Externado de Colombia.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. (2009). El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. En S. Argentino-Alemán, *Criminalidad, Evolución del derecho Penal y Crítica al Derecho Penal en la Actualidad* (pp. 13-17). Editores del Puerto.
- Hassemer, W. (2016). *¿Por qué castigar?* Tirant lo Blanch.
- Hobbes, T. (1651). *Leviatan*. Fondo de Cultura Económica
- Hormazabal, M. H. (1992). *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- Humanos, C. I. (30 de Diciembre de 2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. <http://www.cidh.org>

- Ibáñez, P. A. (2009). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ibáñez, P. A. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Trotta.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2a edición corregida. Marcial Pons.
- Jescheck, H.-H. (2014). *Tratado de derecho penal. Parte general. Volumen I*. Editorial Instituto Pacífico.
- Joan Pico, I. J. (2011). *El juez y la prueba*. Editorial Ibáñez.
- Kafka, F. (2010). *El proceso*. Panamericana, formas e impresos.
- Kindhauser, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. *Revista para el Anàlisis del Derecho*, 3-4.
- Kuhn, T. S. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*. Marcial Pons.
- Maier, J. B. (2008). *Antología. El proceso penal contemporáneo*. Palestra Editores.
- Maldonado Fuentes, F. (2006). Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro". *Revista de Estudios de la Justicia* 7, 5-9.
- Martineau, F. (2009). *Argumentación judicial del abogado*. Bosch.
- Melendo, S. (1978). *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Ejea.
- Mendoza Buergo, B. (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Civitas.
- Mendoza Buergo, B. (2002). La configuración del injusto (Objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Derecho Penal y Criminología*, 39-82.
- Mezger, E. (1955). *Derecho penal, Parte general, Tomo I*. Editorial de Derecho Privado.
- Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J. M. Bosch.
- Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J. M. Bosch Editor.
- Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch Alternativa.
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes*. Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales.

- Moreso Mateos, J. J. (2005). *Filosofía y derecho. Prueba y verdad en el derecho 2a Edición*. Marcial Pons.
- Muñoz Sabaté, L. (2007). *Introducción a la probática*. Bosch.
- Naciones Unidas. (14 de diciembre de 1990). [www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/](http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/).
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Indret Revista para el análisis del derecho*, 4-9.
- Pérez-Sauquillo, M. C. (2015). Delitos de peligro abstracto bienes jurídicos colectivos. *Revista Foro FICP*, 124.
- Polaino Navarrete, M. (2006). *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Editora Jurídica Grijley.
- Raymundo Gama, L. (2019). *Las presunciones en el derecho. Entre la perpejilidad y la fascinación de los juristas*. Tiran lo Blanch.
- Rivera Morales, R. (2011). *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Marcial Pons.
- Rodríguez Chocontá, O. A. (2015). *Presunción de inocencia. Principios universales. Tercera Edición*. Doctrina y Ley.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema de derecho penal*. Hammurabi.
- Roxin, C. (2013). *Sistema del hecho punible. Acción e imputación objetiva*, tomo 2. Hammurabi.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. Tomo II. Grijley.
- Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, 33660 (Corte Suprema de Justicia 25 de mayo de 2011).
- Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, 31240 (Corte Suprema de Justicia 3 de diciembre de 2009).
- Sánchez-Vera Gómez Trelles, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Marcial Pons.
- Schuneman, B. (2012). Protección de bienes jurídicos, última ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado de derecho liberal. En R. Robles Planas, *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (p. 73). Editorial Atelier.
- Senado de la República, E. d. (27 de junio de 2017). [www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co).

- Sentencia de Casación, SP-9916 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia 11 de julio de 2017).
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal*. Civitas.
- Struensee, E. (1998). En *Problemas capitales del derecho penal moderno* (pp. 107-110). Hammurabi.
- Tamés, G. S. (2015). *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo*. JB Bosch.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba, artículos y conferencias*. Metropolitana.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
- Tedesco, I. F. (2007). *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*. Editores del Puerto.
- Terradillos Basoco, J. (1999). Peligro abstracto y garantías penales. *Nuevo foro penal*, número 62, 67-94.
- Tomas y Valiente, F. (1987). In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7 numero 20, mayo-agosto, 5-9.
- Torio López, A., y Santiago, D. C. (1981). *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*. ADP.
- Toro, M. C. (s. f.). [www.terragnujurista.com.ar](http://www.terragnujurista.com.ar).
- Traversa, R. (2014). Neopunitivismo y control social. Reflexiones sobre la represión selectiva de la política populista. *Panorama*, 133-143.
- Truccone Borgoño, S. (2013). Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el Republicanismo. *Derecho Ambiental de Palermo*, 55-98.
- Ulianov Tapia, E. (2013). *Un estudio dinámico sobre la difusión de rumores*. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Uprimny Yepes, R., Chaparro Hernández, S., y Cruz Olivera, L. F. (2017). *Colectivo de Estudios, Drogas y Derecho*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Vargas Pinto, T. (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Thomson Aranzandi.
- Vicente del Olmo, M. (1 de marzo de 2012). *Noticias Jurídicas*.
- Villegas García, M. (11 de octubre de 2008). Colombia, un país de estados de excepción. *El Espectador*.

Von Ihering, R. (1978). *El fin en el derecho*. Editorial Heliasta.

Von Liszt, F. (1927). *Tratado de derecho penal, Tomo II*. Reus.

Von Liszt, F. (s.f.). *Tratado de derecho penal Tomo II*. Reus S. A.

Welzel, H. (1980). *Derecho penal alemán, Parte general*. Ediciones Jurídicas del Sur.

Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Dykinson.

Zaffaroni, E. R. (2009). *Derecho penal Parte general*. Ediar Sociedad Anónima Editora.

Propuesta de integración de la presunción de inocencia como regla de prueba con delitos de peligro abstracto, es un intento por buscar un punto de encuentro entre las garantías procesales y la teoría del delito. Es un mensaje a la comunidad jurídica, que tiene como fin analizar los estándares de prueba en aquellas conductas delictivas que desde el punto de vista objetivo, no encierran un resultado objetivo, pero aún así, ofrecen represión por comportar un peligro potencial para bienes jurídicos en la colectividad. Se busca a través de este libro, generar un escenario de reflexión sobre la necesidad de llevar al ámbito de la prueba el peligro potencial, abstracto o presunto de algunas conductas. Se quiere también mitigar los odiosos efectos que algunos comportamientos delictivos y sus fórmulas de imputación penal representan para la presunción de inocencia en su faceta de regla probatoria.



**Universidad<sup>®</sup>**  
**de Medellín**  
Ciencia y Libertad