

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE PRUEBA: UNA
PROPUESTA DE INTEGRACIÓN A LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y LA
CARGA DE PRUEBA PARA SU CONFIGURACIÓN**

ENRIQUE ARTEAGA CÓRDOBA

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
DOCTORADO EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
MEDELLÍN
AGOSTO DE 2.018**

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE PRUEBA: UNA
PROPUESTA DE INTEGRACIÓN A LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y LA
CARGA DE PRUEBA PARA SU CONFIGURACIÓN**

ENRIQUE ARTEAGA CÓRDOBA

MONICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA
Directora de tesis doctoral

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
DOCTORADO EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
MEDELLÍN
AGOSTO DE 2018

Dedicatoria

A mis padres, porque si reflexiono con una mirada hacia el pasado, en medio de un sin fin 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, le dan aún más sentido a mis sueños y proyectos. Por ellas, todo este camino recorrido, es profundamente gratificante.

Agradecimientos

Con especial gratitud debo expresar, que la Universidad Libre de Cali, es parte esencial en este nuevo camino. No solo me abrió generosamente sus puertas al iniciar mis estudios de pregrado en la facultad de derecho, sino que igualmente ha sido un eje fundamental en mi evolución profesional. Sin el valioso apoyo económico que me brindó mi alma mater en todo el doctorado, este sueño no habría sido posible. Debo igualmente hacer un reconocimiento especial a los profesores Hernando Ordóñez Ramírez y María Inés Muriel Puerto. No solo hicieron posible el apoyo de la Universidad Libre, sino que también, 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, Jefa del Doctorado en la Universidad de Medellín. Por ella, los recurrentes viajes se transformaron en una experiencia placentera. Su permanente acompañamiento, tanto en su condición de presidente de tesis, como en los múltiples encuentros académicos que vieron nacer este proyecto, fueron determinantes en la consolidación de este camino. Gracias a ella, su don de gentes, sencillez e integridad, disfruté todo este proceso. Dios permita que esos lazos, aún en medio de la distancia, se afirmen y estabilicen.

Tabla de Contenido

	Pag.
Introducción	7
Título.....	8
Capítulo I. Fisionomía de un Nuevo Derecho Penal. Su Aproximación conceptual desde la política criminal	9
1.1 Teoría del bien jurídico. Alcances de una concepción monista o de derechos individuales	9
1.2 Bases conceptuales para la protección de bienes jurídicos supraindividuales	17
1.3 La seguridad como criterio de inspiración permanente en la política criminal	24
1.4 La violencia Estatal subyacente en el derecho penal. Algunos matices de su irracionalidad.....	34
1.5 Delitos de peligro Abstracto. Protección de intereses difusos	51
1.6 Inconsistencias dogmáticas de los delitos de peligro abstracto. Negación de un derecho penal liberal.....	79
1.7 Delitos de peligro abstracto. Una propuesta de su compatibilidad con un sistema penal de garantías.....	91
Capítulo II. Alcance de la Presunción de Inocencia como regla probatoria en el Proceso Penal. Su impacto frente a la carga de la Prueba	99
2.1 Presunción de inocencia como estado natural en un sistema de garantías.....	99
2.2 Relativización de la presunción de inocencia. Diversos matices y fases de su morigeración	110
2.2.1 El tratamiento del imputado como inocente en el marco del proceso penal	111
2.2.1.1 Criterios de política criminal. Análisis de su influjo frente a la presunción de inocencia como regla de tratamiento.	115

2.2.1.2 Los prejuicios sociales. Una dura embestida a la presunción de inocencia como regla de tratamiento.	119
2.2.2 El postulado de la inocencia en el juicio oral	126
2.2.2.1 La presunción de inocencia. Su relación conceptual con el principio in dubio pro reo.	132
2.2.3 Presunción de inocencia. Su perspectiva como regla probatoria	134
2.2.4 Aproximación conceptual de la prueba en el proceso penal	147
2.2.5 Carga de la prueba. Debe cumplirla el órgano de la acusación.....	157
2.2.6 Carga de la prueba. Un análisis de su carácter dinámico	175
2.2.7 Carga dinámica de la prueba. ¿Contraviene la presunción de inocencia?.....	180
2.2.8 Carga de la prueba e igualdad de armas	183
 Capítulo III. Delitos de peligro abstracto, carga de la prueba y presunción de inocencia. Un análisis integral de su conexión	188
 3.1 Delitos de peligro abstracto. Hacia un relajamiento de cargas probatorias para el órgano de la acusación	189
 3.2 Un escenario de posible armonía entre delitos de peligro abstracto y presunción de inocencia como regla probatoria	201
3.2.1 Presunción de inocencia. Su alto grado de relativización como regla de prueba frente a delitos de peligro abstracto	218
 3.3 Delitos de peligro abstracto e igualdad de armas. ¿Existe en realidad igualdad de armas en delitos de peligro abstracto?	234
 3.4 Delitos de peligro abstracto. Análisis crítico desde la perspectiva garantista.....	252
 5. Conclusiones	263
 6. Recomendaciones	266
 Referencias bibliográficas.....	269

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. Con el fin de llegar a tal objetivo, en primer lugar se realizará un análisis de los elementos configuradores de esta institución dogmática, sus antecedentes y ámbito de aplicabilidad. Una vez se hayan aproximado desde el punto de vista conceptual las bases político criminales de esta clase de delitos, en un segundo orden se abordará el análisis conceptual de la presunción de inocencia, realizando un estudio de dicha prerrogativa, y contextualizando los diversos matices que la caracterizan en el ámbito del proceso penal, haciendo un mayor énfasis en la presunción de inocencia como regla probatoria. Por último, algunas reflexiones se plasmarán en derredor de los vínculos que hay entre dogmática penal y proceso penal. Sobre algunos elementos de convergencia que se detecten, se procederá a desarrollar un estudio de las posibles repercusiones que los delitos de peligro abstracto, pueden tener frente a la carga de la prueba que debe cumplir el órgano de la acusación en sus pretensiones punitivas, y cómo ello finalmente incide en la presunción de inocencia.

Título

Presunción de inocencia como regla de prueba: una propuesta de integración a los delitos de peligro abstracto y la carga de prueba para su configuración

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

Al hacerse 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 derredor de 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, acceder carnalmente 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 tornan 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 tornan definitivamente necesaria la tipificación de nuevas conductas delictivas. Bajo este escenario, se presenta un aspecto problemático, 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 ha venido construyendo 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; así mismo, puede predicarse que brota en medio de la filosofía contractualista de Rosseau. Bajo esta dimensión y entorno, la lesión de un derecho subjetivo, tal como lo definiría Feurbach, 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 estirpe 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, págs. 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 protegen son los derechos subjetivos de otro. En estricto sentido lo que hizo Feurbach fue promocionar la teoría de la lesión de un derecho subjetivo, sin un mayor grado de especificidad y ámbito de concreción.

Pero sería Birnbaum, quien en 1834, 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 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 prejurídica, 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 al fuerte influjo 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. (Hormazabal, 1992, págs. 28-31). Quiere ello significar, que desde el punto de vista noseológico, su planteamiento teórico tenía como eje explicativo, la noción de lesión de bienes individuales.

Es precisamente esa ideología la 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 no sólo sería más preciso, sino que también 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, págs. 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, anclaba sus raíces en una tesis justificacionista para la preservación de las condiciones de vida en sociedad auspiciadas por el Estado (Von Ihering, 1978), el sólo 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, constituyen 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. Tal como sucede con la vida, integridad personal, salud, patrimonio económico, libertad individual, integridad moral, e 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 Estatalismo confesional. En efecto, con una perspectiva ética y moralista del bien jurídico, el derecho penal se dinamizaba por el fuerte influjo 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, que resultaban menospreciados por el comportamiento de otro.

Por eso, para Luigi Ferrajoli, 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 peligro real que corren aquellos. Aunque el maestro Italiano identifica como problemático el entendimiento de la expresión “bienes fundamentales de las personas”, lo que si resulta diamantino a su juicio es que el concepto engloba no sólo los derechos y garantías liberales de tipo individual, sino también, aquellos de orden supraindividual, como ocurre, por ejemplo, con la salud o el medio ambiente (Ferrajoli, 2014, pág. 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 fisonomía colectiva, a la postre, el sentimiento de inseguridad lo experimentan las personas, es decir, los individuos inmersos en un contexto social determinado.

Mientras tanto Roxin, 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 influjo de la ilustración en este concepto. Para el maestro alemán, la historia real del bien jurídico, como concepto y dogma empieza con posterioridad a la segunda guerra mundial, pues es sólo en ese momento que se empieza a vislumbrar la función crítica del mismo cuando con ese carácter incide en el legislador. Esa faceta, sólo se puede plasmar 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, págs. 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 cristalización de esos objetivos.

Se adhiere por tanto Roxín a la orientación epistemológica de Von Liszt, quien concebía a 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, págs. 168-169). Lo que en términos 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 a la postre, 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 indicó que el bien jurídico era el interés objeto de protección penal. En este mismo sentido, en perspectiva del positivismo jurídico, simplemente se indicaría 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, pág. 56)

En consonancia con este proceso evolutivo, que cómo se advierte, no es de fácil aprehensión, y tampoco pacífico, es evidente que la noción de bien jurídico, tiene un carácter eminentemente social, pero su abstracción se focaliza en la tutela o protección de intereses, que tanto a nivel empírico, como valorativo, ostenta un cuño netamente 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. En efecto, tanto el medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, y 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 pueden colocar 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, es apenas natural inferir, que la persona encargada de acaparar bienes, sabe desde luego, 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 aspiracionalmente 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 criminalidad medio ambiental o 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 es del criterio 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 a la postre, simplemente se encuentra integrada por la suma de saludes individuales de diferentes personas que hacen parte de un referente espacial determinado. (Schuneman, 2012, pág. 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, trajo consigo igualmente 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, ocurriendo lo propio con las consubstanciales sanciones penales. (Berdugo, 2012, págs. 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 tan sólo se expande 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 la medida 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 que su utilización queda condicionada, en tanto sea compatible con el respeto de intereses afines a la colectividad. (Gracia, 2013, págs. 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 erigen 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 macrosocial, y se relacionan en amplia medida con el cumplimiento de fines esenciales del Estado. Dentro de esos fines, por lo menos en el paradigma del Estado Social, se encuentra necesariamente la preservación de las condiciones adecuadas de intereses jurídicos individuales, bastando sólo la amenaza de daño, abandonándose de esta forma la lesión del bien jurídico para mudar a una hipótesis de peligro abstracto. (Balmaceda, 2015, pág. 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 integra 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 que extrañamente la presunción de peligro o de daño se construye a partir del interés que hace parte del fin de la tutela penal, empero 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, pág. 336). En giro diverso se podría expresar, que la presunción de daño sólo opera en el ámbito legislativo, sin que suceda lo propio en el momento postlegislativo, habida consideración 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, finalmente auspicia la judicialización y castigo de conductas sin daño.

De esta forma, tanto las políticas de prevención en materia de seguridad ciudadana, como 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.

Una 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, y ello obedece a que en sus orígenes configurativos, no es menester la consolidación de un resultado objetivo, lo que en términos del tema 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 muchas veces 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, págs. 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 el resultado, el nexo causal, y el daño al bien jurídico, quedando 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 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 presentan 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 igualmente, las dificultades empíricas que se suscitan, no sólo para la comprensión de peligro del bien jurídico, sino también, las complejidades que en contextos cuantitativos emergen al momento de valorar la capacidad de

daño de la conducta que se investiga. (Bacigalupo, 2009, págs. 1383-1385) Estos tropiezos dogmáticos, seguramente en el plano teórico no se alcanzan a dimensionar con suficiencia, empero sí resultan evidentes en escenarios de judicialización y prueba. El tráfico de estupefacientes es una muestra fehaciente de estos obstáculos, 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 de estirpe auténticamente democrático, debe prever que las consecuencias del poder represor no sean inequitativas y discriminatorias. (Binder, 2012, pág. 230) Así entonces, una política criminal con tendencia al alza, igualmente ofrece una menor posibilidad 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, dejándose en un plano subsidiario la función preventiva del derecho penal, función que si bien es cierto debe dimensionarse en una concepción unitaria (Jescheck, 2014, pág. 5), por lo menos 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 paradójico 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, es decir, no ha podido ser especificada con claridad. Y si ello es así, a través de un breve espacio de disertación lógica es razonable pensar, que una perspectiva colectiva de bien jurídico, es decir, un criterio redimensionado del mismo, adolecería igualmente 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 en derredor de la misión de la teoría del bien

jurídico, una actualización de su concepto, función y carácter teleológico, podría traer sensibles consecuencias, no sólo frente a la misión del derecho penal en su cara externa, sino también, en su estructura interna, principalmente en la antijuridicidad.

Esa cara externa del derecho penal, tiene que ver ni más ni menos que 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 por ende 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 substanciales de la dogmática penal.

Un derecho penal de estas características, es decir, 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 suscita frente al derecho penal de las garantías, es el de la pérdida de visibilidad de aquella línea fronteriza con el derecho administrativo sancionador. Pareciera entonces que los contenidos de éste, 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, págs. 188-190).

Bajo estas condiciones, al vaciarse algunos de los contenidos del derecho administrativo, y trasladarse aquellos al derecho penal, su influjo es claramente perceptible, no sólo frente a la

configuración de las categorías dogmáticas, especialmente la antijuridicidad, sino también, 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 de suyo 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 sólo 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 secularmente afianzados en el ideario filosófico de la revolución Francesa. Se conciben así como instrumentos que únicamente adquieren ese carácter deseable, si cautelarmente se han focalizado en la tutela de bienes jurídicos de carácter personal (Berdugo, 2012, págs. 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 anclan sus cimientos en 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, págs. 191-194).

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. Así es, independiente de la faceta que se quiera dar a los intereses objeto de protección penal, esto es, si son del orden individual, o en contrario sentido, 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, debe generar un ambiente de seguridad en el contexto social, es decir, una seguridad cotidianamente perceptible por los individuos. Para este propósito, la herramienta a la que también sin mayores discrepancias se apela, es el endurecimiento de respuestas a los fenómenos 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 mismo, y en esta perspectiva ideal, los mecanismos y estrategias empleados por el Estado para alcanzarla, simplemente ostentan un carácter instrumental.

Aún 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 complejo 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 suscitar, 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 eventualmente en un segundo plano las libertades individuales del sujeto pasivo de la acción penal (Cardozo, 2009, págs. 46-47).

De todas formas, el asunto no es fácilmente conciliable. 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 status 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 plena protección de sus intereses, podría 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 a 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

Pero más odioso es el panorama, si las estrategias político legislativas, huérfanas de una infraestructura integral que las torne materialmente realizables, tienen como direccionamiento estratégico 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 no sólo es

coherente con sus promesas electorales, sino que también, 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, pág. 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 su 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 precisamente 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, no sólo altamente predecible y reactivo, si se orienta a sus consecuencias, sino que además, se edifica un sistema que en perfecta sincronización con la sociedad a la que sirve, encuentra, por lo menos ideológicamente, un nivel de aceptación importante, porque tanto histórica, como contemporáneamente, el diagnóstico de inseguridad, ha sido la fuente de inspiración para que la decaída capacidad de oferta del Estado frente a la criminalidad, simbólicamente adquiera renovados aires con la promoción de

mecanismos de contención que materialmente no alcanzan a ser más que un paliativo incapaz de contrarrestar idóneamente 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 quien pone en vilo el afianzamiento de los ciudadanos con aquellos bienes e intereses que por el tracto social, adquieren un valor importante en la dinámica de la vida. (Díez, 2007, pág. 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.

Sobre el particular, 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, en 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. El hecho de tener antecedentes penales por hurto su autor, habría servido de criterio inspirador para la materialización de la medida restrictiva de la libertad. (Espectador, 2012).

Lo absurdo del asunto es, que frente a situaciones como la destacada en precedencia, el poder del Estado se engrandece, empero paradójicamente 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 precisamente 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 que se trata de fenómenos delictuales que tienen mayor elaboración dogmática, pluralidad de verbos rectores e ingredientes normativos, lo que de suyo implica que su dialéctica de configuración, demanda no sólo el uso de mayores recursos Estatales para su persecución, sino que a su turno, la imposición de medidas restrictivas de la libertad, ofrece mayores complejidades desde la óptica de estructuración de sus fines. 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 igualmente considerarse que el pronóstico de peligro para la comunidad, en una amplia medida se edifica sobre la base de atentados contra el patrimonio económico, la libertad sexual, la integridad personal, 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 afectan 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, págs. 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 teoría del bien jurídico y 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 status 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 abiertamente contrarios a los intereses de la vida humana. Cuando a ese límite de intervención se llegaba, la modalidad de respuesta más idónea era la innocuización del delincuente a través de la imposición de una pena privativa de la libertad. (Von Liszt, págs. 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, pues sólo 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, fundamentalmente se ocupaban de fenómenos criminógenos asociados a la proliferación de conductas delictivas en la urbe. Los temas que con mayor frecuencia se trataron, y de igual forma, mayor preocupación generaron, fueron los de hurtos con violencia, delincuencia juvenil y toxico 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, pág. 206)

En el mismo sentido, el pensamiento de Roxin, es suficientemente ilustrativo 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 condiciones de legitimarse materialmente, si normativamente no se ha edificado para volver una realidad el componente de justicia social. (Roxin, 2002, pág. 49). Y si se habla de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, es evidente que el derecho, idealmente debería estar al servicio de los fines esenciales del Estado, prevaleciendo así el respeto de 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, éticamente adolecen del respaldo para fundamentar castigos.

En Colombia y buena parte de Latino América, debe indicarse que Político Estatalmente, la producción de normas jurídicas, con tendencia inflacionaria en materia delictiva, muestra igualmente 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 perpetradas 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 en exceso de la dosis para 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, solo

van acompañadas de la expedición de instrumentos legales que propenden por un aterrador crecimiento de la detención preventiva, lo que de suyo paralelamente traduce la intolerancia del Estado frente a ciertos focos de criminalidad, que valdría la pena tratar con una etiología 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, 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 a través del pacto social se le han encomendado, es aquella que 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 criminógenos, 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 teóricamente, la misma es perfectamente compatible con el postulado de inocencia que acompaña al destinatario de la ley penal. Todo esto, desde luego, no deja de ser una paradoja, 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, materialmente debe ser descontado de la pena, cuando a una instancia de condena se llega. Como es apenas previsible, muchos casos culminan en absoluc3n, porque la presunc3n de inocencia no puede ser desvirtuada por el organismo acusador. Lo absurdo a la postre es que materialmente el acusado, cumple en la pr3ctica de manera parcial penas anticipadas sin que haya una condena previa.

Dado el car3cter 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 a3n sin el adelantamiento de un juicio previo. Esta potestad del Estado, en s3 misma soberbia y apabullante, puede a veces ostentar una irracionalidad y da3o mayor que el comportamiento que en el 3mbito penal se judicializa con una medida de aseguramiento de detenci3n preventiva. A simple t3tulo enunciativo: el acto del potencial delincuente puede durar segundos o minutos, en tanto que la violenta reacci3n del Estado, que en ocasiones no necesariamente es justa, frecuentemente se extiende en el tiempo durante varios a3os.

En el pensamiento ilustrado de Ferrajoli, el derecho penal, a3n en medio de todo el plexo de garant3as y diques sustantivos que le ha sido impuesto por el Estado de Derecho, se encuentra impregnado de una impl3cita violencia, cuyos bordes 3ticos y morales, no son claramente perceptibles. (Ferrajoli, 2001, p3g. 21) Significa ello, que el s3lo hecho de adoptar la decisi3n pol3tico criminal de judicializar una conducta que se ha catalogado como delictiva, es en s3 mismo un acto que tiene profundas repercusiones de car3cter filos3fico, porque de esta manera el Estado legitima el ejercicio de la violencia para perseguir fen3menos delincuenciales, y con ello, desde luego, la restricci3n de la libertad, la intimidad, el patrimonio econ3mico, 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 principialística, y el realismo explícito de las judicializaciones, que en términos simples se convierten en una negación del desiderátum humanitario 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 del estirpe ilustrado que debe caracterizarle. 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 democracia 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 cualquier 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 ideológicamente alentaron el establecimiento de un orden en el plano electoral. (Bobbio, 2004, págs. 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 que le gustaría fuera tratado si estuviera inmerso en un proceso penal que tiene como propósito reafirmar su inocencia o desentrañar su hipotética culpabilidad. A no dudarlo, 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, odiosamente se transforma en una realidad hostil, esencialmente caracterizada por el uso irracional de mecanismos de represión, en los que debe incluirse el apresurado encausamiento de indagaciones que prematura e irreflexivamente albergan hipótesis delictivas que rápidamente se convierten en caldo de cultivo para la interceptación de comunicaciones, vigilancia de personas, secretismo, 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.

Bajo 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, sencillamente es imperceptible. La razón es simple: la fase preliminar del proceso penal, cualquiera que sea su motivación, se adelanta de espaldas a su interesado, y lo más dramático es, que estando de hecho en curso el proceso, no siempre se alcanza a entender su razón de ser por parte de quien es afligido con su trámite. (Kafka, 2010, págs. 21,22,163).

Aunque dentro 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 sólo quedó en buenas intenciones, porque 15 años después de entrado en vigencia el nuevo Código de las Penas, ya se contabilizan un total de 48 reformas, que como es apenas lógico, apuntan al aumento de penas y 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, fenómeno 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, sólo 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 lo que mayoritariamente considere el 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, págs. 352-354) De nada sirve un sistema que pregone la democracia, sino 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, sí 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. (Constitucional, C-565, 1993)

Tal como se puede observar, no sólo el legislador, sino también, la Corte Constitucional, coinciden en esta oportunidad al pensar que la dureza del derecho penal, y su espíritu pacificador tienen la virtualidad 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 objetivamente 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 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 erróneamente, 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 delincuencia organizada, creó una plataforma represiva en la 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, finalmente fuera declarado culpable, sin conocer los testigos de cargo; desconociendo quien representaba al órgano acusador; y dentro de este mismo orden, ignorando por completo quien 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 aún 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, 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. (Constitucional, www.corteconstitucional.gov.co, 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 espurios 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 que se puede colegir, 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, no sólo 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, sino también, 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 licitud 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 simplemente un 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 extraña, porque en la lógica de sus reflexiones, si la estructura del tipo penal se lleva al campo de la prueba, al no demostrarse objetivamente el despliegue de actividades delictivas en cabeza del sujeto activo, sucumbe la tipicidad de la conducta. Se trata por tanto, de un elemento axial y configurador en el modelo delictivo. De ninguna manera es un simple abalorio dogmático, como peyorativamente trata de hacerlo ver el Alto tribunal.

Se percibe así en el legislador, una tendencia odiosa 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, sino 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 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 de suyo lleva implícito qué sólo importa el afianzamiento de un orden represivo, empero poca trascendencia tienen las consecuencias de los nuevos fenómenos restrictivos en el orden político criminal. (Hassemer, 1999, pág. 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, integridad personal, patrimonio económico y libertad sexual, entre otros.

Particularmente el abuso sexual con 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, no sólo ha expandido el número de delitos, sino también 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 con 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 también, 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 textualmente establece 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 con menor de 14 años de edad.

Tan solo se ha destacado el caso de delitos sexuales, empero la realidad muestra también, que en delitos como la extorsión, el secuestro, 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 cual es, que la respuesta a este tipo de criminalidad, desde las tempranas fases de configuración del proceso penal, debe ser la cárcel del 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 excesos del Estado en la persecución de conductas criminógenas, va en abierta 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 fundamentalmente 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 penas altamente 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 el libre desarrollo locomocional 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 mínimamente, la necesidad sistémica de responder cada día con mayor fuerza a la problemática social que genera el delito. Valga a 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 predicen de un sector de la población que desde el mismo momento en que se construyen las normas, se sabe son sus destinatarios.

Sobre el particular, en la dialéctica de Zafaroni 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, generándose de esta forma un escenario de criminalización secundaria. Se es por tanto criminal sin haber infringido norma penal alguna, porque los criterios de selección elaborados por el legislador permiten a la sociedad identificar quienes 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, sino que por el contrario, es un simple receptáculo de fenómenos criminalizantes (Zafaroni, 2009, págs. 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, éste construye una serie de normas a las que asigna un valor social que amen de no ser objetivamente fundado, se dirige a una sociedad cuya real existencia pone en duda el Maestro Argentino últimamente citado. (Zafaroni, 2009, págs. 24-25) Y surge la incertidumbre, porque la soberbia y egocentrismo de la dogmática penal, generalizan la fuerza de su odioso poder bajo el falso paradigma que a todos alcanzará por igual, cuando es evidente que su capacidad de vigilancia y control, antes que jurídica, policívicamente se impone sólo sobre algunos.

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 marcadamente 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 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, mediáticamente adquieren 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, págs. 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 con 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, amén de su dramática visibilización por los medios de comunicación, automáticamente generan un profundo dolor y repudio de la sociedad. Estos elementos de contexto, estratégicamente son empleados para que ésta, 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, especialmente por su mediatización, tiene un fuerte impacto, no sólo frente a la percepción de la comunidad, sino

también, de cara a las medidas legislativas que asume el legislador, que en no pocas ocasiones, instrumentaliza políticamente el odio y rechazo de estos fenómenos 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 de 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 con 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 con menor de 14 años, el mínimo de pena de castración química, sería de 24 años, y para los actos sexuales, de 18 años. 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 años. Desde el punto de vista constitucional este proyecto, ofrece en realidad serios reparos, fundamentalmente porque se trata de una pena que lesiona dramáticamente 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, amén 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 supremamente 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 claramente 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 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, funestamente 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 púbica 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 pese a formalmente insertarse el derecho penal en escenarios democráticos que deberían fomentar el uso coherente y reflexivo del poder punitivo, sus nefastos efectos se exacerban a niveles insospechados. En muchas ocasiones, por el sentimiento de miedo e inseguridad que en la colectividad, generan 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, tradicionalmente caracterizado por focalizar la protección de 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 fácilmente 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, fenomenológicamente hay reales posibilidades de que tal comportamiento, materialmente se ajuste a las previsiones sistémicas de la dogmática penal, esto es, que dicha conducta supere los procesos subsuntivos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

No obstante, ese acoplamiento ofrecido por el paradigma teórico, y por ende, 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 criminógeno, y surge en estas condiciones un concepto complejo en el orden social, cual es el peligro de cierta clase de comportamientos, peligro que pronto acapararía la atención de los científicos del derecho, por su carácter difuso y etéreo.

Las discusiones por esta nueva fórmula de tipicidad, fueron promovidas en el X Congreso Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en Roma en el año 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. Lo que significa, desde luego, que si se pudiera llevar al plano axiológico la fundamentación de los delitos de peligro abstracto, ésta 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, idealmente deben estar inmunes frente a cualesquier clase de conducta que tenga la potencialidad de menguarlos o disminuirlos. (Vargas Pinto, 2007, págs. 24-25).

A ello obedece, que el desempeño del individuo como ser individual, deba ser intervenido si con sus acciones u omisiones, genera riesgos que impacten negativamente los intereses de

otros individuos. 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 de daño para la salud; la tenencia de armas de fuego sin el permiso de porte o tenencia; o simplemente la conducción de vehículos automotores bajo el influjo de bebidas embriagantes, adquieren crucial importancia para el derecho penal, porque precisamente este tipo de conductas se erige en el caldo de cultivo que traduce daños sensibles frente a la vida, la salud 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 seguridad colectiva, traduce ni más ni menos que 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, aún 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 es destinada para el consumo humano; o como ocurre también, con las sobredosis a estos de algunas sustancias, que siendo permitidas, exceden lo tolerado por el ordenamiento jurídico, generando así un riesgo de daño para la salud de las personas; también se podría hacer alusión a la venta de carne de animales que destinándose al consumo del hombre, 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. De ello se trata, la esencia de esta forma de configuración

delictiva de delitos de peligro abstracto, que a su turno moldea un derecho penal preventivo y sancionador, es la de evitar la configuración de hechos que traduzcan la concreción de riesgos en un resultado objetivo. 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, págs. 226-229).

A su turno Ferrajoli, critica duramente a los delitos de peligro abstracto, porque amén de provocar una tendencia inflacionaria, se trata de una extraña fórmula en la que teleológicamente hay punición, sin que necesariamente haya daño para el bien jurídico; igualmente porque a través de este mecanismo de castigo se describen modelos típicos que protegen bienes jurídicos en los que la abstracción e indeterminación constituye 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 que perfectamente 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, págs. 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, al punto que se indaga 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, 2016, págs. 7-8) Es una preocupación e interrogante con altos niveles de fundamentación, porque a título de ejemplo, no obstante erigirse la seguridad y el medio ambiente en 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 medio ambiental ya se ha producido por sucesos que desde el punto de vista causal se remontan a muchos años de historia. Ello implicaría también, desde el punto de vista probatorio, delimitar contextualmente el escenario medio ambiental, porque si de medio ambiente hablamos, este es un interés del que es titular toda la raza humana y 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 medio ambiental que se haya gestado por comportamientos del pasado, ontológicamente no sea atribuible al transgresor del presente, que paradójicamente podría ser investigado, judicializado y sancionado por hechos objetivamente atribuibles a desconocidos antecesores.

La seguridad igualmente, es interés común de las naciones en el mundo. De hecho, muchas estrategias se tejen en derredor de aquella, cuando la misma se pone en vilo por la ejecución de actos terroristas, que en la mayoría de ocasiones, corresponden a hechos aislados, pero que políticamente a la postre tienen repercusiones 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, no solo generan paranoia social, sino que igualmente vuelven más sensible al legislador, en lo que a seguridad concierne. El miedo y la incertidumbre, se erigen en el soporte ideológico para construir hipótesis de tipicidad en las que un legislador eufórico y reactivo, con el fin de tutelar la vida, integridad personal y tranquilidad de los individuos,

produce normas que sin desvalor de acción en estricto sentido, artificiosamente 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 profundamente incierto con un nivel de abstracción tan elevado, que ni siquiera hipotéticamente es viable construir escenarios que comporten peligro para la seguridad. A ello precisamente 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 absolutamente impredecible y notoriamente difuso, traduciendo a la postre, una ampliación injustificada del campo de acción del derecho penal. (Alonso Alamo, 2015, págs. 51-78)

Desde otra arista crítica, la complejidad epistemológica que arraiga el adelantamiento de barreras de protección penal, metafóricamente es visualizada como una especie de juego en el que se asumen riesgos y estratégicamente se apuesta. Bajo esta línea ideológica, la configuración del ordenamiento jurídico, depende esencialmente 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, y el mecanismo para ello es anticiparse a sus movimientos a través de instrumentos jurídico penales con alto poder inocuizador. (Tamés, 2015, págs. 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 sólo el terrorismo el 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 es potencialmente afectable con la producción de alimentos contaminados; o en este mismo orden, el ejercicio ilegal de la minería igualmente tiene la virtualidad de generar un impacto medio ambiental negativo. Es por ende verdaderamente complejo que el legislador no caiga en la tentación de expandir el radio de acción del derecho penal, y más aún si políticamente es conveniente en su ejercicio.

Se corre por tanto el predecible riesgo que, elaboraciones dogmáticas de última ratio, como sucede con la técnica de los delitos de peligro abstracto, se conviertan en la primer 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 acertadamente 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 extrañamente se ha convertido en un comodín, altamente manipulable y con un nivel de adaptación desmesurado, que puede incluso justificar la creación de conductas delictivas materialmente intrascendentes frente al bien jurídico. Tal como ocurre con el denominado “acoso sexual”. De esta caracterización se vale precisamente para incluso 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, págs. 46-50), ya que

dependiendo de la técnica legislativa a la que se tenga que enfrentar la persona investigada, así mismo 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 sumamente difuso e imperceptible. Lo preocupante para Mendoza Buergo, es que en el marco de la sociedad de riesgo se abre dramáticamente el camino para la protección de intereses jurídicos de orden supraindividual, llegando a un punto en que extrañamente 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, págs. 68-79)

Dentro de esta categoría de delitos de peligro abstracto, entre otros se destacan el tráfico de estupefacientes; atentados contra el medio ambiente; 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 materialmente ningún interés penalmente relevante, empero que al visualizarse contextualizada o globalmente, si puede 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 devienen muy a pesar de que en estricto sentido, el comportamiento evaluado en su individualidad, ninguna trascendencia tenga a nivel general. El riesgo es la repetibilidad de esa conducta, y lo que podría ocurrir si el entorno asume una misma actitud. De ahí entonces 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, págs. 125-127)

Lo fundamental es el riesgo de que ese peligro, 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. Tal como ocurriría con la seguridad en los estadios de fútbol, y el hecho de que la invasión del campo de juego, en estrictez un simple acto de desobediencia de normas de seguridad, se termine catalogando como un delito. Al menos así lo dio a entender la dirigencia del fútbol Colombiano, que el 12 de agosto del 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 materialmente lesiva de la seguridad, lo que sí puede ser dañino para ésta es el riesgo 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 del año

1986, instrumento jurídico emergido 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 medio de 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 criminalmente 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 irracionalmente abrir el camino a una serie de conductas en las que el bien jurídico se ampara de peligros, eventualmente concretables en el plano potencial. O como igualmente son conocidos en la doctrina: 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, mayoritariamente coincide en afirmar que no hay un sustrato epistémico válido en esta técnica de tipificación (Gracia Bogado, 2009, págs. 9-11)

Los obstáculos de comprensión frente a esta técnica legislativa, surgen prevalentemente por dos aspectos de carácter dogmático. En primer orden, porque si haciendo un esfuerzo por asimilar el campo de expansión del derecho penal contemporáneo, podría indicarse que cada modelo de Estado soberanamente está en condiciones de libremente configurar alternativas punitivas en las que bienes jurídicos importantes para la vida en sociedad, deban preservarse del peligro de lesión, lo materialmente evidenciable 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 de suyo 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 también, 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 a 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, págs. 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 extraño parezca, 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 finalmente delimita el contenido y alcance del derecho punitivo, porque el ordenamiento constitucional, no necesita licencia de la dogmática penal en el diseño y puesta en marcha de la política criminal. (Ambos, 2016, págs. 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 finalmente 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, págs. 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 visto empírico, es supremamente complejo ejercer controles reales a la actividad legislativa. La razón, se considera, es elemental: el poder morigerador de la función crítica o de garantía de la teoría del bien jurídico, sucumbe y se difumina frente a lo que político criminalmente 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 y desproporcionado y contrario al principio de mínima intervención, que la invasión del campo de fuego por parte de los aficionados o al menos uno de ellos, se sancione con cárcel, empero, sí ese mismo fenómeno se contextualiza de cara a los fines esenciales del

Estado, sí se tornaría como plausible y constitucionalmente valioso el hecho de que se apelara a esta medida, para proteger la vida, integridad personal y seguridad de las 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 afflictivas 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 que ese riesgo, lejano se encuentre de representar un daño para el interés constitucionalmente valioso. 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 precisamente a que conforme al planteamiento de Uwe Murman, la teoría del bien jurídico, y especialmente 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 simplemente como una etiqueta, debido a la vaguedad y abstracción de su contenido, lo que de suyo 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 las define el derecho constitucional, por lo que a la postre cualquier interés del Estado en la solución del conflicto, finalmente adquiere

ese matiz, sin que necesariamente esa nueva ideología coincida con el orden aspiracional que pretendió construir la teoría del bien jurídico. (Ambos, 2016, págs. 100-101).

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

Bajo esta dimensión lógica, al margen que la edificación 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 finalísticamente el mismo Estado quien tiene la última palabra, y al mejor estilo Bindigniano, 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 necesariamente 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, y más aún, si lo que genuinamente se desea es no expandir irracionalmente 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 perspectiva, 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, adquiriendo 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, el que cuyo daño se criminalizaría a través de esta técnica de tipificación. (Perez-Sauquillo, 2015, pág. 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 por ejemplo, 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 alguna circunstancia, el hallazgo de un arma de fuego sin permiso de porte y tenencia, disminuyó en la población las expectativas que tenían 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, sólo 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 externamente en el tráfico social.

Con la criminalización de la conducción de vehículos automotores bajo el influjo de bebidas embriagantes, emerge igualmente palmaria la dificultad de corroborar la producción de un resultado objetivo, dado que en no pocas ocasiones, tanto la inmovilización del velomotor, como 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, su capacidad de confianza y disfrute, materialmente no se vería diezmada en realidad.

En punto de la ilegitimidad de los delitos de peligro abstracto, Corcoy Bidasolo es del criterio que el derecho penal contemporáneo con su marco de expansión en el ámbito medio ambiental, tráfico vial y la economía, parte de un supuesto errado, cuál es que por los nuevos riesgos que genera el desarrollo social, el derecho penal, debe igualmente ampliar su portafolio punitivo. Se parte así de una especulativa presunción de antijuridicidad social. Y es a su juicio

equivocado ese direccionamiento, 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 obvia. Así por ejemplo menciona que, una irrupción en la vida privada, no necesariamente lleve 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., págs. 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 coherentemente 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 precisamente uno de sus presupuestos es la ausencia de antijuridicidad, habida consideración 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 fundamentalmente 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, que se muestra partidario de la tesis que prohija la aceptación político criminal de los delitos de acumulación, cuando la repetibilidad de ciertos comportamientos, y el carácter previsible del mismo, afecta la funcionabilidad del bien jurídico y su disposición por parte de la colectividad. (Truccone Borgoño, 2013, págs. 77-82).

No deja de ser extraña igualmente 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 igualmente ser asumido por otras personas a gran escala. Es algo así como una cadena de riesgos causalmente promovida por individuos que pese a no obrar intersubjetivamente sí tienen la capacidad de prever que su desempeño social en un momento dado podrá igualmente ser asumido por mas seres humanos, que sin necesariamente estar de acuerdo, implícitamente coinciden en que su conducta ofrece un

marco de daño para el medio ambiente. Se trata de una alternativa en la que bien podría arguirse que lo perseguido es castigar punitivamente 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, págs. 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 bajo estas condiciones el camino a criterios de política criminal que propenderían por la expansión de nuevas conductas criminógenas que consubstancialmente se incrementarían en la medida 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 sociales, las estrategias que adopte el Estado dentro de sus políticas públicas, deberían estar encaminadas, por ejemplo, a asignar igualmente 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 igualmente, un papel importante jugaría el derecho administrativo, que incluso con un mayor nivel de eficacia tendría la aptitud de intervenir el orden social y con ello minimizar el impacto de los riesgos que hipotéticamente tendrían la virtualidad 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 permanentemente diagnósticos de aquellos riesgos que se presentan en la comunidad, y que los mismos sean conjurados con medidas administrativas. Aquí si valdría la anticipación de barreras de protección, para simplemente 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 criminalmente válida la criminalización de conductas de manera anticipada, y lo postula cuando su uso moderado se circunscribe para proteger a la especie humana de daños que potencialmente conspiran contra su existencia; así como también, frente a conductas, que aún sin afectar al hombre en estricto sentido, tengan la aptitud 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, igualmente

deban captar la atención del derecho penal, sin dejar de lado que el principio de precaución necesariamente debe visualizarse como una alternativa político criminalmente restringida con un criterio de excepción, cuál es que su radio de acción sólo puede operar frente a conductas particularmente graves. (Gómez Tomillo, 2014, págs. 84-88).

La complejidad y el riesgo que se evidencia en la propuesta del maestro Español radica en que precisamente 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 no sólo como seres individuales, sino también, 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, y lo que consubstancialmente ello traduce es un marcha triunfal de la expansión del derecho penal. Lo complejo de esta clase de modalidades típicas, fenomenológicamente inspiradas en un juicio de peligro hipotético e incierto lleva a paradojas en las que aún en medio de la incertidumbre se pune 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, altamente 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 altamente 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 tiene la vocación de describir una acción u omisión en estricto sentido, sino que por el contrario tan sólo sirve de referente para describir 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 tiene hermanos, hijos, amigos etc.

Las circunstancias destacadas en precedencia, son precisamente las que con válidas razones han llevado a Struensee a catalogar a los delitos de tenencia como “un traspie legislativo” (Struensee, 1998, págs. 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 que desde el punto de vista ontológico, esa relación entre el individuo y la cosa que fue hallada en su poder, lejos esté 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 lleva al siguiente absurdo: la inidoneidad 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 edifica 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 sólo una parcela o postura teórica, dogmáticamente cimentada en factores de causalidad corporal, pero en realidad, asegura el Máximo 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 sólo 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. Se sigue de ello, que si hay tenencia, en todo momento el sujeto activo de la acción punible, detenta dominio funcional de la posesión del elemento jurídico penalmente relevante, bien sea por acción u omisión. Así entonces ejemplifica, que la tenencia de drogas, explosivos o pornografía infantil, se encuentran al alcance del sujeto activo, lo que de suyo ubica al mismo en un ámbito situacional que le permite ejercer actos dominio, control y custodia sobre elementos que definitivamente tienen la aptitud 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 aptitud para lesionar bienes jurídicos. (Roxin, 2013, págs. 153-161)

Por tanto, Roxin 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, objetivamente se atribuiría 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, tendrían que llevar al juzgador a pensar que su tenencia tiene una marcada tendencia criminógena.

Esta interpretación, definitivamente 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 perfectamente 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, no sólo desprovistas de daño, sino también ajenas a cualesquier

manifestación de culpabilidad, habida consideración que el llevar consigo un arma de fuego o sustancia estupefaciente, incluso con dolo de tenencia, no necesariamente equivale a pensar o suponer, que la vocación de esa tenencia se encuentre visiblemente antecedida de un ánimo criminal. De hecho, el ser plenamente consciente de conservar o llevar el elemento que materialmente 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 dogmáticamente 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, dependiendo de la cantidad encontrada en poder de la persona. Si ésta superaba mínimamente 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 auto consumo 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, tan sólo 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 5 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, págs. 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 para 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, tanto la doctrina, como 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 que su radio de alcance sólo compromete la vida privada y salud de quien la porta y consume, obedeciendo 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 eminente 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 forzosamente debe intervenir el mismo Estado con actos positivos de rehabilitación, debidamente 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 punitiva definitivamente no es una opción válida. Por ende, el menoscabo de la salud de una sociedad, derivado del consumo de sustancias toxico dependientes, demanda de políticas integrales en las que la flagelación punitiva del enfermo, ni siquiera podría 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 y cimientos 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.

Esta circunstancia sin embargo, 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, doctrinariamente conocida como causalista. Como pionero y precursor de este paradigma se sitúa al Maestro Italiano Francesco Carrara, que para el año 1859 e inspirado en las enseñanzas de su profesor Carmignani, postuló 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 status 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 consubstancialmente traduce como resultado el hecho ontológicamente valorado como delito, fundamentalmente 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, págs. 61-88)

Se edificaba 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 por ende, o el afectar la integridad personal de un individuo, partían naturalmente 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 materialmente hay un efectivo peligro para el bien que se protege. Lo que no es jurídico penalmente 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 sólo 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, 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, págs. 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, especialmente 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 sólo la acción y el resultado con significación para el derecho penal, se enarbolan como presupuestos trascendentales del comportamiento disvalioso. La acción, y el movimiento corporal como eje precursor de la generación de un daño para el bien jurídico, ciertamente son elementos delimitadores del juicio de tipicidad, empero 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 sólo pueda explicarse a partir de la acción corporal generadora de dicha consecuencia. (Von Liszt, 1927, págs. 297-307)

Aunque luego del esquema clásico, surgieron otras líneas de pensamiento del delito, como la escuela 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 antijuridicidad, se caracterizaban porque eran preponderantemente objetivos, definitivamente habían 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 precisamente la característica de los tipos penales de intención; en los delitos de tendencia, objetivamente el comportamiento a los ojos de terceros, es susceptible de idéntica calificación, empero 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, págs. 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 el que le da un 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, empero 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, págs. 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, finalmente se concibe 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 consubstancial análisis es desde luego el nexo causal que debe unir a la acción u omisión con el resultado que a la postre 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 edifica sobre la base de que sólo 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 postuló como la “barrera infranqueable de la política criminal”, para contrariamente erigirse en un criterio positivo de la configuración del derecho punitivo. (Hassemer, 1999, págs. 39-47)

Se asumen entonces 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 alientan la construcción de nuevos tipos penales que llevan consigo una impronta característica, cual es la de 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 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 podría generarse un escenario involutivo en el que los individuos y la sociedad se instrumentalizarían 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, págs. 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, no sólo se debe ponderar para favorecer las políticas de mercado como si fuesen un fin en sí mismo, sino que de cara al nuevo orden constitucional, lo que debe igualmente sopesarse es, que ese direccionamiento debe estar al servicio del hombre y la

sociedad. En ello radica la esencia de un Estado democrático, que atendiendo a su configuración política, debe naturalmente diseñar la política criminal sobre estándares de mínima intervención.

No se desconoce, que aún 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, todos aquellos intereses que como ser individual hacían parte de su esencia. Como sucede con la vida, libertad, honor, salud, bienes y 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, no sólo su seguridad, sino también, 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, págs. 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, de todas maneras debía ser 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 edificaba sobre bases de un verdadero daño potencial, y no como una simple proyección de peligro meramente legislativa, que es la tendencia contemporánea predominante.

Surgen entonces con el cambio de paradigma que representan los delitos de peligro abstracto, 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 material afectación 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 orden a este contexto, el riesgo, la violencia e inseguridad se acrecientan, con lo que de suyo la percepción social acerca de los fenómenos que la desestabilizan, estratégicamente es utilizada para hacer política. En estos términos, el miedo y el sentimiento de inseguridad a gran escala, sirven no solo para darle el ropaje de bien jurídico a la seguridad ciudadana, sino también

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, terminan por hacer prevalecer los derechos del ciudadano, sobre los derechos del delincuente. (Hassemer, 1997, págs. 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, pág. 91)

Frente a nuevas formas de criminalidad, es decir, en contextos donde la criminalidad llega a un nivel de sofisticación importante, y con una congruencial 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 capacidad de respuesta, se congele en el tiempo, intentando, en no pocas veces inútilmente, reaccionar 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.

Pero 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.

La complejidad del problema es, que conforme a evidencias empíricas, no sólo constatables en Colombia, sino también, en todo el mundo, la tendencia al alza del derecho punitivo ha dado lugar a su desbordado ensanchamiento, generándose 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 dramáticamente los derechos y garantías de quienes se dice, atentan contra el ordenamiento jurídico. Se erige entonces 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, tanto en la parte substancial del derecho penal, como 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 substancial, su poder de amparo depende del contenido intrínseco de ésta.

Se sigue entonces de lo expresado, que si la norma punitiva cuyo acogimiento reclama el Estado, esencialmente se caracteriza por ser altamente 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 sensiblemente 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 jurídicamente relevantes plasmados en la acusación. A ello, debe sumarse que se prescinde del juicio de antijuridicidad, que al no requerirse, prácticamente 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 edificada la norma sancionatoria, su labor queda reducida a un mero proceso subsuntivista que dejan su determinación huérfana de importantes raciocinios. Se observa entonces, que en tipos penales donde se protegen bienes jurídicos en abstracto, la tradición garantista del derecho penal liberal se morigera o disminuye de manera substancial.

Como hasta el momento, las fórmulas de tipicidad que se orientan 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 resultar compatible 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 efficientistas, visiblemente 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 materialmente 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 igualmente congruencial a 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, particularmente 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, no sólo en el manejo de la política criminal del Estado y administración de recursos humanos para la judicialización de casos penales, sino también, en la edificación de normas punitivas. Las consecuencias, necesariamente 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, y dentro de dicho estudio, necesariamente 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, no sólo se puede visibilizar para restringir garantías de los miembros adheridos al contrato social, sino igualmente para establecer límites objetivos al odioso 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 igualmente despreciables, como sería el hecho de no punibilizar algunos comportamientos susceptibles de castigo, debido a la entidad de los bienes jurídicos que con ellos resultan comprometidos.

Pero lo cierto es, que ese estado 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 edificarse a partir de contextos reales, y por lo menos en alguna medida, no es incoherente pensar, que las preocupaciones de otras latitudes, sean igualmente 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, por excelencia cuna 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 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 ésta, 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, págs. 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 o instante de erigir algunas conductas en comportamientos delictivos, su capacidad de daño, no sólo se vislumbre desde una perspectiva teórica, sino que en términos específicos el derecho penal intervenga para que las políticas estructurales del Estado, se vean reflejadas en la promoción de un derecho penal que involucre dentro de su catálogo sólo aquellos modelos criminógenos que son vacilares en la consolidación de sus fines esenciales. No es coherente que un modelo de Estado de estirpe democrático, 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 idealmente la normatividad 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 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, tendría que fijar 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 lesividad, tendría que encontrar como correspondencia, una mínima reacción político estatal, porque necesariamente la dañosidad 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 sensiblemente 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 intemporalidad al paradigma punitivo que se edificó a partir de concepciones teóricas que se ajustaban a las necesidades sociales de mediados del siglo XX. Sin embargo al mismo tiempo, se tornaría igualmente 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 ésta 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, no sólo las nuevas tendencias que se estima mejoraran el saber o la ciencia, sino también, 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, págs. 116-126).

Lo propuesto por Kuhn, es desde luego particularmente relevante para la ciencia del derecho penal, que en toda su dimensión, recurrentemente 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 sólo 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 igualmente, surgen novísimas fórmulas de tipicidad y atribución de responsabilidad penal, que se diseñan porque los esquemas predecesores, carecen de una estructura dogmática suficientemente 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. Siendo entonces consecuente con la propuesta diseñada, los delitos de peligro abstracto en su proceso de reingeniería, no sólo deben encaminarse a tutelar bienes jurídicos esenciales, dogmáticamente ponderados a partir de criterios de orden constitucional, sino que igualmente, la pena, como su consecuencia jurídica, debe lógicamente ser menor a las tipologías que contemplan la producción de un resultado objetivo, o su efectiva puesta en peligro.

Significa lo expuesto, 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, tanto los parámetros de selectividad en el bien jurídico, como proporcionalidad en la sanción punitiva, encontrarían su anclaje en el nuevo orden constitucional que explícitamente incorporó a la carta política estas dos instituciones dogmáticas.

Solo resta expresar, 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, y que en el marco de aprobación de aquellas disposiciones legales, fundamentalmente 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, igualmente deberían 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, sólo se tendría que acudir al Consejo Superior de Política Criminal, cuando las políticas en materia de seguridad social, salud, educación o medio ambiental, 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 políticas públicas 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 medio ambientales no se resuelven con cárcel para los obreros que viven de la minería. Lo ideal es generar políticas medio ambientales sostenibles, que dentro de una lógica de intervencionismo estatal, no sólo se consoliden como modelo de desarrollo y fuentes de empleo, sino igualmente, como auténticos mecanismos de preservación del medio ambiente.

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.

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 erigiera en un criterio orientador, no sólo de la fase de juicio oral en estricto sentido, sino igualmente 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 sólo sea posible cuando haya sido vencido en juicio oral con una sentencia condenatoria en firme y ejecutoriada.

Lo deseable en una sociedad contemporánea, correlativamente 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, recibiera íntegramente el tratamiento de inocente, empero la realidad, es substancialmente 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, que si bien es cierto su presunción se postula, para llegar a un inocente, aunque extraño parezca, primero se debe sospechar de él, pues si este principio tuviera un carácter absoluto, sería imposible iniciar indagación penal en contra de persona alguna.

No en vano, con suficiente razón, Ferrajoli es del sentir, 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, con 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, tan sólo cumple una banal función mistificadora. Y es ese alejamiento el que le permite visibilizar el garantismo bajo dos perspectivas: en un primer plano, un nivel alto, que se ve reflejado, si se contempla 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 dramáticamente bajísimos. En orden de estas circunstancias, válidamente aduce que una constitución prolija 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, págs. 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, no sólo se limita a los actos de privación de libertad con medidas cautelares de orden personal, sino al 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, más aún si el mismo se hace de cara a la colectividad.

De esta forma, el carácter mediático y público de algunos procesos penales, atacan 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, 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 naturalmente 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, cual es, que por criterios estrictamente normativos, aunque la inocencia se presume, y de hecho, la imputación, por ejemplo, es un escenario procesal muy incipiente en el que lejos está de desvirtuarse esta prerrogativa, de todas maneras la detención preventiva se justifica porque, hay que preservar la paz y tranquilidad de la colectividad; así como también, asegurar la comparecencia al proceso del presunto infractor de la normatividad penal; y evitar una eventual obstrucción a la administración de justicia.

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 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, págs. 196-197). Un escenario de estas características, evidentemente conspiran flagrantemente en contra de 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 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, págs. 225-226). Esta cruda realidad demuestra, que la perpetuación de la historia ha llevado al Estado a construir un círculo vicioso en el que odiosamente 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 la normatividad constitucional, 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 detención preventiva en tiempo real, el segundo, simplemente en un plano de lo deseable la proyecta como una medida de carácter excepcional.

Y es una realidad que no deja de ser desconcertante, porque aunque unánimemente la doctrina y jurisprudencia catalogan a 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 la falta de coherencia político criminal, 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 consubstancial afianzamiento de inmunidad que le asiste al destinatario de la ley penal, en especial para frenar el poder punitivo del aparato represor. (Fernández Lòpez, 2005). Para algún sector de la doctrina, ciertamente la presunción de inocencia es un principio orientador, pero no del proceso en su amplia generalidad, sino tan sólo 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 tipicidad de la conducta, como la correlativa responsabilidad penal del llamado a juicio. (Fleming Abel, 2008, págs. 28-31).

En una postura ideológica similar, Ferrajoli es de la perspectiva 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, págs. 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 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, págs. 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, no sólo deben dimensionarse en contextos valorativos de duda, sino igualmente bajo circunstancias en que la acusación se encuentra huérfana de asidero demostrativo. (Gòmez Colomer, 2013, pág. 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, no sólo el castigo generalizado de los culpables, sino igualmente la protección integral de los inocentes frente a las odiosas embestidas punitivas del Estado. (Ferrajoli, Derecho y Razón, 2001, pág. 549)

Desde el año 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, pág. 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, págs. 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 encausar 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, se incorporan en la convocatoria a juicio, concursos de conductas delictivas o circunstancias de agravación punitiva de manera irregular. Sucede ello 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, no sólo dispone de la acción penal, sino que igualmente 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, no solo el principio de proporcionalidad de la pena, sino igualmente 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 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; 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 substancialmente distinta y se debe concentrar esencialmente en la indemnidad de las garantías fundamentales, al margen que su poder decisorio no coincida con las expectativas de aquellos actores institucionales o sociales interesados en la solución del caso. (Ferrajoli, 2009, págs. 26-27)

A su turno, Roxin se muestra igualmente partidario de una ambivalencia importante que debe caracterizar al moderno derecho penal. No sólo se trata del despliegue desbordado del “Estado Leviatán” en la persecución del delito con miras a prevenir futuros quebrantamientos del orden jurídico penal, sino que igualmente el ordenamiento punitivo debe contemplar instrumentos normativos que idóneamente controlen el establecimiento de penas severas con la entidad suficiente para lacerar, principios como el de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad. (Roxin, 1997, págs. 137-138) Se deben imponer por tanto, límites objetivos al empleo de la potestad punitiva del estado, y ello en realidad sólo es posible 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 sólo en el ideario propio de la ilustración desde Beccaría, sino igualmente 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 igualmente expuesto a una serie de matizaciones y relativización que en la práctica ponen en vilo su valor teórico, político y filosófico.

Bajo esta dimensión lógica, 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, idealmente 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 ésta 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.

Quiere significar lo expresado en antecedencia, que la presunción de inocencia no sólo es una garantía de inmunidad del imputado o acusado frente a la vocación criminalizante del Estado, sino que en ese mismo orden, se erige en una infraestructura que sistémicamente debe condicionar aquellos actos con la aptitud de afectar derechos y garantías como la inviolabilidad del domicilio; la intimidad; y la libertad personal, entre otros. No es gratuito por ende, que la adopción de este tipo de medidas, con estrictez sólo se puedan adoptar 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, fundamentalmente se ha estudiado y analizado la presunción de inocencia como un principio y criterio que debe gobernar el desarrollo del proceso penal. Se torna ahora

necesario proceder a contextualizar lo que ha sido el desarrollo conceptual de esta prerrogativa a nivel 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 su morigeración

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 por lo menos a título aproximativo, cuál es su verdadero alcance, y especialmente visibilizar las diferentes connotaciones que dinámicamente 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 carezca de medios cognoscitivos para indiciar a persona alguna, difícilmente puede resultar comprometida la presunción de inocencia.

Con todo ello, el curso de las indagaciones es empíricamente diverso, como variable es igualmente, tanto el desarrollo de tareas investigativas, como la percepción de quien ejerce la acusación. De hecho, con la formalización del proceso penal, de diversa índole pueden ser las medidas que se adopten para asegurar, tanto la comparecencia al juicio de quien ha sido imputado, como aquellas 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 constitucional, al margen de que el convocado a juicio, padezca o no alguna medida afflictiva, su estatus sigue siendo el de inocente.

Este tipo de vaivenes, y las diferentes variables que asume la presunción de inocencia en su fisionomía ha 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 comprende, tanto su identidad originaria como principio informador del proceso penal; el carácter de regla de tratamiento del imputado; su impronta como regla probatoria; y 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 antecedentes.

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

Sí 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 substanciales impuestos

a los embates del estado, que en todo caso, no tiene el poder de disponibilidad sobre la vida de los hombres, su libertad e integridad personal, dado que su alienabilidad, depende necesariamente de ventajas obtenidas en su concesión para los individuos. En ese orden lógico, ninguna prebenda seguiría después de la muerte; 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, sólo si representan seguridad para los bienes e intereses esenciales del ser humano. Lo propio ocurriría igualmente con la presunción de inocencia, en la medida que nadie renunciaría a ella, si se parte de la base que la acusación es un despliegue de fuerza a la que todo individuo reflexivo debe forzosamente resistirse. (Hobbes, 2000, págs. 114,121). Como se observa entonces, 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 la restricción de garantías del ciudadano como la libertad y presunción de inocencia. Contrario entonces a lo que podría pensarse, la presunción de inocencia ha tenido un importante valor histórico, que de hecho es incluso previo al surgimiento de un derecho penal liberal.

Por eso Ferrer Beltrán 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 penalmente responsable del delito por el que se le juzga; indicando igualmente 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 visibilización 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, terminan dando preponderancia a este último planteamiento. Lo preocupante de las tesis compatibilistas de la presunción de inocencia con medidas cautelares es, que una de sus hipótesis justificatorias son los pronósticos de reincidencia, alternativa que encierra en su opinión una estruendosa paradoja cual es, que se trata como reincidente a quien ni siquiera ha incidido primigeniamente en la ejecución de conducta delictiva alguna. (Ferrer Beltran, 2010, págs. 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 esa ser 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, págs. 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, materialmente 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 eminentemente 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, y según su pensamiento, la detención preventiva como medida cautelar, únicamente se justifica en situaciones de orden fáctico a partir de las cuáles fundadamente se logra establecer 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 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 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 criminalmente válida, siendo tan evidente ello, 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, págs. 46-49)

Con todo lo expresado, debe precisarse que las dificultades operativas de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, no sólo se suscitan al interior del proceso penal, sino que de manera frecuente ocurren de cara a factores externos que comprenden, no sólo la adopción de medidas emergentes de orden legislativo, sino igualmente 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 principalística, 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 odiosos 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, tendencias que por su falta de proyección y estudio, marchan en abierta contravía con el sistema de garantías previsto, no sólo en la parte dogmática de las Constituciones modernas, sino igualmente en instrumentos internacionales tales 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 al interior del proceso penal; lo propio ocurre con el artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como también, el mismo postulado contempla la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 6-2, entre otros.

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 libre desarrollo locomocional, pierde importantes posibilidades de organizar idóneamente su defensa. Es por ello que el insigne jurista Italiano propone que lo ideal es que la cárcel se eliminase 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, págs. 555-559).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recientemente 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, no sólo la dramática cantidad de casos en los que indiscriminadamente se apelaba a la restricción de la libertad, sino que

igualmente, 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%; ocurriendo lo propio 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 elevadísimos porcentajes de presos sin condena. En el caso Colombiano, la cifra antes mencionada corresponde al cierre del año 1997, sobre una cantidad total de 43221 privados de la libertad, de los cuales 19816 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 al 31 de diciembre de 113884, que en términos reales implicaba una cantidad de 34165 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 expuesto, legitima entonces profundamente las voces de los disidentes teóricos de tan odiosa medida, pues no sólo en el caso Colombiano, sino igualmente 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 estrepitosas con pronóstico de tendencia al alza, dejan una evidente impresión cual es, que el legislador encuentra en el derecho penal y sus violentas embestidas, una alternativa

importante, es decir, no lo concibe 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 desde luego, el desbordado expansionismo del derecho penal, y el consubstancial 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 no obstante el sistema interamericano de derechos humanos, tener 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 peligro para la comunidad se constituyen en los factores que desde el punto de vista argumentativo, facilitan 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 en coetaneidad con la implementación de los sistemas de enjuiciamiento criminal inspirados en la oralidad, desde el año 2003 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, los llevó en su inconsciente a correlacionar cárcel con justicia. De esta manera, las restricciones de libertad originadas en delitos menores por situación de flagrancia, si bien es cierto, se celebraban en un principio, a la postre no eran bien justipreciadas 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, págs. 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 sumamente complejo que el imputado o acusado de un delito, legítimamente sea tratado como inocente, más aún si factores de orden estrictamente sociológico, o sea, completamente ajenos al auténtico rol de un juez demócrata, inciden negativamente, no sólo en los procesos legislativos, sino incluso 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, igualmente 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, emergen tan pronto se instaló el sistema penal acusatorio, como resultado de una ideología social y policiva que tiene en sus cimientos, una nociva concepción, 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 mismo 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, no sólo había que capacitar a fiscales y jueces para enfrentar el nuevo modelo, sino que en forma paralela debían realizarse actividades de pedagogía social que permitieran entender a la colectividad, 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 igualmente 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 altamente condicionados por el influjo del sistema inquisitivo. Quiere ello significar, que 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 fue en

realidad nada fácil, lo que de suyo tuvo igualmente un impacto desfavorable en la presunción de inocencia como regla de tratamiento. La razón es elemental: no sólo tenía ésta en contra los prejuicios sociales, sino igualmente 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, cuál es el del rango de validez sociológica que puede ostentar un sistema jurídico, que para efectos del tema ocupante 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, se centra en las limitadas posibilidades que tiene el derecho para intrasistémicamente 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 sólo ve reflejado su ámbito de validez en normas que sirven de soporte para construirlo y darle vigencia, no teniendo por ende ninguna capacidad de influjo e injerencia de cara a 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 definitivamente 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 potencializa 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. (Habermas, 2010, págs. 114,146)

Acogiendo entonces el planteamiento teórico de Habermas, debe indicarse que ciertamente 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 sólo se encierren en el laberinto del proceso penal, 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

encausamiento 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 no obstante 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 los Jueces. 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, transmiten una idea consistente en que los jueces garantistas, fomentan aún más el clima de inseguridad que afecta a la comunidad. Adicionado a ello, debe entenderse, que tanto la presión de los medios de comunicación, como el fuerte reconocimiento que han venido ganando los derechos de las víctimas, mitigan igualmente 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 visiblemente la independencia de fiscales y jueces. (De process of law Foundation, 2013, págs. 46-51, 75-84)

Todos estos elementos, unos de orden institucional, y otros de orden sociológico, golpean evidentemente la autonomía de los jueces penales. Dicha injerencia no sólo tiene impacto directo frente a su independencia, sino que de la mano de ello, 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 paralelamente 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 los que se ve sometida la autonomía e independencia del Juez. Y no sólo es este marco de garantía que resulta menospreciado, sino igualmente 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 emitir 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 dramáticamente 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 artificiosamente 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 también, 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 sólo un 16% no le daba crédito. (Ulianov Tapia, 2013, págs. 100-109)

El costo y daño que frente a la presunción de inocencia como regla de tratamiento pueden tener los rumores, no sólo se ve reflejado en el daño espiritual y moral de quien se presume inocente, sino 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 paradójico, 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 dramático 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, menores posibilidades tendrá el sospechoso de ser tratado como inocente.

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.

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, sólo resta 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, lo que de suyo 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 significa, 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 finalísticamente decidir acerca de la culpabilidad o responsabilidad penal del acusado. Examinada esta situación en términos abstractos, en apariencia no suscita mayores problemas, habida consideración que en ausencia de irregularidades substanciales que afecten el debido proceso, corresponde al juez optar por una determinación afín con alguna de las partes trabadas 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 pretende desentrañarse 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 sólo 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 absolucón, 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 tiene 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 en la medida que 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 en una lógica secuencia jurídica 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 derredor de las hipótesis que tornarían legalmente viable el afianzamiento de la presunción de inocencia como regla de juicio. Dicho en otros términos: a nivel epistemológico, 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 Beltran, 2010, págs. 20-21)

A pesar de las profundas reservas que tiene Ferrer Beltrán, respecto del grado de validez que ostenten eventualmente 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 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 igualmente qué, 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 estando 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.

Acerca del tema, Taruffo es de la perspectiva que no necesariamente las corrientes subjetivistas, se erigen en el único criterio que tiene a su alcance el juez para valorar la prueba. 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 igualmente 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. (Taruffo, 2008, págs. 23-24).

Los métodos sugeridos por Taruffo, si bien es cierto, no postulan un estándar de prueba absolutario predecible, favorecen el reconocimiento legal de la presunción de inocencia en su faceta de regla de juicio. Ello obedece a que parten de la base 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 sana crítica, los cuales tendrían la capacidad fundacional de soportar la duda que le asiste al juzgador, al margen de que ésta no sea estratificable o dimensionable a nivel cuantitativo.

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 conexión epistémica con el pensamiento de Taruffo, la doctrina Colombiana es del criterio 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, no sólo como principio orientador del proceso penal, sino

igualmente 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, págs. 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 aspiracionalmente debe promocionar un proceso penal de orden garantista es que, la falibilidad de toda obra humana se vea reflejada en decisiones que favorezcan los intereses del acusado. En términos reales ello supone que en las sentencias proferidas por los jueces, sí 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, págs. 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 igualmente 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. Quiere ello significar, que dentro de un orden de probabilidades lógico, las bases cognoscitivas de la acusación, eventualmente podrían ser el sustento epistemológico y valorativo del juez, si en medio de la práctica probatoria se logra persuadir a éste, del alto poder de convicción que ostentan los testigos de cargo. No en vano, el conocimiento más allá de toda duda, racionalmente depende 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 sólo una dimensión axiológica si en consideración se tiene el orden de valores y garantías que imperativamente debe contemplar y acoger la fiscalía antes de judicializar a un ciudadano, sino que igualmente la responsabilidad del estado al fomentar un proceso penal, debe estar soportada ético 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, sólo 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 por ende de este contexto de apreciaciones, que la presunción de inocencia como regla de juicio, necesariamente debe estar fundada en un importante nivel cognoscitivo que la acusación ha llevado al juez en derredor de 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, naturalísticamente deben coexistir en su fuero interno, razones para pensar que el acusado podría ser culpable.

2.2.2.1 La presunción de inocencia. Su relación conceptual con el principio in dubio

pro reo. 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 anteriores a las de 1978 y 1991 en su orden. En el caso Colombiano, sólo 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, sólo 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 era el in dubio pro reo, el instrumento que aún 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 precisamente se entendía 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 que con indicios, confesiones y tormentos, recurrentemente era vencido en juicio el reo. No deja de ser paradójico, que aún con el tránsito a la ilustración y la flexibilización de las penas, el indubio 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, es del criterio 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 ésta. No en vano, cuando hay ausencia de regulación legal en derredor 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 precisamente que de cara a una decisión definitiva al interior del proceso penal, en caso de que medien dudas, el caso debe ser resuelto a favor del inculpado. (Bacigalupo, s.f.).

Se observa entonces, que no obstante la importancia histórica del *in dubio pro reo* como criterio de absolución 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 forzosamente vinculara al juez en su rol como administrador de justicia; de otro lado, vale igualmente considerar, que la pérdida de valor vinculante, dificultaba particularmente en España su reconocimiento en el ámbito jurisprudencial, principalmente en las demandas de casación.

Debe adicionarse a lo indicado, que las dificultades operativas con las que nació a la vida jurídica el *in dubio pro reo*, 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. Una postura en este sentido, no deviene de un odioso 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 sólo ha tenido un importante desarrollo conceptual cuyo rendimiento no se aprecia evidentemente reflejado en la praxis judicial. (Ferrer Beltran, 2010). Como ya se indicó en otro apartado, ello no significa que la presunción de inocencia en la dimensión 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 sólo hasta ahora, porque dada su dimensión 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 también, la consubstancial 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 ostentan una cualificación especial cual es que, 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 de elemental lógica, 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 ello, 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 triada 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 sólo se desvirtúa con actividad probatoria de cargo desplegada por el órgano de la acusación, y unánimemente 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. Quiere ello significar, que la calidad de la información producida en la actividad probatoria, necesariamente debe 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 epistemológicas por parte de Taruffo, 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 necesariamente es aquella que se funda en el descubrimiento de la verdad, sino por el contrario, en la estratégica constatación de una propuesta de parte, que no necesariamente se ajusta a la realidad de los hechos. Lo prevalente viene siendo la solución del conflicto, sin que el contenido de justicia 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, no sólo se resuelvan a través de decisiones injustas, sino igualmente inspiradas en hechos erróneos, lo que a la postre lleva a absurdos, en los que tanto la justicia de la decisión, como la clara y perfectible 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. (Taruffo M. , 2010, págs. 124-136).

La propuesta del maestro Italiano, de alto calado como toda su producción intelectual, se comparte en una amplia dimensión, porque en esencia, 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 tornan altamente predecibles, 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 fundamentalmente el establecimiento de la verdad, ya que lo prevalente es la fluidez en las decisiones que se adoptan al interior de 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, pág. 128).

En consonancia con lo expuesto, la habilidad discursiva que tenga la parte en el interrogatorio cruzado; así como también, 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 perfectamente 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 artificialmente 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 cual es, que su estructura es de carácter adversativo, y al ser en esencia 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 aún en dimensiones importantes, 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, tan sólo 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 idóneamente atacar la acusación.

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 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, sino se le comunica en el ámbito preliminar, que hay averiguaciones que lo pretenden vincular como autor o partícipe de un delito. Se puede decir entonces, que en la indagación, el Estado con toda su parafernalia e infraestructura investigativa, construye hipótesis incriminatorias 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 substancialmente inferiores, porque los términos del juicio, a diferencia de la fase de indagación, son estrictos y perentorios, y paradójicamente 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 necesariamente se desarrolla con el enfrentamiento de dos hipótesis, ya que recurrentemente, sólo 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, este fenómeno 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, lo que de suyo significa, que los procesos de valoración probatoria, por más racionales que sean, están substancialmente dirigidos a

justipreciar evidencia incriminatoria, que como es apenas evidente, 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 anteriormente, 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, y buscar de esa forma convencer al juez que su direccionamiento estratégico y probatorio, 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 consubstancialmente traduciría es el despliegue de una actividad defensiva, sensiblemente morigerada, que sólo 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 entonces, declarar culpable al acusado, simplemente es 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 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 debe limitarse a la carga de demostrar la

culpabilidad por parte del órgano de la acusación, sino igualmente a 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; 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 o dimensionar el número de ocasiones en que sale a flote su falibilidad. (Laudan, 2013, págs. 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, cual es, que a mayor evolución en la dinámica del proceso penal, consubstancialmente 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 sólo 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 sólo 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 tanto imputación como acusación son actos de parte que ostentan un carácter eminentemente comunicativo, y tienen, tanto en la inferencia razonable, como 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 imponible, 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 abundar en 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 dimensión importante ha sido diezmada, sin que materialmente haya sido posible ejercer actos de controversia.

Lo expuesto no significa, 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 no sólo de certidumbre el ejercicio del derecho a la defensa, sino que igualmente 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 triada 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 derredor 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, y de ello 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 igualmente 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, y tienen un nivel progresivo que transita desde inferencias razonables, juicios de probabilidades y conocimiento más allá de toda duda. Esos niveles de orden epistemológico, si bien es cierto se correlacionan con diferentes momentos procesales, desde el punto de vista objetivo, no son cuantificables o dimensionables.

La doctrina Española se ha ocupado del tema, destacando lo poco apropiado que resulta acuñar la expresión “mínima actividad probatoria”, porque ello sería tanto como a 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 sólo

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 para ello 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 igualmente énfasis en un aspecto no menos secundario cual es que, la doctrina de la mínima actividad probatoria, 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, 1997, págs. 129-130).

La trascendencia de este aporte radica en que se define el alcance de la mínima actividad probatoria en un sentido negativo, es decir, como no debe entenderse, para que dentro de este orden, no sea cualquier clase de prueba la que conduzca a la culpabilidad del acusado. Tal es el caso de los indicios o prueba que siendo directa, adolezca de la entidad demostrativa suficiente para acreditar la responsabilidad penal del reo; lo propio ocurre cuando se postula, que la mínima actividad probatoria, no supone una cuantificación de la prueba. Con todo ello, y aunque se dice que circunstancialmente una prueba puede ser suficiente para condenar, no se desentraña el contenido y alcance de esa prueba única, y cómo de manera sistémica, bajo ciertos estándares, estaría en condiciones de desvirtuar la presunción de inocencia como regla de prueba. Quiere ello significar, que no se define en sentido positivo lo que ha de entenderse como mínima actividad probatoria. Las limitaciones de la propuesta, se comprenden desde luego, porque como ya se evidenció, 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 al interior del 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 fundamentalmente a los desarrollos que teóricamente ha postulado la doctrina.

2.2.4 Aproximación conceptual de 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 discute al interior del litigio. (Bentham, 2000, págs. 9-10).

En esta misma línea dialéctica, ya indicaba Carrara que prueba es fundamentalmente todo aquello que sirve para dotar de certidumbre a una proposición. Disertaba además indicando que, los juicios criminales, sólo pueden resolverse 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. (Carrara, 1944, págs. 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 pretérito, 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 le 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, págs. 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 incriminatoria 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, pág. 522)

Sin alejarse de la arista 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, y en algunas circunstancias esa verificación se hace igualmente en relación con normas jurídicas. (Melendo, 1978, pág. 16).

De acuerdo a esta postura se entiende, que el carácter de prueba sólo lo define el Juez y no las partes, de quienes se podría predicar, 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 sólo 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 excluye 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, fácticamente se demostraron aquellas proposiciones lingüísticas que predicaban la existencia de un acto sexual, empero lo concerniente al despliegue de violencia, simplemente 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 monumentalmente reflejada en el ejercicio del contradictorio, debido a que brilló sistemáticamente 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 igualmente 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 substancialmente 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 atinadamente 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 consubstancialmente 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 internamente 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 mismo, sino que 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 averiguatorias, la

probabilidad de éxito en el juicio debe inspirarse en el valor demostrativo que arrojen los actos de conocimiento en la investigación y de la mano de ello, la aptitud para hacer juicios subsuntivistas o de tipicidad en el ámbito previo.

Abundando en razones, 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 entonces, 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 el 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, pág. 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 sólo 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, págs. 15-16)

En el mismo giro dialéctico que se ha venido contextualizando, Gascón Abellán, intelectualmente afín con la visión de Ferrajoli, acoge el cognoscitivista como modelo epistemológico de fijación de los hechos. Se comprende este paradigma así, porque el tráfigo 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 edifique 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 simplemente 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, págs. 49-51).

Ferrer Beltrán, presenta tentativamente 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 mínimamente con dos exigencias: por un lado, que el desarrollo de la actividad probatoria arroje resultados que se identifican con su contenido; y de otra parte, 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. (Beltran & Ferrer Beltran, 2005, págs. 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 éste 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 fundamentalmente 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 en derredor de la existencia o inexistencia de los hechos.

Pese a las bondades del paradigma, es necesario que el derecho de defensa se potencialice o fortalezca desde instancias previas al juicio. No es suficiente que sólo en la fase intermedia del proceso penal, es decir, en tránsito de la 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 ello significar, que a nivel epistémico tiene

en su contra la defensa sensibles dificultades, porque no en 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, indagación e 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 igualmente 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 éste 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 sólo traducen 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, págs. 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 adelanta 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 categóricamente destaca 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, dialécticamente se articula con el nivel epistemológico que se debe llevar al órgano decisor, que en consonancia con la actividad probatoria debatida en el juicio, se le debe proveer de conocimiento más allá de toda duda, tanto

del delito, como de la consubstancial responsabilidad penal del acusado. Así lo consagra puntualmente el artículo 381 de la disposición normativa que se ha referenciado.

Significa lo expuesto, que 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, sólo una 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 que 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 sólo es predicable de supuestos fácticos, y se excluyen de su radio de acción las controversias que se puedan suscitar en derredor de disposiciones jurídicas. (Roxin, 2000, págs. 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, porque lo determinante dentro de todo proceso penal contemporáneo de estirpe democrático es que, si el acusado se presume inocente, y su convocatoria a juicio es realizada por

la Fiscalía, quien decide acusar, asume desde luego una serie de cargas que forzosamente debe acreditar. Tan evidente es ello, 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, sobra la concurrencia de un tercero imparcial que dirima el conflicto.

Esta fisionomía 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 sólo 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, págs. 127-128).

Coincide igualmente en 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 limitarse 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 consubstancial actividad probatoria para que ese choque dialéctico facilite la toma de decisiones judiciales. (Montero Aroca, 1997, págs. 36-37).

Según Pico I. Junoy, 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 fenomenológicamente 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 reflejada en la falta de protagonismo que asume el Juez en materia probatoria. Ello 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, a quien 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. (I. Junoy, 2011, págs. 115-117)

Algún sector de la doctrina Argentina es del criterio 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 forzosamente 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, págs. 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, debe reputarse como inocente. Lo que en estrictez 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 riguroso es el respeto que se debe predicar por esta 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. De hecho, este mismo autor relievra que sentencias condenatorias han sido revocadas en los eventos que se demuestra la ausencia de instrucción al jurado sobre la presunción de inocencia del acusado, cuya culpabilidad debe ser acreditada sólo en actividad probatoria de cargo, ya que la acusación en sí misma no constituye evidencia (Chiesa Aponte, 1995, págs. 45-47). Se debe por tanto manifestar 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 que como si no existieran.

Bajo este orden de apreciaciones, y coincidiendo plenamente con Ferrer Beltrán, lo que se entienda por prueba o hecho probado, desde el punto de vista conceptual, ninguna incidencia

substantial ofrece frente al hecho de que los problemas jurídicos promotores de una respuesta probatoria sean de la jurisdicción civil, laboral, penal o administrativo. En este sentido, la noción de prueba no es monopolio de cada una de las disciplinas del derecho, y 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, pág. 17)

En consonancia con las anteriores consideraciones, igual suerte corre el concepto de carga de 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 prueba, como la carga de volver tangibles aquellos enunciados lingüísticos cuyo contenido pretende mostrarse como genuino al Juez que decide. Expresado en giro diverso, quienes proponen la acción dirían: es cierto que María no le pagó a Camilo ciertos cánones de arrendamiento, 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.

Como fundamentos de la acción de inexequibilidad se expresa 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, porque de lo que se trata es que el derecho sustancial sea la institución jurídica preponderante. En estos términos, se anuncia en la demanda, la prohibición al juez de practicar pruebas, no solo conspira contra el enaltecimiento de la verdad, sino que igualmente desconoce la búsqueda justicia, razón de ser del proceso penal. El Tribunal Constitucional Colombiano, finalmente no acogió los planteamientos de la demanda, porque si en consideración se tienen los rasgos edificantes del sistema acusatorio, una característica interesante es que Fiscalía, Defensa, Ministerio Público y 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 él órgano decisor de manera anticipada asuma posturas que podrían ir en contra de esta prerrogativa. (Corte Constitucional, C-396, 2007)

La postura de la Corte Constitucional Colombiana, es ampliamente compartida, porque de haber facultado al Juez de conocimiento para decretar pruebas oficiosamente, las consecuencias

de una decisión en este sentido, habrían sido especialmente dramáticas para la presunción de inocencia como regla de prueba; y tampoco se descarta igualmente, que las extrañas intromisiones en materia probatoria, comportaran la material afectación de sus derechos a las víctimas. Debe igualmente adicionarse a este argumento, 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 potencializaría igualmente el camino para crear su propia teoría del caso, empero con una singular particularidad: como órgano decisor, en primer lugar, al producirse la práctica de prueba, difícilmente podría ser controlado por la parte que finalmente ve menoscabados sus intereses, y en segundo orden, concurriría en el Juez una ambivalente condición jurídica, pues no sólo participaría activamente en el debate probatorio, sino que igualmente tendría facultades para refrendar sus pruebas al resolver de fondo el asunto litigioso.

Emerge por tanto, 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 estrictez al órgano de la acusación. Los vacíos que dejen las partes en sus solicitudes probáticas, no son susceptibles de cubrimiento por el órgano decisor. El ejercicio de la acción penal, no obstante 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 dimensionarse 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 igualmente 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. (Constitucional Constitucional, C-591, 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. Ya en este punto de la actividad probática, es vedado para Juez y Ministerio Público, la formulación de preguntas sugestivas, ya que una intervención en tal sentido, no sólo restaría espontaneidad al testigo, sino que igualmente 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, pone así mismo en evidencia, 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 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, C-144, 2010).

La construcción de hechos jurídico penalmente relevantes, y la claridad lexicológica que deben revestir los mismos, es un tema que recientemente y 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, no solo sea justificable, sino además sostenible en el marco del juicio oral. Así entonces, la verificabilidad empírica de las postulaciones teóricas que exhibe la fiscalía al iniciar el juicio oral, comprende, entre otras, las siguientes exigencias: tanto imputación como acusación, deben delimitar fáctica y jurídicamente la hipótesis delictiva que va a hacer valer en el juicio oral; esa hipótesis delictiva en su concepción fáctica, conocida también como hechos jurídicamente relevantes, debe expresarse con intelegibilidad 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 internamente 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, no

sólo debe ser legalmente obtenida, sino que igualmente deben conectarse de manera directa o indirectamente con los hechos jurídicamente relevantes. No en vano, son estos los que delimitan el tema de prueba, y en consecuencia 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 epistemológicas que amén de revestir un orden progresivo y ascendente; igualmente tienen que ser respetuosas del ordenamiento jurídico, y lo suficientemente idóneas 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, igualmente ha exigido a la fiscalía y policía judicial, que sus actuaciones se desarrollen con objetividad, para una correcta aplicación de la constitución y la ley. Así lo consagra expresamente 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 si quiera 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 gira en derredor de hechos que no son falaces o equívocos, el proceso

de contrastación de aquellos con la norma se torna, no sólo más confiable, sino auténticamente justo. Agrega el profesor, que llevado su argumento a la simpleza, sólo 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 adicionalmente, 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, págs. 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, tiene 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 rigurosamente 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

dimensionable. 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, sólo se ocupe de su rendimiento, confiabilidad y poder suasorio en la fase concluyente del proceso. Al juicio se debe arribar sólo 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, consubstancialmente 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 relievra 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 del año 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 entonces, 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 por 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 incriminatoria, 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 2009)

El mismo desarrollo del proceso penal revelaría más adelante, que el perito al que en principio le fue delegada tan enorme responsabilidad, tan sólo 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 a ello, que Arango Bacci a través de la defensa técnica, desde antes de su detención, había solicitado a la fiscalía 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, que como es apenas obvio, generaron una injusta restricción de la libertad. Vale además precisar, 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, inspirándose en doctrina procesal Italiana, al abordar la temática del carácter funcional que comporta la carga de la prueba, es del criterio 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, compréndase cargas, en que se soportan sus enunciados respecto de los hechos; en segundo orden, les corresponde la carga de expresar 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. (Fernández López, 2005)

Como valor agregado a este fundamental aporte que elabora la doctrina en derredor del contenido funcional de la carga de la prueba, se erige en un mínimo ético de la actividad litigiosa, no sólo la fidedignidad de los enunciados fácticos cuya demostración se pretende por la acusación o la defensa, sino también, 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, sólo 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 variaran, dependiendo de la tipología delictual cuya ocurrencia se pretende acreditar en desarrollo del juicio oral.

Por sólo mencionar un ejemplo: en sede de tipicidad, el principio de carga de la prueba demanda, no sólo acreditar el tipo objetivo; o los medios probatorios que corroboran la acción delictiva que se ve reflejada en el verbo rector; si no que igualmente 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 sólo 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 en especial, 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 compelia 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 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 que ni si quiera su estrategia es susceptible de corroboración a través de actos de prueba. Se cataloga entonces como un profundo desacierto que el *onus probando incumbit actori*, cuyo rendimiento

y aceptabilidad en materia civil no se muestra del todo idóneo. (Nieva Fenoll, 2013, págs. 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 omnicomprensivamente, 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 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 estrictez 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 incriminatorias, que al convertirse 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, lo que implica es igualdad de oportunidades para llevar pruebas al Juez de conocimiento, es prácticamente una obviedad que refugiarse en el confort de la presunción de inocencia, adquiere una dimensión negativa, porque esa pasividad facilita la carga probatoria de la acusación, ocurriendo lo propio 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 tan sólo 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 sólo incorporó la fiscalía.

Piénsese por ejemplo en el caso del Contralmirante Arango Bacci que se mencionó en precedencia. Si mentalmente nos representamos a una defensa que amparada en la presunción de inocencia como regla de prueba, simplemente decide cuestionar la legitimidad del dictamen lofoscópico, empero sin aportar prueba de la veridicidad 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 dejarse el monopolio de probar en el órgano de la acusación, se facilitaría con ello, que la prueba de hechos artificios o inexistentes, se erigieran 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 incriminatorias. 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 incriminatoria 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 erige 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 incriminatoria.

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 adversarial vivamente se refleje en la activa confrontación de Fiscalía y Defensa. El abogado litigante del siglo XXI, necesariamente debe 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, e igualmente 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 J., 2004, págs. 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, a ultranza lo lleve a pensar, 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 dimensión 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 en todo caso, 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 este orden, sería lógicamente absurdo y sistemáticamente 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, lo que de suyo implica es 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, 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, no sólo desde el instante en que se formaliza el contenido de la imputación, sino incluso, desde el momento en que el indiciado tiene conocimiento que la Fiscalía está realizando actividades de indagación con el fin de promocionar un proceso penal en su contra. (Rodríguez Chocontá, 2015, págs. 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 entonces 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 ello, 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, idealmente deberían estar orientadas a descartar eventuales hipótesis de contenido incriminatorio que esté contemplando la fiscalía, en cabeza de quien recae con estrictez 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, que en primer término, no sólo debe ser verificable, sino que amén de ello, dicha verificabilidad tiene que haberse refrendado mediante actos probatorios que refuten aquellas pretensiones punitivas del Estado. Todo ello, sin perjuicio de que a la postre, sea el mismo ordenamiento jurídico el que realice la constatación empírica de normas y de los hechos que tales disposiciones regulan. (Ferrajoli, 2001, pág. 36)

La contrastabilidad de la acusación sólo 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, no solo se desplieguen actos de conainterrogatorio que minen la credibilidad de la prueba de cargo, sino 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 por ende 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 convierte 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 con 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, 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, aspiracionalmente debe encontrar 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 en sí mismo, sino que por el contrario se trata de un

instrumento de orden epistémico que se debe al tema de prueba, (Ibáñez P. A., 2009, págs. 64-65) es decir, a las teorías del caso que han elaborado fiscalía y defensa.

Aunque no menciona explícitamente 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 idealmente se complementan para dotar de mayor calidad las decisiones judiciales.

La igualdad de armas e igualdad de medios para buscar la consecución de un derecho, en el pensamiento de Foucault, 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, sólo en la medida que previo acuerdo entre ellos, 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 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, 2003, pág. 73).

Si las disceptaciones 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 perfectamente 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 simplemente su credibilidad fue idóneamente minada a través del contrainterrogatorio, o con la prueba de descargo.

Se observa entonces, que un panorama condicionado por este contexto situacional, lleva a que los pensamientos de Foucault y Laudan converjan en un mismo giro ideológico, cual es que, un individuo genuinamente culpable, perfectamente puede ser beneficiado con un fallo absolutorio, porque la calidad persuasiva, probática y argumentativa del órgano de la acusación, no satisfizo el estándar de prueba que necesitaba el Juez para condenar. Bajo esta dimensión reflexiva, sería un error valorar como injusta una decisión de este orden, cuando en el ámbito previo se advierte que el debido proceso y los caminos legales que regulan la producción de conocimiento en el juicio a través de la prueba, íntegramente fueron respetados por las partes. Ello sería tanto como argumentar, que no es deseable para la búsqueda de la verdad, que la defensa tenga iguales posibilidades de controvertir la prueba de cargo. Como si lo más parecido a la verdad en el marco del proceso penal, se viera reflejado en los hechos jurídicamente relevantes planteados por la acusación.

El Tribunal Constitucional en Colombia ha emitido relevantes pronunciamientos sobre el principio de igualdad de armas, elaborando un importante nivel de doctrina 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 plenamente 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 congruenciales oportunidades de orden sustancial y procesal para hacer valer sus derechos, lo que de suyo implicaría que la igualdad de trato no puede suprimir el diseño del sistema, inspirado en la estructura de partes. (Corte Constitucional, C-616, 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 colige de todo ello que, prueba, carga de la prueba, presunción de inocencia e igualdad de oportunidades probatorias, son ejes fundamentales de un proceso penal legítimamente democrático, o sea, plenamente 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, ostentan una evidente pobreza funcional. Significa ello que, si se aprecian los criterios de política criminal contemporáneos, altamente

caracterizados por su espíritu reaccionario, restrictivo y de improvisación, es coherente argüir, que en el orden empírico, es ciertamente 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.

Tan evidente es ello, 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 posibles repercusiones que este 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, cual es el caso de los delitos de peligro abstracto.

Como se trata en esencia 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 consubstancial análisis. Las repercusiones suscitadas con ocasión de esa conexión, y sus particularidades contextuales, gradualmente se verán reflejadas a lo largo del estudio y reflexiones que se realicen en derredor de aquellos diferentes escenarios de convergencia epistemológica 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 generalizadamente 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, pág. 300) ha quedado relegada a un segundo plano, si de lo que se trata es de proteger con mayor rigurosidad una serie 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 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 entonces 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, tanto el resultado en la tipicidad, como el daño generado en el interés objeto de protección penal, simplemente no deben

probarse, pues ya han sido valorados por el legislador. El problema, sin embargo radica en el hecho de que dado el carácter incierto de la epistemología científico causal, frente a algunas modalidades delictivas, como delitos medio ambientales y tráfico de estupefacientes, apelar al principio de precaución implicaría punibilizar comportamientos en el 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 para la generación de peligro para el interés objeto de protección penal, lo que en términos simples comportaría el castigo de conductas sin peligro de daño previsible. Una propuesta criminógena de semejantes alcances, sólo 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, págs. 54-62).

En el caso de Alemania, Hassemer observa con preocupación, cómo las reformas legales dinamizadas en el proceso penal, dramáticamente se orientan al acortamiento del debido proceso; el abaratamiento de sus costos; y el 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, a quien 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 gradualmente uno de los pilares del derecho penal liberal, porque el *ius puniendi*, no sólo es manifestación de poder, sino también, escenario de garantías para la delimitación objetiva de esa potestad represora. Ello obedece, a que en usanza 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, dado que 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 también, coautoría, tentativa, dolo y culpa, que ya no serían controlables para la defensa en el planteamiento de sus estrategias, habida consideración que en ausencia de imputaciones individuales, la abstracción e indeterminación de esta clase de tipologías, en situaciones delictivas que se adscriben al derecho penal medio ambiental o al derecho penal económico, entre otras, subestiman dramáticamente estas instituciones dogmáticas. (Hassemer, 1999, págs. 45-60)

La doctrina Chilena, se identifica igualmente con esta visión ideológica de los delitos de peligro abstracto, y 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 erigen 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 consubstancial juicio de daño probable para el bien jurídico. Por estas circunstancias, se relleva, hay fuertes críticas frente a este tipo de intervención criminógena, axialmente inspirada en una odiosa presunción de derecho. De ahí que su legitimidad, mayoritariamente haya sido cuestionada por la doctrina, debido a que el peligro no es susceptible de valoración y corroboración ante el Juez, dado que una vez presumido el mismo, las disceptaciones acerca del tópico, simplemente sobran, lo que de suyo es protuberantemente 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 forzosamente el tipo penal debe albergar un juicio de peligro en el ámbito de lo concreto. (Maldonado Fuentes, 2006, págs. 30-33)

A su turno Torio López, puntualiza que en los tipos penales de peligro abstracto, el peligro 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 que la presunción de daño para el interés materia de protección penal, no fue desvirtuada. (Torio López & Santiago, 1981, págs. 826-827)

En otra arista dialéctica, un importante sector de la doctrina afirma, que dada la fisionomía 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, simplemente se adecúa a la descripción normativa que se dice ha sido vulnerada. A la postre, la imposición de la pena obedece a un juicio de tipicidad objetivo que conlleva una sanción, porque dada la entidad del hecho justipreciado, es de aquellos que generalmente ofrecen peligro de daño para el bien jurídico, aunque en el caso concreto, empíricamente 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, idealmente deberían albergar 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 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 denominan delitos de peligro presunto o abstracto, abiertamente 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 entonces, que no es por ende necesario que el Juez al instante de emitir una condena, se desgaste intelectivamente elaborando ponderadas reflexiones en tema de valoración probatoria, ya que las mismas fueron examinadas en el ámbito previo, concretamente a través de leyes de “Causalidad general” o con informes estadísticos, que a su turno se erigen en las motivaciones o razones originantes 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 profundamente estimulado por la presunción de culpabilidad del reo. Su ilegitimidad es tan evidente, que no puede contravenir una mínima exigencia, cual es la obligación de fundamentar toda condena en hechos probados, careciendo por ende de validez, apreciaciones generales que previamente hayan sido contempladas por el legislador. (Terradillos Basoco, 1999)

Para Gómez Tomillo, 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 como criterio material de política criminal, tiene de hecho un poder limitador frente a prerrogativas constitucionales como la presunción de inocencia; el estándar de prueba para condenar; e in dubio pro reo, que llevarían al Juez a interpretarlas por fuera de los cánones trazados en el derecho penal de las garantías. (Gómez Tomillo, 2014, pág. 84)

Sobre el alcance conceptual del llamado derecho penal moderno, Gracia Martín concibe que la transformación del sistema penal, es decir, el nuevo paradigma del derecho penal sólo es 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 sólo 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. (Gracia Martín, 2016)

Lo complejo de esa modernización, es decir, la transformación del derecho radica en que, al romper paradigmas o redimensionar el conocimiento, tiene virtualmente la capacidad de generar algunas repercusiones jurídicas en la comunidad judicial, que Dworkin cataloga como “Desacuerdo con el derecho”, porque como suele ocurrir, abogados y jueces, epistémicamente se identifican indistintamente 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 sólo es el hecho, dependiendo del entendimiento del derecho, es factible que a partir de la actividad probatoria se le adjudiquen sentidos diametralmente opuestos, ejemplificando que en la jurisdicción laboral, es perfectamente posible, que problemas jurídicos de idéntica naturaleza, sean resueltos por jueces de manera distinta: en un escenario, favoreciendo al empleador, y en el otro, al trabajador. Agrega el ilustre pensador, que en ocasiones es perfectamente admisible que los abogados y jueces se encuentren de acuerdo en el fundamento de la norma, pero de ello no se sigue que sean intelectivamente afines con la aplicabilidad de esos fundamentos al caso particular que es materia de litigio. En este contexto, y para ser explícitos se hace alusión al límite de velocidad

máximo para conducir un automotor, indicando que ciertamente 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 deseable para evitar siniestralidad. (Dworkin, 2012, págs. 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, no solo con el derecho penal clásico, sino también, 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 estima 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 cual es, que no obstante 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 mera actividad se sigue que tal circunstancia es suficiente para construir el consubstancial 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 substancial que se impone a la potestad punitiva del estado, para lamentablemente 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, sean 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 igualmente el despliegue de una serie de actividades y trabajos positivamente orientados a morigerar una presunción que en su estricta dimensión ontológica acompaña a cualquier individuo de una sociedad civilizada. Significa ello entonces, que al proceso penal se concurre presumiéndose inocente. Sólo 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, y en eso 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, no sólo de la decimonónica edificación del delito, sino también, 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 rigidización de sus garantías un presupuesto de salvedad para legitimarlo, pues sólo así 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 substancial del derecho penal, y la principalística procesal penal, convergen en pro de la consolidación de un derecho penal democrático, es decir, plenamente garantista en todos los ejes de intervención que despliega del Estado.

Se destaca entonces qué, hablar de un derecho penal garantista, supone una orientación integral por el respeto de los derechos que le 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, corresponde demostrarlos 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, suficiente es 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 prácticamente 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 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 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, explícitamente 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 evidente 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 igualmente 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 imperativamente 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 principalística 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 éste 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 no obstante 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 consubstancial análisis de culpabilidad. Se desvanecería así la posibilidad material de reputar como delictuosos los delitos de peligro abstracto, porque su esencia configurativa se desnaturalizaría si para su tipificación se exige un peligro efectivo de daño para el interés objeto de protección penal.

Con lo expresado hasta ahora, tan sólo 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, y en especial para que con su criminalización, no se transgredan abiertamente los ideales que históricamente han caracterizado el derecho penal de las garantías. De acuerdo a lo indicado, las respuestas y alternativas generadas en derredor del tema, se reducen prácticamente a la eliminación de los delitos de peligro abstracto, ya que como se evidenció, el intento por exigir un contenido de injusto real, los muda 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 históricamente suscitada entre teoría del delito y el marco de garantías que ofrece el sistema penal. Si a ello, se suma, 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, 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, son igualmente transferibles a la totalidad del ordenamiento jurídico.

Por sólo mencionar 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, tornan 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 resultados fenomenológicamente constatables. Carecería entonces 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 erigiría en 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, no solo de cara a las posibles consecuencias que tal renovación tendría frente a la dogmática penal tradicional, sino también, frente a las sensibles repercusiones que se suscitarían en la lógica de las garantías procesales, el panorama en la actualidad, podría ser substancialmente 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 cual es que se debe constatar la objetiva peligrosidad de la conducta, y su aptitud para menguar efectiva o potencialmente el bien jurídico objeto de protección penal, reiterando entonces que la peligrosidad real de la conducta se erige 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 tácitamente estaría sugiriendo 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 ciertamente los delitos de peligro abstracto, al ser una alternativa necesaria, su incursión en la dogmática penal, forzosamente debe estar condicionada 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 comportar 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, suficiente sería 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, no sólo es aconsejable, sino fundamentalmente necesario. En todo caso, debe quedar absolutamente 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 necesariamente 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 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 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 entonces de lo expuesto que, la probabilidad de peligro, tendría necesariamente 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 por el contrario, 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 postre relajaría las cargas probatorias que por mandato constitucional y legal debe cumplir el órgano de la acusación, en la medida 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 vendrían 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 la cargas probatorias que corresponde allegar a la fiscalía para desvirtuar presunción de inocencia, en un plano epistemológico son cuantitativamente menores.

Sin embargo, tal exégesis no es del todo cierta, porque aunque 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 tornaría más llevadera desde el punto de vista probatorio. La razón, es por demás elemental: 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 por tanto 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 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 se 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 en estas condiciones, 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 bien jurídico de naturaleza colectiva, tiene definitivamente un plus que va más allá de la simple tenencia de la sustancia prohibida. Se exige por tanto 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 que el órgano de la acusación no demuestre tal aspecto, la conducta ni siquiera se podrá reputar como típica.

En prosecución, 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 substanciales 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, no sólo como referente de punibilidad, sino también 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 la Fiscalía General de la Nación, 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, no sólo desde el punto de vista dogmático, sino igualmente 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 también, 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 deben ir 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 dimensiona 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, tanto en el nivel legislativo, como en el judicial, que el nuevo orden criminógeno y las formas de responsabilidad penal que aparecen en el mismo, no deben 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, y 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, no solo de la dignidad del ser humano en su dimensión axiológica, sino igualmente, del 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, evidencia real 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.

Tan sólo por un momento, piénsese en el fuerte despliegue de actividades legislativas, firmemente respaldadas por una plataforma de instituciones públicas y privadas que tengan como finalidad, promocionar lo deseable y valioso que es para un proyecto de vida al interior de una comunidad, que ésta goce de buena salud, y se aleje del consumo de sustancias psicoactivas. Por qué no vislumbrar como algo racional, que antes de criminalizar la drogo 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 más lamentable es, que de cara a este marco deseable, las cifras en la lucha contra el tráfico de drogas ofrezcan un panorama bastante sombrío, no sólo en materia de violación de derechos humanos, sino igualmente en costos fiscales, y la eficacia misma del derecho penal. Obsérvese en primer término, que para el período de tiempo 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 período de tiempo, 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 evidencia real muestra, que ni la masificación del encierro intramural, y mucho menos los elevados costos que se han asumido con la detención de ciudadanos, ha 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 sustancia, sin que ello a la postre contribuya a preservar la salud pública como interés objeto de protección penal. (Uprimny Yepes, Chaparro Hernández, & Cruz Olivera, 2017, págs. 33-81)

Con el interesante estudio que se acaba de reseñar, sale a flote otra situación crítica cual 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 debido 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 que 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 igualmente por individuos vulnerables que no tienen ningún tipo de representatividad en la organización criminal.

Lo que deviene por tanto palmario es, que no sólo en el tráfico de estupefacientes, sino también 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 substancial, de poner en peligro el bien jurídico de naturaleza colectiva. Es más, sin mayores reflexiones disquisitivas se arriba a la conclusión, 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 lamentablemente aflora un nivel importante de ineficacia en los delitos de peligro abstracto, obedeciendo ello 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 realmente 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 a la postre 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 al interior de una organización criminal, tienen igualmente 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 ello, dimensionar el alcance real que cada verbo rector tendría en los tipos penales de conducta alternativa, y así también, 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, y en ese mismo orden, la proporcionalidad de la pena, debería estar plenamente acorde con la potencialidad de lesión para el interés materia de protección penal.

Así entonces, frente a intereses de carácter supra individual, no reviste la misma capacidad de lesión el verbo portar, que el verbo almacenar. Cuando se porta, generalmente se lleva consigo el elemento prohibido en una cantidad tal que sin mayores dificultades permiten 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 seguridad pública, reviste características tangibles. En este contexto, aunque se trata de bienes jurídicos colectivos de diferente origen, el posible peligro de lesión, es substancialmente menor que el predicable de conductas propias de almacenamiento, donde en una percepción objetivamente dimensionable, la probabilidad de daño para el interés materia de protección, es definitivamente más elevada. En este mismo nivel de análisis racional, el reproche punitivo para el autor que saca del país sustancia estupefaciente, debería ser substancialmente menor que el de la conducta exhibida por aquél 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 punen conductas sin capacidad de daño para el bien

jurídico, y la capacidad de judicialización e infraestructura del poder judicial se banalizan, lo deseable en términos de proyección político criminal y generación de un mejor derecho penal es, que las acciones a este nivel 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, y sin mayor nivel de repercusión frente al bien jurídico, el efecto indeseable frente a la presunción de inocencia en todas sus manifestaciones, sería extremadamente evidente, ya que esta garantía perdería todo nivel de funcionalidad, no sólo dentro del proceso penal, sino igualmente desde el instante en que el legislador opta por criminalizar conductas delictivas de esta clase de características. En efecto, desde ese mismo momento, con una errónea visión político criminal se crean tipos penales, con los que coetáneamente surge el menoscabo de la presunción de inocencia, que desde el ámbito previo igualmente se ve diezmada, ya que de paso sea mencionarlo, el anticipo de barreras de protección penal en un sentido negativo, no sólo se materializa frente al bien jurídico, sino también, para 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 Roxín 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, igualmente 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, 2013, págs. 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, no sólo para autoconsumo, sino igualmente para su distribución frente a terceros. En este caso, el peligro de daño para la salud, trascendería a un nivel supra individual. Todo lo contrario suele ocurrir en algunas hipótesis de tenencia de armas, en la medida que su tenencia no se encuentra revestida de un dolo adicional de afectar la integridad personal o 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 cual es, 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 otra arista, 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 substantivamente 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 fisionomía 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, 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, y 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. Sólo bajo estos presupuestos, es perfectamente 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.

3.2.1 Presunción de inocencia. Su alto grado de relativización como regla de prueba frente a delitos de peligro abstracto

Como ya se ha advertido en líneas precedentes, con un importante nivel de egoísmo, la dogmática penal ha procurado solucionar sus problemas internos, como si las posibles soluciones o alternativas que proponen los teóricos, se vieran reflejadas estrictamente a ese nivel. 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 no sólo una conducta, sino igualmente un resultado, debían ser probados, precisamente porque esa acción u omisión era la que adquiriría connotaciones jurídico penales, en la medida 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, las acredita 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 ello, 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, debido a que no sólo es objeto de prueba, sino que 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, causalmente se explican por el ejercicio de violencia, es apenas predecible y natural que la defensa quiera demostrar o acreditar al 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 anteriormente, el tema de prueba se encuentra suficientemente delimitado, ni si quiera el acceso carnal sería objeto de discusión. Bajo estas condiciones, incluso fiscalía y defensa podrían acordar que no sería objeto de controversia que ciertamente el acusado y la víctima el día los hechos sostuvieron relaciones sexo sentimentales. De esta forma, el debate probatorio giraría con estrictez sobre la concurrencia o no de la violencia, ingrediente normativo que a la postre sería el idóneamente apto, no sólo para demostrar la tipicidad de la conducta, sino igualmente las restantes categorías dogmáticas. Lo que deviene por tanto evidente es, que siendo materialmente corroborable 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 positivamente 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 evidencia 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 ocuparán un nivel protagónico en los actos de prueba, y dentro de esas circunstancias, una mejor calidad de reflexiones exhibirá en derredor de 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 de ello, que frente a tipos penales que alberguen dentro de su estructura un resultado, corresponde a la fiscalía llevar evidencia que permita probar no solo la verificación real del hecho fenomenológico, sino también, medios de prueba con la capacidad suficiente para acreditar, que debido a 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, igualmente hace parte de las cargas probatorias que debe asumir el Estado como titular de la acción penal, porque al fin y al cabo, 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, cualesquier fisura o vacío epistemológico que deje el órgano de la acusación, por más sutil que sea, podría conspirar a la postre a favor de la presunción de inocencia, porque dentro de la lógica del sistema de garantías, esta prerrogativa tiene un carácter permanente que sólo 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 que debe cumplir el 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 por tanto a que se demuestre su culpabilidad con actos de prueba. Esta realidad pone en evidencia, que siendo la vida, 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 no solo ejercicio de la persecución penal, sino que al tiempo, abre el camino a una declaratoria de responsabilidad penal. Como justificación general se predica, que la valoración del peligro ha sido desarrollada previamente por el hacedor de las normas, y se trata de un presunción 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, debido a que el acusado, pese a ser materialmente responsable de los hechos atribuidos en la acusación, resultó favorecido, bien sea porque la actividad probatoria de la fiscalía fue insuficiente, o simplemente porque con la estrategia desplegada por la defensa se generaron dudas irresolubles en el órgano decisor. Lo extraño 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 terminan por consecuencia de ello catalogando como materialmente culpables a acusados que en primer término, 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 postre 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 no solo del contenido de injusto material, sino igualmente 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 un insoportable nivel de relativización, tanto de las categorías dogmáticas de la conducta delictiva, como 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 ello es, que la fragilidad de las decisiones y el quebrantamiento de las garantías para el acusado, se ve reflejado en una dura realidad que al constatarse 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 sanción de casos, no es un fin en sí mismo, 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, ciertamente 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 niveles. Significa ello, que cada individuo integrante de la colectividad, debería ver en la calidad de vida, preservación de recursos y 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 podría apreciarse de una forma positiva, porque evidentemente la criminalización de conductas en el ámbito previo, evidentemente 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 no sólo en este tópico, sino igualmente en otros puntos de análisis, en una arista substancialmente 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 fenómeno 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 de 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 naturalmente es esa presunción de distribución y comercialización, la que ha congestionado la administración de justicia con una multiplicidad de

casos, que luego de una importante inversión de recursos ha permitido finalmente inferir que no obstante estar objetivamente acreditado que se excede con creces la dosis para uso personal, no hay en cada caso concreto, evidencia o prueba que sugiera o indique, por lo menos a nivel indiciario, que el acusado no es simplemente un consumidor, sino que se trata de un sujeto activo que despliega otra serie de conductas con la idoneidad suficiente para generar probabilidad de peligro para la salud pública. Sale a flote en este orden que, la anticipación indiscriminada de barreras de protección penal en un alto grado de situaciones, es en realidad una estrategia profundamente desafortunada y equivocada, porque no sólo se han restringido garantías a un número importante de enfermos y adictos al consumo de sustancias psicoactivas, sino que paralelamente a ello, tal coyuntura ha sido aprovechada por los verdaderos promotores del daño a la salud pública, para seguir adelante con su gesta delictiva, sin que hayan a la postre mayores controles efectivos sobre la actividad, debido a que los diezmos recursos de la fuerza pública se destinan inidóneamente para perseguir punitivamente 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 reestablecer su salud.

La imposición de penas restrictivas de la libertad, añade más dramatismo 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, habida consideración que el hecho cometido, no guarda correspondencia con la magnitud de la pena aflictiva que en teleología se le impone al reo. Una pena impuesta en estas circunstancias, es desde luego abiertamente lesiva del principio de culpabilidad, por su evidente exceso e irracionalidad,

quedando 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 entonces al Estado fijar en una adecuada perspectiva ético política, qué hecho o hechos revisten especial gravedad, para que las sanciones a la postre impuestas, no terminen convirtiéndose en una afrenta para los derechos del reo. (Bacigalupo, 1999, págs. 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 entonces nefastas repercusiones, tanto en temas de seguridad como 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 perfile a identificar aquellos sujetos y conductas que dominan y gobiernan las organizaciones criminales que se dedican a deteriorar intereses que en un nivel 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 más de dos billones de pesos se han destinado tan sólo en costos relacionados con privación de libertad, sin que hasta ahora la intervención punitiva del Estado haya tenido efectos benéficos para el interés objeto de protección penal. Se ha destacado el caso del tráfico de

estupefacientes, porque es en términos de anticipación de barreras de protección penal, una de las conductas delictivas con mayor nivel de representatividad, no sólo en Colombia, sino 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 similar.

Como 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 demanda 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 finalmente 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 deseable en el marco de la intervención punitiva es que la mayoría de casos judicializados deberían 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 adecuadamente los diferentes fenómenos delictuales que perturban el orden social. La desestabilización, mengua o daño para bienes jurídicos colectivos debe imperativamente minimizarse, y 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 naturalmente mirando hacia el pasado que necesariamente 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 a nivel 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.

En este orden de apreciaciones, válido es pregonar, que la presunción de inocencia únicamente se podría fortalecer con una idónea inversión de prioridades 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 alcanzan la esfera de lo individual. Tan evidente es lo expresado, que en realidad la judicialización y sanción de modalidades de porte, en un número importante de casos, 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 demostrar el verbo rector que subyace en el modelo delictual, que no es otro distinto que el de portar o llevar consigo. Cuando a esta trivialidad se reduce la carga de probar, es por demás evidente 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.

De acuerdo 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 sólo de manera

excepcional se destinan recursos para la desarticulación de organizaciones criminales, y en su amplia mayoría, no hay actividades de inteligencia, ni el despliegue de estrategias investigativas dirigidas a infiltrar las mafias y emporios criminales, lamentablemente el camino involutivo seguirá su senda victoriosa, porque ante los Jueces sólo se llevarán a pequeños infractores, que ni siquiera alcanzan a ser eslabones intermedios de la cadena delictiva. Si de ser un poco sensatos se trata, el acto de probar es desde el punto de vista axiológico una carga densa que no se satisface de cualquier forma o manera. No en vano, la experiencia muestra que la figura del agente encubierto, altamente cuestionada por cierto, pero en todo caso acogida en el proceso penal contemporáneo, demanda la ejecución de actividades investigativas y de infiltración constantes que se extienden de hecho a veces por períodos superiores a un año. Se erige así este mecanismo en 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 las que mayores repercusiones negativas tienen para el bien jurídico de naturaleza colectiva.

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 substancial de colmar con 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 pleno garantías procesales y derechos fundamentales que le asisten al acusado. (Fernández Lòpez, 2005, págs. 139-159).

La lógica de los tipos penales de peligro, que protegen bienes jurídicos en abstracto, no solo invierte, sino que además pervierte esta ecuación, porque se parte de la base que el comportamiento rotulado como delictivo, ya se encuentra prácticamente satisfecho desde el momento de su criminalización primaria, agregándose a ello, que la técnica legislativa de redacción al anticipar barreras de protección penal, prescinde de la exigencia de un resultado típico y 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 fisionomía, prácticamente se demuestran con la simple actividad del acusado, que de acuerdo a proyecciones de política criminal, no debe producir efecto dañino alguna en la concomitancia del comportamiento, porque al ser fuente de peligro dicho proceder, la antijuridicidad es una categoría que se presume.

Significa entonces lo expuesto, que el peligro de daño para el bien jurídico no requiere prueba de ninguna índole, porque éste se presume. Y se presume, porque el juicio de tipicidad se satisface, en virtud a 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, y 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 es del criterio 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 claramente 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 aún con el deterioro de derechos o prerrogativas de estirpe individual, auspiciadas incluso 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. (Hassemer, 1999, págs. 16-18).

Este escenario, deja a juicio de Hassemer, en un alto nivel de penumbra la misión esencial del proceso penal, cuál es el hallazgo de la verdad, y ofrece igualmente sensibles repercusiones de cara al valor justicia, que es en teleología el camino aspiracional del derecho penal sustantivo. Las razones de esta postura, fundamentalmente obedecen 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, circunstanciadamente permita explicar, cuál fue la conducta del futuro condenado; su

nivel de participación; y el fundamento probatorio para tener suficientemente 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 torna profundamente ineficaz la presunción de inocencia, habida consideración 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. (Hassemer, 2016, págs. 26-27) Se cierra entonces así la posibilidad de generar un legítimo contradictorio, convirtiéndose así el proceso penal en un escenario artificioso que muy pocas garantías ofrece para el destinatario de la ley penal.

Queda por tanto 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, ésta prácticamente 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 finalmente en 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 4º, 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, claramente 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. Como ocurre con los niños, mujeres, adultos mayores, indígenas, individuos con déficit cognitivo, o la 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 es el análisis que ha de imprimirse 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, privilegiadamente entonces tendría acceso a información de carácter reservado que apenas está en proceso de consolidación por el órgano de la acusación. Se podría entonces 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 éste, 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, debe 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, al igual que otra serie de principios del proceso penal, admite matices o gradaciones, cuya intensidad y valor se ve particularmente reflejada en la estructura del rito procesal, especialmente a partir del momento en que se adquiere la condición de parte (Armenta Deu, 2004, págs. 44-45). En esta medida, mientras no se haya formalizado la relación jurídico procesal y la Fiscalía no tenga claramente 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 ulteriores. 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. Así entonces, suele ocurrir que, vigilancias a personas o inmuebles; e interceptación de comunicaciones, que deben estar fundadamente soportadas, encuentran en la sospecha el nivel 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 en realidad motivaciones válidas que legitimen la intromisión de los organismos de policía judicial en la vida privada del indiciado.

Lo expuesto igualmente 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 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 con estrictez al escenario del juicio oral, porque es perfectamente posible que esta fase concluyente del proceso penal, tan sólo 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, igualmente 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 se erige 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 así en estos términos, que el activo ejercicio del derecho a la defensa, ejercido desde instancias tempranas, facilita no sólo la controversia pertinente, sino igualmente la potencialización del principio de igualdad de armas. (Corte Constitucional, C-025, 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, no solo para el fortalecimiento de la presunción de inocencia como regla de prueba, sino igualmente 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 sólo se facilita, si desde instancias tempranas del proceso penal se tiene conocimiento de cuáles son los elementos materiales probatorios que aspiracionalmente 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, intimidad, inviolabilidad del domicilio y presunción de inocencia, la defensa está facultada para controvertir en toda la extensión de la palabra, el nivel de confiabilidad de la información y evidencias obtenidas antes de estructurar un proceso penal en su formal cosmovisión.

Evidentemente 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 substancial 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 bases epistemológicas se producen escrituralmente de espaldas a la defensa. Se cuestiona válidamente 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, págs. 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 su teoría del caso 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 la respaldará en audiencia de juicio oral. No. Se comparte así 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 del proceso anticipada, declararse culpable, y obtener una rebaja de pena. (Benavente Chorres, 2011, págs. 46-47). Debe quedar claro en todo caso, que no necesariamente del hecho 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 que entre fiscalía y defensa haya una auténtica equivalencia de poderes, que sólo 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 a la postre sometido el acusado a duras embestidas litigiosas en el juicio, por el déficit que tuvo la defensa en instancias previas, llegándose al absurdo 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, págs. 617-619).

Recientemente la Corte Constitucional acogió la postura que ubica la igualdad de armas en un contexto relativo, entendiéndose como un principio flexible que no se debe asemejar a una igualdad estricta y rigurosa como podría suceder con las matemáticas. Dijo entonces 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, C-616, 2014)

En consonancia con las apreciaciones conceptuales, que tanto doctrina como jurisprudencia han elaborado en derredor 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, tanto a nivel epistemológico, como en términos de posibilidades reales para contradecir, se encuentra en condiciones que simplemente revisten un grado de adversidad sumamente complejo.

En este panorama contextual, cuando el secreto de la indagación cumple su ciclo, lo hace en términos dramáticos, y 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, cuál fue la razón o motivo por el que se libró en su contra una medida restrictiva de la libertad; así también, en la imputación y acusación, seguramente tendrá conocimiento, bajo qué circunstancias de tiempo, modo y lugar, dice la fiscalía, cometió el homicidio o la agresión sexual.

Hay por lo menos un supuesto de hecho que contradecir, y se tiene dentro de este orden de circunstancias, la viabilidad de construir una estrategia defensiva orientada a mitigar o anular las futuras pretensiones punitivas. Varias opciones y mecanismos es factible que surjan 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 en el tiempo.

Lo expuesto, equivale a predicar, que hay materiales posibilidades 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 condenatoria en calidad de cómplice, ya que no tenía dominio funcional del injusto. En este mismo orden, y de cara al homicidio, estaría igualmente 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 entonces, 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 sus cosmovisión del caso.

A este escenario es el 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 a nivel sistémico 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 todo ello decir, que una vez delimitados 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 que esta disciplina, no se concibe o entiende de manera aislada al derecho penal, ya que si hay un escenario en el que materialmente 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 al interior del procedimiento penal. Así también, una viva muestra de la fuerte conexión entre las dos disciplinas, sale a flote con la coincidencia substancial que une a 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 de un procedimiento penal que en la axiología del derecho penal de acto, facilite no solo la imputación de tal conducta, sino también, la emisión de un juicio de culpabilidad. (Maier, 2008, págs. 161-165)

En orden de lo expuesto, es en una importante medida coherente 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 para en términos cualitativos indicar, que a la postre con los pesos y contra pesos del sistema de enjuiciamiento criminal, las partes enfrentadas al interior del 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, obedece a unos antecedentes y circunstancias en las que especialmente 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, empero 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 en que clásicamente ha intervenido el derecho penal, el tratamiento para 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, y 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 punibilizar comportamientos que no afectan el bien jurídico. Se trata de un sistema penal que surge para enfrentar los riesgos de la sociedad moderna, y en ese mismo orden emerge con una filosofía eminentemente preventiva y sancionatoria.

De acuerdo a esta nueva cosmovisión, si se apela a la coherencia en estricto sentido, lo sensato es colegir, 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 substancial de las conductas delictivas que se erigen en su razón de ser. Significa ello en consecuencia, que buena parte del marco probatorio quedaría huérfano de contenido, debido a que se trata de proyecciones que en el ámbito político criminal lo que finalísticamente buscan es erigir el derecho penal en un mecanismo eminentemente sancionatorio.

Explica Silva Sánchez, que la evolución de la sociedad, especialmente representada en la informática, industria, tecnología y 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, no solo porque los avances de la ciencia auspiciados por el hombre, elevan dramáticamente los niveles de riesgo en el ejercicio de convivencia, sino también, 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, lleva la inseguridad a niveles de institucionalización . Bajo esta nueva arista, la delincuencia organizada se globaliza y, se vale así mismo de la tecnología y 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 substancialmente, y tiene naturalmente un mayor campo de acción, es decir, se expande. Los riesgos ya no son meramente individuales, sino de estirpe colectivo. Significa ello, que la afectación de bienes jurídicos se presenta a gran escala, y en ese proceso de transformación, el derecho penal en su dinámica reactiva, igualmente 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, particularmente caracterizado por un sentimiento de inseguridad notoriamente difuso e inespecificable. (Silva Sánchez, 2001, págs. 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 primer reflexión de carácter lógico lleva a pensar, que sería políticamente incoherente que las estrategias del Estado a nivel 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 igualmente tendría que ser una realidad. Lo que obviamente no es coherente, es que esa

transformación se suscite arrasando toda una historia de evolución y nos lleve a la paradoja involutiva. 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 supremamente agobiantes, que son desde luego absolutamente insoportables para el derecho penal.

El desconcierto aumenta naturalmente, si en consideración se tiene que la expansión del derecho penal, no necesariamente traduce 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 sumamente 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 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 ámbito con mayor rigurosidad, no solo en restricciones de libertad, sino igualmente en morigeración de reglas de imputación y disminución de garantías procesales, tal como ocurre con el terrorismo; violencia sexual reiterada; y delincuencia organizada. Aclara de todas formas, que en todo caso debe ser un ámbito de intervención extraordinario y limitado. (Silva Sánchez, 2001, págs. 159-164)

Es desde luego interesante, la propuesta elaborada por el jurista Español, y 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 a la postre, no sería tan costoso, habida consideración que la respuesta político criminal del Estado, sería igualmente flexible. Habría por tanto una interesante ambivalencia, cual es que la ideología eminentemente sancionatoria, resultaría compensada en una importante medida con el decaimiento en las pretensiones punitivas del Estado. Finalmente habrían 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 dramático. 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 en realidad complejo 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 criminales, a través de esta actividad delictiva. El ruido que a nivel sociológico produce el menoscabo de la salud medio ambiental, 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 tendrán lugar en mayo de 2018, y que se muestra como favorito en la lectura de las encuestas, recientemente expresó en medios de comunicación nacional, que no es partidario de descriminalizar el porte de sustancias en mínimas cantidades.

La realidad por ahora permite visibilizar, que la tendencia del derecho penal continuará al alza, y la restricción de garantías en delitos de peligro abstracto, igualmente 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 absolutamente 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 por ende coherente ni siquiera pensar en una posibilidad de equilibrio de fuerzas.

En el caso de los delitos que protegen intereses jurídicos individuales, y 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. Todo 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 substancial 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 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 por ende 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 apelando 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, logren remediar o morigerar 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 falta de eficacia en su labor misional, no pueden ser excusa para innocuizar y reducir a una mínima expresión los derechos que la 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 el venía la confesión, y lograba en estos términos el sistema penal su propósito: hallar un culpable.

Era un sistema sin garantías, absurdamente cruel y sin posibilidad de espacio para la presunción de inocencia. Caracterizado en esencia porque la eficacia de las ordalías, facilitaba en grado sumo el grado 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 locomocional. 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, 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 fundamentalmente lo que a Jakobs se le atribuye 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 por tanto un juicio de peligrosidad, que en la dialéctica del derecho penal de autor se observa en perspectiva futurista, y 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. (Polaino Navarrete, 2006, págs. 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 erigen en un medio jurídico de combate al que apela el Estado para repeler toda esa suerte de agresiones que al ser orquestadas por asociaciones ilícitas u organizaciones delictivas, alteran la paz y 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 interesa 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, finalmente reciben un trato diferenciado respecto de otros desestabilizadores del orden social, que si bien es cierto, quebrantan el ordenamiento jurídico, no lo hacen 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 a nivel 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 por ende 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 prodigable al ordenamiento jurídico, en ese mismo orden de circunstancias deben asumir, que el sistema penal no les brindará 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 por 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 ha expresado, que su vocación político criminal y 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 nivel de 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 para ello 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 la morigeración de 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 naturalmente 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 sistémicamente, y desde luego, sus alcances no se restringen exclusivamente a un delito o bien jurídico determinado. (Cancio Melia, 2008, págs. 253-254)

Al tratarse entonces de una propuesta teórica, que desde el mismo instante en que fue edificada, no se dimensionaron 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 incluso la capacidad de extender su radio de acción en tipos penales que si bien es cierto, protegen bienes jurídicos de naturaleza colectiva, no necesariamente el mecanismo más adecuado para tutelarlos mediante el anticipo de barreras, es el derecho penal. Este podría ser el caso de los atentados contra el medio ambiente, que muy 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 en ocasiones, que incluso la explotación legal de minerales, tenga a la postre la misma capacidad de daño que aquellas prácticas desarrolladas de manera furtiva, lo que de suyo

traduciría, que probablemente la solución no estaría en la criminalización, sino en la transformación de políticas públicas a nivel medio ambiental.

Vale precisar igualmente, que la difuminación de responsabilidades individuales y la supresión de dispositivos amplificadores del tipo, como la tentativa y la coparticipación criminal, se erigen en otro elemento más de los ejes que configuran las fórmulas de imputación del moderno derecho penal. Dada la manera en que dogmáticamente se diseñan, simplemente se es autor, al margen que dentro de la estructura de la organización criminal, quien presuntamente delinque, se encuentre en la base o en la cima de esta. Independiente de que el desvalor de potencial 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 delincencial, que en términos criminógenos, asume con igual severidad el odioso poder aflictivo de la pena. No se olvide, que en términos concluyentes lo que verdaderamente trasciende para el derecho penal es que uno y otro comportamiento sean fuente de peligro.

En términos prácticos, 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 necesario, basta simplemente el despliegue de comportamientos evidentemente pasivos como: conservar, llevar consigo, poseer, entregar. Se trata de conductas, que ontológicamente analizadas, 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 esencia manifestaciones típicas que teóricamente se orientan a evitar un mal de proporciones mayores. Significa ello entonces, que se criminaliza una conducta en sí misma inocua, pero que por

ficción de la ley, político criminalmente 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, que al verificar los nuevos escenarios de imputación jurídica, observa como 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 esencia un papel más importante 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 finalmente, hay una evidente desproporción entre la reacción punitiva del Estado y el menoscabo para el bien jurídico. En este mismo orden, las garantías de orden procesal, sufren un dramático 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. (Zaffaroni, 2006, págs. 14-19)

La quiebra del derecho penal de garantías, desde un comienzo fue prevista por Jakobs en su concepción normativista del delito, cuando en términos puntuales y directos en el prólogo de su obra aduce que la acción, la omisión, la causalidad, poder, capacidad y culpabilidad, no son categorías determinantes en la producción o evitación de un supuesto fáctico, sino que simplemente son elementos determinantes para estratificar la responsabilidad o nivel de incumbencia del individuo en el hecho. (Jakobs, 1997). Esta es naturalmente la caracterización del nuevo derecho penal que duramente fue cuestionado por Hassemer. Se trata así mismo 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, explícitamente visibilizado en los delitos de peligro abstracto.

Lo profundamente desolador en el caso Colombiano, es que el nivel de 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 criminógenos produce a la postre en la sociedad es una mayor percepción de inseguridad. Debe adicionarse, que igualmente hay multiplicidad de estructuras criminales con diferentes modalidades de especialización, ente 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 en la medida 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, conducen a no dudarle a un endurecimiento del tratamiento punitivo; a una estigmatización del otro; a la consecuente deshumanización del proceso penal, que como ocurre con la parte substancial, igual sufre un importante menoscabo en sus elementos configuradores, porque se debilita dramáticamente, 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, se 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, sistémicamente 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, es decir, 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, y del otro extremo de la orilla, la criminalidad a gran escala sigue operando sin que hayan factores perturbadores que conspiran contra su eficacia.

En este orden reflexivo, 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 sensiblemente 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, cual 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, eventualmente estaría en capacidad de lacerar las bases ideológicas de un derecho penal garantista, especialmente fundado en los principios de proporcionalidad, culpabilidad y necesidad. (Berdugo, 2012, págs. 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 sensiblemente del orden garantista que debe caracterizar al derecho penal inmerso en las democracias contemporáneas. Por supuesto que es una herramienta necesaria, pero debido precisamente a sus características, su uso forzosamente debe ser racionalizado, matizado, enarbolándose así 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, emerja incuestionable. Sólo 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 el fenómeno cuya innocuización 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, no sólo a construir sobre las bases del sistema penal existente; realizar un diagnóstico de aquellas estrategias que algún nivel de utilidad han representado; 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, necesariamente deberá ser un elemento de análisis al instante en que se postula la creación de nuevas leyes con aptitud 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 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 que a nivel de 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 dimensionarlo 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, empero 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 substancial, sacrificando infructuosamente los derechos del ciudadano.

5. Conclusiones

El derecho penal liberal, en su origen histórico ha sido diseñado para dar respuesta a conductas delictivas que en la dimensión gnoseológica del bien jurídico, afectan intereses que con estrictez se correlacionan con necesidades, valores y condiciones de vida que comprometen directamente al individuo.

Los delitos de peligro abstracto, surgen como un mecanismo que el moderno derecho penal ofrece para enfrentar aquella criminalidad que por sus características, efectos y consecuencias, no hace parte del área de influencia del derecho penal clásico, y tiene la entidad suficiente para afectar bienes jurídicos de naturaleza colectiva, es decir, aquellos que trascienden la esfera individual.

Dada la indeterminación y especificidad de los delitos de peligro abstracto, las fórmulas de imputación en esta clase de tipologías varían, y se prescinde de la constatación de un resultado objetivo en el juicio de tipicidad. Por lo tanto, la conducta se atribuye al presunto infractor sin que sea necesaria la verificación de nexos causales.

En la configuración de tipos penales que protegen bienes de carácter supraindividual, el juicio de antijuridicidad no es parte de su configuración. Esta clase de intervenciones criminógenas tienen como propósito evitar que los bienes jurídicos se afecten. A ello obedece que se pregone la anticipación de barreras de protección penal. Es por tanto punible la simple descripción del hecho subsumido en la norma, ya que ahí radica la fuente de peligro.

La tipificación de instituciones dogmáticas como la tentativa y coparticipación criminal, prácticamente desaparecen en el anticipo de barreras de protección penal. En esta lógica de intervención, el principio de proporcionalidad de la pena, ninguna clase de influjo tiene en la individualización del castigo, quedando en un segundo plano el nivel de intervención de cada sujeto activo que concurre en el delito.

Con la evolución de la sociedad, y la proliferación de riesgos que se presentan al interior de la colectividad, la tendencia inflacionaria del derecho penal es imparable. Ese crecimiento, desde luego se ha visto paulatinamente representado en la recurrente tipificación de delitos de peligro abstracto.

La presunción de inocencia en su faceta de principio orientador del proceso penal, no ostenta en realidad un campo evidente de ejecución en el que empíricamente se pueda validar su campo de acción y capacidad de rendimiento. La estructura del principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal, demanda necesariamente la búsqueda de un sospechoso sobre el que hipotéticamente recaiga todo el poder represor del Estado. Desde un inicio entonces, comienza la fase de morigeración de la presunción de inocencia

En lo que concierne a la presunción como regla de tratamiento, en términos generales, e independiente del tipo penal por el que se promueva un juicio oral a petición del órgano acusador, es recurrente que desde tempranas etapas del proceso penal, el Estado a título preventivo dinamice indiscriminadamente la promoción de medidas de aseguramiento en establecimiento carcelario. Como escenario paradójico entonces, aunque el investigado se presume inocente, materialmente se le prodiga un trato de culpable.

Dada la configuración de los tipos penales de peligro abstracto, para su estructuración se prescinde de la producción de un resultado objetivo; así igualmente de la corroboración de nexos causales entre la acción u omisión y resultado. Se flexibilizan por tanto dramáticamente las cargas para la fiscalía, y en ese orden, carece de valor sustancial la presunción de inocencia como regla probatoria.

En consonancia con la fisionomía del sistema penal oral acusatorio, no es coherente en realidad predicar el verdadero acogimiento del principio de igualdad de armas entre fiscalía y defensa. Se trata más bien de un proceso penal que el legislador desarrolla estableciendo pesos y contrapesos entre las partes, pero lo cierto es que no hay igualdad de oportunidades para que el acusado y defensor preparen el juicio. Ello se explica, por el secretismo que rodea las fases de indagación e investigación, y el poco espacio de tiempo que tienen para diseñar la estrategia destinada a contrarrestar la acusación.

Los delitos de peligro abstracto han sido concebidos bajo una lógica eficientista tan desmesurada, que en su ámbito de judicialización, es por demás evidente que exiguas alternativas tiene a su favor la defensa para generar un escenario de contradicción o debate. La razón es elemental, el órgano acusador poco tiene para probar, porque la conducta en una importante proporción ha sido previamente criminalizada por el legislador.

Entre el derecho penal y el derecho procesal penal hay una íntima e inevitable conexión. De la dureza o flexibilidad que asuma la dogmática penal en las fórmulas de imputación penal, dependen necesariamente las características que ostentará el escenario de enjuiciamiento criminal. No en vano se predica, que el proceso penal es meramente instrumental, y se ha diseñado con el propósito de facilitar la concreción del derecho material.

6. Recomendaciones

Por su origen y características, los delitos de peligro abstracto deben ser una alternativa político criminal a la que sólo se apele en última instancia, es decir, cuando el derecho penal de garantías, en su perspectiva de tutelar bienes jurídicos de naturaleza individual, no alcance a brindar la correspondiente protección. Cuando a este escenario se llegue, en perspectiva del principio de dignidad humana, la pena deberá aplicarse de manera proporcional, es decir, en una menor cantidad, máxime si se tiene en cuenta que no hay peligro efectivo de lesión para aquel o aquellos intereses objeto de tutela.

Dado el carácter restrictivo de los delitos de peligro abstracto, y sus repercusiones negativas en lo que a fórmulas de imputación respecta, es altamente deseable que al interior de los bienes jurídicos colectivos, estrictamente se protejan por medio del derecho penal, sólo aquellos que son de mayor trascendencia para que el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho cumpla con sus fines esenciales. Significa ello, que para contener esa expansiva tendencia de crecimiento del derecho penal, una mínima cantidad de bienes jurídicos de orden con estas características, deben ser objeto de protección a través del sistema penal.

Es imperativo que el Consejo Superior de Política Criminal y las instituciones que lo integran, cumplan un papel más visible y protagónico en el direccionamiento de estrategias para hacer frente a la moderna criminalidad. Para tal efecto, no sólo es relevante que hagan un diagnóstico oportuno de las nuevas conductas que tienen la aptitud para desestabilizar el orden social, sino también, que una vez los proyectos de ley sean sancionados como tales, se haga el correspondiente seguimiento a la disposición legal, con miras a visibilizar su capacidad de

rendimiento. La dogmática penal debe diseñarse con orientación a las consecuencias, es decir, proyectando la previsibilidad de sus efectos.

La reciente incorporación de la teoría del bien jurídico en el ordenamiento constitucional, se erige en un factor preponderante que en el ámbito de la dogmática penal, constituye un límite substancial a las políticas públicas de intervención punitiva. Por tal circunstancia, al ser Colombia un modelo de Estado que se inspira en la dignidad del ser humano, sus políticas públicas, de manera prevalente, deberían ser de carácter social, y sólo sería válido acudir a la política criminal, cuando los otros ejes de intervención del Estado, resulten ineficaces para contrarrestar el problema desestabilizador del orden que se afronta.

Cuando se opte por criminalizar conductas delictivas que protejan bienes jurídicos en abstracto, como la constatación de un resultado objetivo no hace parte del juicio de tipicidad, sí es necesario que por lo menos el órgano de la acusación, corrobore que el acto o la omisión atribuidos al llamado a juicio de responsabilidad, por lo menos en un grado de probabilidad se encuentre en condiciones de lesionar el interés objeto de protección penal. Ello se tiene que ver reflejado en los hechos jurídico penalmente relevantes, que al condensar la potencial lesión del bien jurídico, abren un campo de visibilización para un mejor ejercicio del derecho de defensa, que tendrá claridad conceptual respecto del acto al que dialécticamente se opondrá en el desarrollo de la actividad probatoria.

Si debido a las fórmulas de imputación que caracterizan los delitos de peligro abstracto, la tendencia es anticipar barreras de protección penal y flexibilizar la carga probatoria que debe asumir el órgano de la acusación, es recomendable que una vez la Fiscalía tenga definidos los contornos y límites sustantivos del proceso penal, anticipe el descubrimiento de la información

legalmente obtenida a la defensa, para facilitarle un mejor escenario de direccionamiento estratégico en su rol. Si de compensar los desequilibrios que esta clase de tipologías generan, es por demás evidente, que no solo el Estado se encuentra legitimado para anticipar frentes de ataque, sino que igualmente la defensa, igualmente debe encontrarse en condiciones de anticipar su ejercicio.

Como los delitos de peligro abstracto, son tipologías que en su contenido no reflejan un daño concreto para el bien jurídico tutelado, las medidas restrictivas que en el marco del proceso penal pretendan adoptarse, en lo posible, deben ser mínimamente invasivas. Se sugiere por tanto, que la morigeración de los odiosos efectos del derecho penal, no sólo se vea reflejada en la disminución de las sanciones penales, sino igualmente en el nivel de restricción que de cara a garantías procesales se presentaran para el destinatario de la ley penal. Significa entonces, que la minimización del impacto en las pretensiones punitivas y medidas cautelares, debe ser incluso parte del debido proceso.

Referencias bibliográficas

- Alonso Álamo, M. (2015) *¿Gestión del riesgo o gestión del miedo?. Riesgo, peligro y bien jurídico penal.* (s.l.) 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* (págs. 34-35). Gottingen: Cedpal.
- Armenta Deu, T. (2004) *Lecciones de Derecho Procesal Penal* 2ed. Madrid: Ed. 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, (s.l.) 31-54.
- Bacigalupo, E. (1999) *Principios constitucionales del derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2009) *Teoría y Práctica del Derecho Penal.* Tomo I. Madrid: Ed. Marcial Pons
- Bacigalupo, E. (2009) *Teoría y práctica del Derecho Penal.* Tomo II. Madrid: Ed. Marcial Pons
- Bacigalupo, E. (s.f.) *Presunción de Inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación.* (s.l.) 365-386.
- Balmaceda, H. G. (2015) *Estudios de Derecho Penal. Una aproximación a la teoría del delito y de la pena.* Bogotá: Universidad de la Sabana y Ediciones Nueva Jurídica.
- Baratta, A. (2004) *Criminología y Sistema Penal.* Bogotá: B de F.

- Beccaria, C. (2003) *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Beltran, F., & Ferrer Beltran, J. (2005) *Prueba y verdad en el derecho*. 2ed. Madrid: Marcial Pons.
- Benavente Chorres, H. (2011) *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el sistema penal acusatorio*. Barcelona: JM Bosch Editor.
- Bentham, J. (2000) *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tomo I. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Berdugo, G. d. (2012) *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Editorial Iustel.
- Binder, A. (2011) *La Intolerabilidad de la Prisión Preventiva*. Recuperado de Internet: www.pensamientopenal.com.
- Binder, A. (2012) *Análisis Político Criminal. Bases metodológicas para una Política Criminal minimalista y Democrática*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Bobbio, N. (2004) *El futuro de la democracia*. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bricola, F. (2012) *Teoría General del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bustamante Rúa, M. M. (2010) *La Garantía de la presunción de inocencia y el estandar 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. Bogotá: Leyer.

Bustos, R. J. (2005) *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: 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 (pp609-610). Bogotá: 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* (pp245-284). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cardozo, P. R. (2009) *La Seguridad Ciudadana como Tendencia Político Criminal*. Bogotá: Leyer.

Carnevali Rodríguez, R. y. (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° 2, 89-92.

Carrara, F. (1944) *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Tomo II. Buenos Aires: De Palma.

Carrara, F. (1944) *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

Carrara, F. (1978) *Opúsculos de Derecho Criminal*, Volumen IV. Bogotá: 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. Bogotá: Forum.

Comision Interamericana de Derechos Humanos (2013) *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Recuperado de Internet: <http://www.cidh.org>

Corcoy Bidasolo, M. (s.f.) www.criticapenal.com.ar.

Corigliano, M. E. (2016) *Derecho Penal Online*. (s.l.)

De process of law Foundati3n, D. (2013) *Independencia Judicial Insuficiente, prisi3n preventiva deformada*. Washington: Fundaci3n para el debido proceso.

Díez, R. J. (2007) *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F.

Duce J, M. (2013). *Visi3n panorámica sobre el uso de la prisi3n preventiva en américa latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados*. En C. d. Américas, Prisi3n Preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate (pp64-80). Santiago de Chile: Ceja.

Duce J., M. y. (2004) *Litigaci3n Penal, Juicio oral y prueba*. México D.F.: Fondo de Cultura Econ3mica.

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*. Barcelona: 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*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Fernández López, M. (2005) *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- Fernández, G. D. (2004) *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de f.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *Escritos de derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del Garantismo Penal*. Tomo I. Buenos Aires: 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, 1-26.
- Fleming Abel, L. V. (2008) *Garantías del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Foucault, M. (2003) *La verdad y las formas jurídicas*. 2ed. corregida. Barcelona: Gedisa.
- García Pérez, O. (1992) *Delito de Sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia*. Málaga, España. Recuperado de Internet: <https://www.boe.es>
- Gascón Abellán, M. (2010) *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3ed. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Colomer, J. L. (2013) *El proceso penal Constitucionalizado*. Bogotá: Ibáñez.

- Gómez Tomillo, M. (2014) *Principio de Precaución y Derecho Punitivo del Estado*. (s.l.)
Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gracia Bogado, M. (2009) *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*. (s.l.)
- 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*. Bogotá: Ediciones Usta.
- Habermas, J. (2010) *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hassemer, W. (1997) *Crítica al derecho penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hassemer, W. (1999) *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: 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* (págs. 13-17). Buenos Aures: Editores del Puerto.
- Hassemer, W. (2016) *¿Por qué castigar?* (s.l.) Valencia: Tirant lo blanch.
- Hobbes, T. (2000) *Leviatan*. Bogotá: Scla.

Hormazabal, M. H. (1992) *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda.

I. Junoy, J. P. (2011) *El Juez y la prueba*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Ibáñez, P. A. (2009) *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ibáñez, P. A. (2015) *Tercero en Discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta.

Jakobs, G. (1997) *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ed. corregida. Madrid: Marcial Pons.

Jescheck, H.-H. (2014) *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I*. Lima: Editorial Instituto Pacífico.

Kafka, F. (2010) *El Proceso*. Bogotá: Panamericana, formas e impresos.

Kindhauser, U. (2009) *Estructura y Legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal*. Revista para el análisis del Derecho (s.l.), 3-4.

Kuhn, T. S. (2004) *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.

Laudan, L. (2013) *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Maier, J. B. (2008) *Antología. El Proceso penal Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

- Maldonado Fuentes, F. (2006) *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "Delitos de Peligro"*. Revista de Estudios de la Justicia Nro. 7, (s.l.) 5-9.
- Martineau, F. (2009) *Argumentación Judicial del Abogado*. Barcelona: Bosch
- Melendo, S. (1978) *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea
- Mendoza Buergo, B. (2001) *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas
- Mendoza Buergo, B. (2002) *La configuración del injusto (Objetivo) de los delitos de peligro abstracto*. Derecho Penal y Criminología, (s.l.) 39-82.
- Mezger, E. (1955) *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Madrid: Editorial de Derecho Privado.
- Miranda Estrampes, M. (1997) *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Montero Aroca, J. (1997) *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo blanch alternativa.
- Montesquieu. (1906) *El Espíritu de las Leyes*. Madrid: Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales.
- Moreso Mateos, J. J. (2005) *Filosofía y Derecho. Prueba y verdad en el derecho*. 2ed. Madrid: Marcial Pons.
- Muñoz Sabaté, L. (2007) *Introducción a la probática*. Barcelona: Bosch.
- Nieva Fenoll, J. (2013) *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.

- Nieva Fenoll, J. (2016) *La razón de ser de la presunción de inocencia*. Indret Revista para el análisis del derecho, (s.l.) 4-9.
- Organización de las Naciones Unidas (1990) (s.n.) www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/.
- Perez-Sauquillo, M. C. (2015) *Delitos de peligro abstracto bienes jurídicos colectivos*. Revista Foro FICP , (s.l.) 124.
- Polaino Navarrete, M. (2006) *Derecho Penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Sevilla: Editora Jurídica Grijley.
- Rivera Morales, R. (2011) *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Chocontá, O. A. (2015) *Presunción de Inocencia. Principios Universales*. 3ed. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Roxin, C. (1997) *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2000) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Roxin, C. (2002) *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (2013) *Sistema del Hecho Punible. Acción e imputación objetiva*, Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (2016) *La Teoría del delito en la Discusión Actual*. Tomo II. Lima: Grijley.
- Sánchez-Vera Gómez Trelles, J. (2012) *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Madrid: 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 Barcelona: Editorial Atelier. (p73)
- Silva Sánchez, J. M. (2001) *La Expansión del Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- Struensee, E. (1998) *En Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno* (pp. 107-110). Buenos Aires: Hammurabi.
- Tamés, G. S. (2015) *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo*. Madrid: JB Bosch.
- Taruffo, M. (2008) *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Metropolitana.
- Taruffo, M. (2009) *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2010) *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Tedesco, I. F. (2007) *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Terradillos Basoco, J. (1999) *Peligro abstracto y garantías penales*. Nuevo foro penal, número 62, 67-94. (s.l.)
- 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., & Santiago, D. C. (1981) *Los delitos de peligro Hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*. Valladolid: ADP.
- Toro, M. C. (s.f.). www.terragnujurista.com.ar.
- Traversa, R. (2014) *Neopunitivismo y Control Social*. Reflexiones sobre la represión selectiva de la política populista. *Panorama*, (s.l.) 133-143.
- Truccone Borgoño, S. (2013) *Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el Republicanismo*. *Derecho Ambiental de Palermo*, (s.l.) 55-98.
- Ulianov Tapia, E. (2013) *Un estudio dinámico sobre la difusión de rumores*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Uprimny Yepes, R., Chaparro Hernández, S., & Cruz Olivera, L. F. (2017) *Colectivo de Estudios, Drogas y Derecho*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Vargas Pinto, T. (2007) *Delitos de peligro Abstracto y Resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Pamplona: 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*. Buenos Aires: Editorial Heliasta
- Von Liszt, F. (1927) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II. Madrid: Reus.

Welzel, H. (1980) *Derecho Penal Alemán, Parte General*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del Sur.

Zaffaroni, E. R. (2009) *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora.

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

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C- 053 de 1993*. (18 de Febrero de 1993)
Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernandez Galindo

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-565 de 1993*. (7 de diciembre de 1993)
Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-591 de 1995*. (7 de diciembre de 1995).
Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-396 de 2007*. (23 de Mayo de 2007). Magistrado
ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-025 de 2009*. (27 de Enero de 2009). Magistrado
ponente: Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-144 de 2010*. (3 de Marzo de 2010). Magistrado
Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-616 de 2014* (27 de Agosto de 2014).

Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal SP 19617 45899 (23 de Noviembre de 2017).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. SP 497-2018, Radicación 50512 (Sala de Casación Penal 28 de Febrero de 2018).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, 49799 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia 7 de Febrero de 2018).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal, SP 33660 (Corte Suprema de Justicia 25 de Mayo de 2011).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación. Penal, *Corte Suprema de Justicia, 31240* (Corte Suprema de Justicia 3 de Diciembre de 2009).

Sentencia de Casación, SP-9916 (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Colombia 11 de Julio de 2017).

Legislación

Congreso de la República de Colombia. *Ley 40 de 1993*. Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 599 de 2000*. Código Penal

Congreso de la República de Colombia. *Ley 906 de 2004*. Código Procedimiento Penal

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1098 de 2006*. Código de la Infancia y Adolescencia

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1142 de 2007*. Reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 en relación con la expedición del Código Penal

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1453 de 2011*. Reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio. Estatuto de Seguridad Ciudadana.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1760 del año 2015*. Se modifica parcialmente la ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.